

***rBD*** 

---

REVISTA  
BOLIVIANA  
DE DERECHO

---

Publicación de circulación nacional.  
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

**Editorial: Fundación Iuris Tantum**

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

**www.revistabolivianadederecho.org**

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

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

Coordinación General: Nahir Coimbra Peña

Diagramación General: Elías On - [elias.on@live.com](mailto:elias.on@live.com)

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- CIRC (Clasificación Integrada de Revistas Científicas)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- REDIB (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.
- MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas)

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

# SUMARIO

# 28

## DOCTRINA

### A) TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- 01/ Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema? Silvia Barona Vilar (España)..... 18

### B) DERECHO DE LA PERSONA

- 02/ Discapacidad, capacidad y derechos fundamentales en España: el ejemplo del tratamiento ambulatorio involuntario. David González Casas (España) ..... 50

### C) DERECHO DE FAMILIA

- 03/ Limitación de funciones parentales para la salvaguarda del menor en situaciones de violencia de género. Belén Casado Casado (España).....80
- 04/ El plan de parentalidad y el coordinador parental: herramientas de protección del menor ante las crisis matrimoniales. Esther Alba Ferré (España)..... 114

### D) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 05/ Unificando criterios para la responsabilidad por informaciones erróneas respecto de terceros. Álex Zúñiga Tejos (Chile)..... 134
- 06/ Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del código civil español. Sandra Castellanos Cámara (España)..... 168

### E) DERECHO DE SUCESIONES

- 07/ Disposición testamentaria para realizar la afección de bienes en derecho italiano. Una hipótesis más allá del patrimonio protegido y del trust. Vincenzo Barba (Italia)..... 204
- 08/ La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el código civil español y en los derechos autonómicos. Mónica García Goldar (España).... 248

### F) DERECHO PROCESAL

- 09/ La nueva configuración de la tutela ejecutiva en el CPC de 2013. Virginia Pardo Iranzo (España)..... 296
- 10/ Algunos elementos de interés en relación a los “otros” modos de terminación en el proceso contencioso-administrativo español. Cristina Alonso Salgado (España)..... 318

- 11/ La traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional civil. Silvia Ponce González (España)..... 336
- 12/ Medidas de agilización del proceso penal: fijación de plazos máximos para la instrucción. Rosa Pascual Serrats (España)..... 368

### COMENTARIOS LEGALES

- 13/ El papel de los residentes europeos en la modificación de los procesos de ejecución judicial de demolición de obras ilegales. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 404

### COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

#### A) DERECHO DE LA PERSONA

- 14/ El derecho al olvido y el requisito de veracidad de la información. Comentario a la STS de España núm. 12/2019, de 11 de enero. Marina Sancho López (España)..... 432

#### B) DERECHO DE FAMILIA

- 15/ Incidencia de la edad del menor en la determinación del régimen de custodia. Comentario a la STS de España, núm. 182/2018, de 4 de abril. Javier Martínez Calvo (España)..... 444
- 16/ La eficacia del convenio regulador en los procesos matrimoniales. Comentario a la STS de España, núm. 615/2018, de 7 de noviembre. Adrián Arrébola Blanco (España)..... 458

#### C) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

- 17/ El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro. Comentario a la STS de España núm. 81/2019, de 7 de febrero. Isabel J. Rabanete Martínez (España)..... 468
- 18/ Deberes de información de las entidades de planes de pensiones sobre los riesgos de las modalidades de cobro de renta asegurada. Comentario a la STS de España núm. 40/2019, de 22 de enero. M<sup>º</sup>. Natalia Mato Pacín (España)..... 480

#### D) DERECHO DE SUCESIONES

- 19/ Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España, núm. 539/2018, de 28 de septiembre. Gorka Galicia Aizpurua (España)..... 498

### CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

- 20/ Consecuencias de la adjudicación de la custodia individual en las medidas provisionales en cuanto a las posibilidades de una futura custodia compartida en el proceso principal. Carmen Florit Fernández (España)..... 516

21/ Jurisprudencia postconstitucional relativa a la sucesión de títulos nobiliarios. Ana María Llácer Bosbach (España)..... 538

**PANORAMA**

22/ Erradicar la pobreza global: un imperativo moral y un compromiso jurídico. María Cervera Vallterra (España)..... 562

**RESEÑAS**

23/ Iglesias Cabero, M.: Robótica y responsabilidad, Editorial Colex, Madrid, 2017. David López Jiménez..... 588

**FUNDACIÓN IURIS TANTUM**  
**DR. ORLANDO PARADA VACA**  
Presidente

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

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

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

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

**DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO**  
Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

**DRA. ROSA MOLINER NAVARRO**  
Prof. Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

**Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ**  
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

## COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA  
Profesor Titular de Derecho Comparado, Universidad Parthenope de Nápoles, Italia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES  
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso. Chile



## RESPONSABLES DE SECCIÓN:

### **Derecho y Bioética**

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO  
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Constitucional**

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

### **Derecho y Deporte**

DR. EMANUELE INDRACCOLO  
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Internacional Privado**

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ  
Profesor Contratado Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

### **Derecho Mercantil**

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES  
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

### **Derecho Procesal**

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS  
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

### **Derecho de Consumo**

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

### **Derecho Financiero**

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO  
Profesor Asociado de la Universidad Politécnica de Valencia, España

### **Derecho Medioambiental**

DRA. ANNA MALOMO  
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

### **Derecho Notarial y Sucesorio**

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA  
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Penal**

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO  
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

### **Propiedad Intelectual e Industrial**

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

### **Teoría General del Derecho**

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ  
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

### **Derecho Comparado**

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

### **Derecho del Trabajo**

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN

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

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

DIEGO ELOY GARCÍA GARCÍA  
Abogado, España

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

ANDRÉS MARÍN SALMERÓN  
Investigador predoctoral, Universidad de Murcia, España

GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
Abogado, España.

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

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

## LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SE ACABÓ LA TUTELA.

El 21 de septiembre de 2018 se presentó en España, por parte de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar social, un importantísimo Anteproyecto de Ley, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

Dicho Anteproyecto no ha fructificado al haber finalizado la legislatura abruptamente, pero no cabe la menor duda de que se acabará concretando en una reforma legislativa, ya que goza de un llamativo consenso entre todos los grupos parlamentarios, que, evidentemente, son conscientes de la necesidad de introducir en nuestra legislación los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007.

En el Preámbulo (letra c) de la Convención se reafirma la universalidad de “todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”.

Por cuanto a aquí nos interesa, el art. 12 de la Convención, bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (núm. 2) y la obligación de proporcionarles “las medidas de apoyo” que puedan necesitar para ejercerla (núm. 3), mediante el establecimiento de un sistema de “salvaguardas”, que respete “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (núm. 4).

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar. Por el contrario, se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor

de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

Me parece que esta nueva visión de la materia no puede sino enjuiciarse positivamente, desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

El problema (al menos, a mi entender) es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014, ha propugnado una interpretación del art. 12 de la Convención, que, claramente, desborda lo dicho en el precepto.

En ellas se afirma que “no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”.

Pero, además, se niega que pueda distinguirse entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar” (a las que, respectivamente, se llama “capacidad legal” y “legitimación par actuar”), con el argumento de que la primera queda restringida cuando se limita la segunda, incurriéndose, siempre que ello se hace, en una discriminación de las personas con discapacidad.

Se dice (en el núm. 15 de las Observaciones) que las restricciones se basan en la circunstancia de que, “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información”; y se califica dicho criterio como “incorrecto”, “por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente”.

Sin embargo, a mi parecer, tales observaciones son excesivas:

En primer lugar, porque las nociones de “capacidad jurídica” y de “capacidad de obrar” no se aplican, exclusivamente, respecto de las personas con discapacidad, sino que tienen un alcance general, sirviendo, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales).

En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también de las que sufren una discapacidad) no tienen otro fundamento que el de su protección. Por ello, sólo se establecen cuando sea estrictamente necesario,

por concurrir en ella una circunstancia que le impida apreciar razonablemente las consecuencias de su actuación, evitando que sea víctima de su propia inexperiencia o discapacidad o del propósito ajeno de sacar provecho de ella.

En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que no se puede “evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana” es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad. Parece que el Comité está pensado, simplemente, en ciertos casos de discapacidad, como, por ejemplo, la sensorial o la provocada por enfermedades como el síndrome de Down, en los que, efectivamente, la restricción de la capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse). Pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad.

El Anteproyecto se inspira en las Observaciones del Comité, en la medida en que, con el fin de eliminar las restricciones de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, suprime la incapacitación, con la consecuencia de que la tutela deja de ser un mecanismo de protección de las mismas, las cuales quedarán sujetas a curatela. Es decir, no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino un curador que les asista y complemente su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se habla del “cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones” (I); y se observa que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” (III).

Se refiere a la curatela como “la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, explicándose que “El propio significado de la palabra curatela –cuidado, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza

asistencial"; pero, con evidente sentido común, se añade que, "No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general" (III).

Esta última aclaración es importante, porque de la redacción que se propone para el art. 267 CC no se deduce que sea posible atribuir al curador funciones representativas de carácter general (aunque sí de la dicción de los propuestos arts. 1700.4º y 1732.2 CC).

El proyectado art. 267 CC establece, así, que "Sólo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella"; y que, "Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa".

Sin embargo, en los que casos en que sea absolutamente necesario (y la experiencia nos muestra que los hay), habrá que proceder a atribuir al curador funciones representativas, incluso con carácter general, pues, de lo contrario, con el loable propósito de fomentar el libre desarrollo de la personalidad del discapacitado (art. 10.1 CE), desde un punto de vista práctico, se puede llegar a obstaculizar gravemente la protección a la que constitucionalmente también tiene derecho (art. 49 CE), haciendo inviable la toma de decisiones en los asuntos que le conciernan.

José Ramón de Verda y Beamonte







DOCTRINA



INTELIGENCIA ARTIFICIAL O LA ALGORITMIZACIÓN DE LA VIDA  
Y DE LA JUSTICIA: ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA?\*

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE OR THE ALGORITHMIZATION OF LIFE AND  
JUSTICE: SOLUTION OR PROBLEM?*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 18-49*

\* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de excelencia PROMETEO GV 2018/111.



Silvia  
BARONA  
VILAR

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 15 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La irrupción y consolidación de la Inteligencia Artificial, los programas computarizados, los algoritmos y la programación de datos, el software y su implementación en materia de sistemas de expertos, asesoramiento, investigación criminal, predictibilidad, etc., en el mundo de la Justicia es una realidad imparabile. La incorporación de estos modelos y sistemas computacionales ofrecen más eficiencia por un lado, y, en ciertos casos, más garantías; por otro lado, generan la inquietante proyección de los mismos hacia la creación de la máquina inteligente o robot judicial, que sustituya a la persona juez. El paradigma de Justicia se transforma. La era digital ha llegado para quedarse. Y depende solo de nosotros que la Inteligencia Artificial sirva para conseguir un mundo mejor, con más igualdad de oportunidades y más solidaridad, o que caminemos hacia la deshumanización de la sociedad que nos ha tocado vivir.

**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia artificial en la justicia; robotización judicial.

**ABSTRACT:** *The irruption of Artificial Intelligence (AI), computer programs, algorithms and data programming, software and its implementation in terms of expert systems, advice, criminal investigation, predictability, etc., in the world of Justice is an unstoppable reality. The incorporation of these models and computational systems offers more efficiency on the one hand, and in certain cases, more guarantees; on the other hand, they generate the disquieting projection of them towards the creation of the machine learning or judicial-robot, which replaces the judge person. The Paradigm of Justice is mutating. The digital era is here to stay. And it depends only on us that the AI serves to achieve a better world, with more equality of opportunities and more solidarity, or that we walk towards the deshumanization of the society that we have to constructive and to live.*

**KEY WORDS:** *Artificial intelligence in Justice; judicial robotization.*

**SUMARIO.-** I. PLANTEAMIENTO GENERAL. UNA SOCIEDAD DIGITAL EN CONSTANTE CONSTRUCCIÓN EN EL MARCO DE LA 4.0. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL.- II. DEL PLANTEAMIENTO A LA REALIDAD. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA ALGORITMIZACIÓN DE LA VIDA. DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL A LA REVOLUCIÓN VITAL.- III. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.- IV. LA ALGORITMIZACIÓN DE LA JUSTICIA: ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA?.- V. CONCLUSIÓN.

---

## **I. PLANTEAMIENTO GENERAL. UNA SOCIEDAD DIGITAL EN CONSTANTE CONSTRUCCIÓN EN EL MARCO DE LA 4.0. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL.**

Nadie pone en duda que vivimos un mundo dinámico en transformación y que ese dinamismo presenta una sociedad en constante construcción. En ese escenario de imparable transformación juegan un papel esencial los desarrollos experimentados en la tecnología, que han penetrado en nuestras vidas, en nuestras relaciones personales, profesionales, comerciales, de consumo, etc.

Hemos asistido a lo que se ha venido denominando como la cuarta revolución industrial, en la que se ha asimilado el mundo digital con la inteligencia artificial, el *blockchain* y la robótica. Un paisaje digital que, iniciado en el mundo de la mejora de los procesos operativos empresariales, favoreciendo la aparición de nuevos modelos de negocio, se ha expandido a toda la vida y a toda la sociedad en general.

Hablar de “revolución” ya es *per se* hablar de cambios profundos, de transformaciones que no son producto de la instantaneidad, sino de una metamorfosis. En el devenir de la Historia las transformaciones se han ido sucediendo, y no siempre las mismas se presentan fáciles de digerir, entre otras cosas porque implican siempre “la pérdida de lo conocido” despertando igualmente la “preocupación por lo que nos viene encima”, “nos vemos perdidos en un futuro sin un equilibrio visible”, y es en esos momentos cuando queremos “parar el reloj de la historia, como los padres que acarician a sus hijos pequeños y desearían que ese instante de felicidad no terminara nunca. Pero la esencia de nuestro mundo es seguir en movimiento”<sup>1</sup>.

---

1 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, Ed Arpa, trad. Arnau Figueras Deulofeu, Barcelona, 2018, pp. 355-356.

### • **Silvia Barona Vilar**

Catedrática de Derecho Procesal en la Universitat de Valencia, Doctora honoris causa por la UAGRM (Bolivia), Örebro (Suecia), e Inca Garcilaso (Lima, Perú), además de ser profesora honoraria en la Universidad de Vigo y Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal; es autora de 20 libros de autoría única, 18 libros como editora y directora, 467 capítulos de libro, más un centenar de artículos de revista (nacionales e internacionales). Dirige el Grupo de Excelencia MedArb (Valencia), ha sido Directora de 18 tesis doctorales, está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, y es Cónsul de la Lonja de Valencia.

En suma, las resistencias al cambio han estado presentes en todos los momentos históricos en los que se ha podido presenciar una suerte de revolución.

En este contexto y referidas a las revoluciones que se han producido en el ámbito industrial —a la que precedió indudablemente la denominada revolución agrícola que integró la actividad de los animales en la de las personas, favoreciendo la producción, el transporte y la misma comunicación, todo ello hace más de diez mil años—, mutando las relaciones laborales, personales y sociales, podemos referenciar esencialmente tres revoluciones previas a la que estamos asistiendo en la actualidad: la primera con la introducción de la máquina de vapor, hacia 1760, favoreciendo la mecanización agrícola, la producción textil, y la producción de embarcaciones y ferrocarriles a través de la energía de vapor; surgiendo una nueva clase trabajadora impulsora de la ciudad con un desarrollo económico e industrial palmario; la segunda, en los inicios del Siglo XX, con los avances de la ciencia y la aparición de la producción en masa, con la electricidad, los motores de gasolina, los aviones, los descubrimientos de la física y de la química; la tercera, en la década de 1950, de la computación y de las tecnologías, comenzando a transformarse la sociedad analógica en un sociedad digital, con el internet, especialmente, aunque no solo, si bien esta tercera revolución industrial fue pausada o, si se quiere, evolucionando lenta y asimiladamente por la mente humana.

Todas ellas influyeron en la transformación del paisaje social, que desde una visión exclusivamente agrícola fue poco a poco presentando un escenario cada vez más urbanita, aun cuando la convivencia de ambas sociedades se mantenía sin desequilibrios; esto es, el peso social de la vida rural y de la vida urbana resistía simultáneamente, pese a que la evolución ya se presagiaba imparable, fruto de una economía emergente, dinámica, próspera, que se visibilizó en el nuevo hábitat, en el bienestar social, en las políticas públicas y en las estructuras sociales.

Todo ello enlaza a la perfección con la Cuarta Revolución Industrial, que está cambiando la forma de vivir, de trabajar y de relacionarnos los unos con los otros, y todo ello bajo el principio de la instantaneidad, de alta velocidad, masiva, transformadora social, que altera los soportes y principios esenciales que permitieron la construcción de la sociedad moderna. Una sociedad basada, diseñada y estructurada desde y con la tecnología; una sociedad en la que ocupan lugares privilegiados las redes sociales, la nube, el internet de las cosas (IoT), la inteligencia artificial, los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, el *big data*, la *maschine learning*, el *deep learning*, y un largo etcétera que nos encaminan hacia un mundo inteligente, un mundo en el que, como apunta SCHWAB, se despliegue desde un internet mucho más móvil y mundial, por sensores más pequeños y más potentes, y por inteligencia artificial u aprendizaje automático<sup>2</sup>.

---

2 SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, Ed. Debate, 4ª ed., Barcelona, 2018, p. 13.

La cuarta revolución industrial o del 4.0. comporta la digitalización de las cadenas a través de la tecnología de procesamiento de datos, software inteligente y sensores, facilitándose la actividad desde los que pueden trabajar fabricantes, proveedores, distribuidores, clientes y consumidores, para poder predecir, controlar, planear y producir de forma inteligente, favoreciendo un sistema productivo global. Es innegable que su impronta se muestra esencialmente en el sector económico, y especialmente en cuanto tenga vinculación con la previsión, producción, comercialización y distribución de bienes y productos, extendiéndose de forma imparable al sector servicios. Un modelo económico eficiente, a menor coste y en menor tiempo. Es más, un modelo económico que se expande, penetra y se solidifica en todos los ámbitos de la vida, no solo en la producción, comercialización o consumo. Esa sociedad digital deconstructora de los fundamentos, de los medios, de los fines y de las ideas, no supone sin más el uso masivo de las tecnologías, sino de la absoluta e imprescindible necesidad de actuar solo con y desde las mismas, y alimenta una interconexión entre sectores, entre personas, entre todos los actores de la sociedad global, arrastrando una manera de actuar conjunta, imparable, irrefrenable, indiscutible, inevitable de la historia humana.

De este modo, y aun cuando la cuarta revolución industrial tiene su origen en la tercera, en la que surge efectivamente el impulso de la digitalización y de la tecnología, es en esta cuarta revolución cuando la transformación, la evolución, la metamorfosis se produce, y se acentúa desde tres elementos fundamentales que la caracterizan: por un lado, la velocidad a la que evoluciona; por otro, por la amplitud y profundidad de la misma, que allende el mundo tecnológico, supone una mutación sin precedentes en la economía, en los negocios, en la sociedad y en las mismas personas, porque como apunta SCHWAB “no solo cambia el qué y el cómo hacer las cosas sino el quiénes somos”<sup>3</sup>; y finalmente por el impacto de los sistemas entre las empresas, las industrias, los países y las sociedades en su conjunto. Y todo ello se consiguió por la sofisticación digital, por el empleo de sensores cada vez más pequeños, más económicos, más amables y domésticos, y por la cada vez mayor penetración de la inteligencia artificial y del aprendizaje de la máquina, por lo que se le denominó a este periodo como “la segunda era de las máquinas”<sup>4</sup>.

Y esa segunda era de las máquinas es lo que dio lugar en la Feria de Hannover de 2011 a que se le considerare como la revolución de la “industria 4.0.”, que, amén de revolucionar la organización de las cadenas globales productivas, entendidas en su sentido económico y especialmente centradas en la creación de “fábricas inteligentes”, arroja un escenario de interacción global, una nueva manera de operar que permite que cualquiera, desde cualquier lugar del planeta, pueda obtener

3 SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 15.

4 BRYNJOLFSSON, E.; MCAFEE, A.: *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton & Company, 2014.

cualquier cosa y de forma cuasi inmediata, o dicho de otro modo, no solo consiste en máquinas y sistemas inteligentes e interconectados, que también, sino, en palabras de SCHWAB, “se producen oleadas de más avances en ámbitos que van desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables a la computación cuántica”, esto es, una suerte de “fusión de estas tecnologías y su interacción a través de dominios físicos, digitales y biológicos”<sup>5</sup>, es lo que se considera como un verdadero cambio profundo y sistémico del planeta.

Ese cambio profundo y sistémico genera una enorme inquietud:

Por un lado, se presenta un cierto rechazo por parte de quienes se hallaban en su zona de confort y presencian un cambio radical de la sociedad, a causa de esa interconexión digital, las consecuencias del internet en los medios y en la enseñanza, los efectos de la transición energética, las transformaciones en la ingeniería genética o el desarrollo de las máquinas autónomas y los algoritmos inteligentes. Surge esa percepción de que estas transformaciones comportan una pérdida de lo que ya conocíamos y genera una cierta desazón en relación con lo que se desconoce. Surge desde esa percepción la duda acerca de qué papel será el que deberá asumirse temiendo ser excluidos del entorno o autocensurarnos relegándonos a un papel de innecesariedad.

Por otro lado, emerge una enorme inquietud acerca de causa-efecto que puede llegar a producir esta transformación social digital en la igualdad social. Puede producir una suerte de desigualdad social creciente. No en vano, “los grandes beneficiarios de la cuarta revolución industrial son los proveedores de capital intelectual o físico (innovadores, los inversionistas y los accionistas), lo cual explica la creciente brecha de riqueza entre las personas que dependen de su trabajo y las que poseen el capital”, o dicho de otro modo, la algoritmización de la vida que arrastra esta revolución industrial del 4.0. está mostrando una cada vez mayor concentración de los beneficios y del valor en tan solo un pequeño porcentaje de personas, que generan lo que SCHWAB denomina “efecto de plataforma”<sup>6</sup>, que dominan los mercados, concentrados fundamentalmente en unas pocas manos y que muestran un cada vez más ineficiente ascensor social, de modo que el que tiene mucho dinero y lo invierte se beneficia más que el que trabaja duro para conseguir sus ingresos<sup>7</sup>.

En suma, podemos considerar, sin temor a equivocarnos, que vivimos una fase “bisagra”, algo similar, como apunta YOGESHWAR, al momento en que la Edad

---

5 SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 21.

6 SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 28.

7 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., p. 338, quien explica la disminución de salarios en Alemania entre los años 1992 y 2012, mostrando una clara desigualdad en cuanto al patrimonio, dado que mientras el 10% de los más ricos disponen de la mitad del patrimonio total, el 40% más pobre de la población prácticamente no tiene ahorros, lo que considera este autor como una verdadera “bomba de relojería”.

Media fue reemplazada por la Modernidad. “En esas épocas históricas las innovaciones técnicas transformaron la sociedad y la imagen que el ser humano tenía de sí mismo”, y en la actualidad, la revolución digital que estamos experimentando nos cambiará absolutamente, si bien dependerá de nosotros mismos “vivir este progreso como si nos arrastrara o bien formando parte de él como creadores”<sup>8</sup>.

## II. DEL PLANTEAMIENTO A LA REALIDAD. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA ALGORITMIZACIÓN DE LA VIDA. DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL A LA REVOLUCIÓN VITAL.

El escenario del 4.0 no es relegable tan solo al sector económico, a la gestión industrial, sino que ha empapado la realidad que habitamos, nuestra misma visión del mundo, amén de nosotros mismos. La revolución industrial ha arrastrado tras de sí una revolución vital, una manera diversa de mirar y una manera distinta de presentarnos ante la sociedad, ante el mundo. En esa revolución vital hay mucha consecuencia derivada de la globalización, a la que se atribuye una palmaria transformación de espacios, de protagonistas, de valores, de estructuras, de medios, y sobre todo un escenario en el que el *modus operandi* de gestión industrial ha penetrado en la sociedad, en las costumbres y en la vida misma.

En este nuevo escenario de revolución vital hemos asistido y estamos asistiendo a un conjunto multidimensional de cambios sociales a nivel mundial, que ha alterado las bases de intercambios e interdependencias sociales y ha creado un indiscutible sentimiento en las personas de interconexión<sup>9</sup>, lo que *sensu contrario*, ha generado la percepción vital de que si no hay conexión, hay aislamiento, hay exilio del mundo, de la sociedad, y en suma una clara percepción de no vivir, de no existir. Si durante siglos la moneda de cambio, de relacionarse, fue el dinero, fuere éste concebido como fuere, en la actualidad los instrumentos que mueve la sociedad son los datos. Todos alimentamos las máquinas con nuestros datos, que crecen y han permitido que desde la documentación de los mismos se haya ido construyendo el denominado *Big data* (datos masivos). Los datos masivos son en el Siglo XXI lo que probablemente fue la energía del vapor en el Siglo XVIII o la electricidad en el Siglo XIX. Obtenemos información a cambio de datos; adquirimos servicios a cambio de datos; obtenemos reconocimiento a cambio de datos; las instituciones se evalúan a cambio de datos; gestionamos empresas, bancos, consumimos, buscamos propuestas de restaurantes, de libros, etc., a cambio de datos. Tan es así que en 2007 -fecha en la actualidad ya muy lejana y muy superada doce años después- el New York Times publicaba un artículo<sup>10</sup> en el que se apuntaba que diariamente se obtenían 2.500 millones de

8 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., p. 37.

9 STEGLER, M.B.: *Globalization: A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003, p. 13.

10 “When Government was the solution”, el día 21 de mayo de 2007.



gigabytes de datos a través de pagos, visitas a sitios webs, mensajes, solicitudes, rutas de viaje buscadas, canciones, libros, resultados de búsquedas en general, etc.

Esos datos masivos están desestructurados, pueden considerarse como materia bruta, materia prima, que deberá ser elaborada. El desarrollo y elaboración de estos datos se lleva a cabo mediante lo que se denomina *analytics* o el análisis de los patrones en los datos, que es lo que ha permitido la estructuración de los mismos y sus resultados, favoreciendo la mecanización, la previsibilidad y también la manipulación de comportamientos humanos. Obviamente esto es la gran revolución en el Siglo XXI porque va a permitir el control de comportamientos (importante a efectos políticos, electorales, empresariales, judiciales, jurídicos, médicos, técnicos, militares y un largo etcétera); un control que sirve para predecir, para actuar preventivamente y para manipular hasta la perfección.

En sectores como la medicina o la educación o las comunicaciones o la economía los avances pueden ser espectaculares y ya los estamos viendo; en sectores como la persecución penal, la prevención del crimen organizado, se darán respuestas preventivas de enorme precisión, y también desde el punto de vista médico la prevención de enfermedades o la predictibilidad de algunas de ellas podría llevar a evitar muertes, enfermedades largas, y también a obstaculizar seguros médicos o incorporaciones en el mundo laboral, así como a ir cada vez más tratando de buscar y alcanzar una suerte de alargamiento vital, amén de una también cada vez mayor clasificación de las personas en categorías, como haremos referencia a continuación. En suma, las manifestaciones actuales de esta revolución digital que poco a poco ha ido incorporando la inteligencia artificial o la interdependencia vital ser humano-máquina son inagotables. Haremos referencia a algunas de estas manifestaciones.

Probablemente la más común y a la que no se ha podido resistir nadie es a la utilización de teléfonos móviles o portátiles, instrumentos que nos han venido haciendo las relaciones personales, profesionales, comerciales, de consumo y de ocio, más sencillas, próximas, cómodas y hasta seguras. Repárese que un dispositivo electrónico doméstico, como puede ser una tableta, que puede emplearse para la comunicación, para la navegación y para la lectura, presenta un procesamiento que equivale a cinco mil ordenadores de los que hace treinta años teníamos en el escritorio, y tiene una capacidad de almacenamiento indescriptible si se le compara con la máquina del siglo pasado. Pedir un taxi, encontrar un vuelo, un hotel, comprar un producto de cualquier tipo (una mesa, unos libros, comida, etc), realizar transferencias bancarias<sup>11</sup>, comprar, escuchar música, ver una película, leer, además

---

11 Los bancos expresan la inteligencia artificial, de manera que a través del aprendizaje automático o *machine learning* permiten explotar la información masiva de datos de los clientes ofreciendo consultoría estratégica, financiera y tecnológica, posibilitando políticas de marketing que captan un mayor número de clientes. Se puede analizar el comportamiento del cliente, los ingresos y gastos, detallándose los movimientos y transacciones, conociendo preferencias, gustos, generando perfiles. Y estos datos pueden facilitar un crédito o su denegación. Y sobre todo se afirma que estas nuevas herramientas garantizan mayor

claro está de hablar y mantener una conversación a través del sonido solo o a través del sonido y la imagen, es algo que forma parte de nuestras vidas, con más o menos intensidad, pero es realista, es actual, es moderno, es paradigma de la sociedad actual que nos ha tocado vivir<sup>12</sup>. La visión economicista en todos ellos es indudable, y a quienes fundamentalmente se está favoreciendo es a los consumidores, a quienes se les pone muy fácil las tareas hacia las que se les empujan. O, dicho de otro modo, “el consumidor parece ser el ganador. La cuarta revolución industrial ha hecho posible nuevos productos y servicios que aumentan prácticamente sin costo alguno la eficiencia de nuestras vidas como consumidores”<sup>13</sup>.

El análisis de los datos masivos que vamos empleando como arma de compra, como pago por información, no es en absoluto neutro. Este *Big data* es la realidad del siglo XXI y a través de la misma el mundo que se ofrece es el de la predicción y con ella la predictibilidad de muchos componentes vitales. Son los ojos que ven al mundo y los ojos desde los que se mueve el mundo. A este respecto son ya numerosas las manifestaciones que presenciamos en nuestra vida cotidiana y que aceptamos, no sabemos si con entusiasmo o con resignación.

Por ejemplo, siempre que usamos un lector electrónico se registra lo que leo y no solo qué estoy leyendo, sino cómo lo leo. Es decir, el sistema electrónico asimila la velocidad de la lectura, si es un libro que me ha captado la atención, si sonrío o no con alguno de sus pasajes, si lo dejo y lo tomo al cabo de mucho tiempo mostrando que no me está interesando en exceso, si soy devoradora de libros o por el contrario una mera lectora ocasional, etc., y todo ello si tenemos en cuenta que detrás de nuestro lector –del que nosotros solo comprendemos como ponerlo en marcha, como aumentar la letra, como subrayar, como detener, como volver atrás, etc.- hay una infinidad de algoritmos matemáticos que están permitiendo reconocer el estado de mis facciones (mirada, sonrisa, etc.) y están interpretando incluso el estado anímico en el que me encuentro, incluso pueden determinar la edad de la persona, entre otros datos. Estos algoritmos pueden ser una gran fuente para las editoriales, que podrán realizar análisis de autores, de tipos de novela, de pasajes de los libros, de indicios de aburrimiento de los mismos, de interés masivo por ellos, y un largo etcétera. Se ofrece una posible algoritmización de la vida editorial que puede

---

seguridad en las actuaciones, con prevención de riesgos y evitación de fraudes bancarios, entre otros. Son ya numerosas las entidades bancarias que han introducido el reconocimiento facial en los cajeros, a saber, una tecnología de identificación del cliente a través de cajeros que trabajan con un hardware y un software que permite validar la imagen del rostro del usuario.

12 Hace dos o tres décadas la comunicación podría realizarse por teléfono, a través de teléfonos fijos, incluso a través de cabinas públicas que han ido desapareciendo de nuestro paisaje urbano. Incluso un año más atrás, el coste de una conversación telefónica internacional era elevado y empleábamos las cartas, un medio que permitía expresar, desplegar con mayor intensidad sensaciones o sentimientos, percepciones y realidades, solo que cuando el destinatario de la carta la recibía esas sensaciones transcritas en el papel podían haber cambiado, dado el tiempo que consumía su recepción. Hoy nadie escribe cartas y nuestras vidas se reflejan y transmiten en frases más cortas, monosilábicas, mensajes breves, que se transmiten y reciben en tiempo real, fruto de un presente líquido y cambiante.

13 SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, cit., p. 26.

condicionar la actividad editorial, los autores, la edición, el número de ejemplares a editar; y un largo etcétera. Y no es algo ajeno a nuestra realidad, por cuanto en la actualidad se cuenta ya en las cadenas de televisión con un sistema de control que les permite determinar las cuotas de pantalla, el índice de espectadores de determinados programas, el interés por una u otra programación televisiva, tipología de películas que interesan, etc. Son todo ello tareas que antes quedaban en manos de la redacción y ahora ésta se apoya en resultados matemáticos que provienen de la algoritmización del control.

Es indudable que los avances producidos en medicina debido a la aplicación de algoritmos, ya a través de sistemas de detección de enfermedades graves, favoreciendo el tratamiento más adecuado para la cura de la persona o el estancamiento de la enfermedad; o bien, la posible incorporación de componentes electrónicos que sustituyen funciones del ser humano, como sucede con el marcapasos, o la prótesis de manos o piernas artificiales sensibles incluso al contacto físico; y, por supuesto, las múltiples posibilidades que está dando la ciencia de elaboración de órganos a partir de las células madre.

Ahora bien, también la utilización de la denominada pulsera de *fitness* que transmiten a la nube el ritmo cardíaco, el control de los pasos diarios realizados y contados por el móvil a través de la App correspondiente, el mismo reconocimiento de la voz, o el reconocimiento de estrés a través del sistema de salud establecido en la aplicación pueden servir para no solo valorar el estado de salud de una persona –que también, a través de imágenes, textos y escritos, que permiten detectar, a título de ejemplo, carcinomas en radiografías con una seguridad enorme–, registrando su patrón de comportamiento, si lleva o no una vida saludable, etc, sino también la posibilidad de concesión o denegación de un seguro de vida, o de un puesto de trabajo determinado. Se ofrece con este modelo una suerte de combinación de datos de salud y datos médicos que permiten desde los datos de imagen, voz, texto, etc, generar una asignación probable, lo que conecta con el aprendizaje profundo (*DeepMind*) de la máquina –empresa que fue adquirida por Google en 2014–, desde la que se obtienen enormes avances en sectores como el que estamos describiendo. Los resultados de estos avances han ido propiciando una enorme confianza en ellos, en los sistemas informáticos, aunque no sepamos cómo se alimentan ni cómo funcionan.

Cierto es que ese lenguaje algorítmico que, aplicado al sector de la salud y la medicina, encuentra multitudinarios adeptos podíamos ya encontrarlo desde hace algunos años en el ámbito de los juegos de ordenador. En la década de 1950 Frank Rosenblatt construyó una neurona electrónica que propulsó la creación del programa de juegos de damas de Arthur Samuel, quien se entrenó consigo mismo hasta que logró derrotar a varias personas. Una interesante manifestación fue la que

se produjo cuando en marzo de 2016 el programa informático AlphaGo venció al campeón surcoreano de go Lee Sedol en un torneo de cinco partidas. Y, en los últimos tiempos, han aparecido numerosas manifestaciones, tales como los vehículos autónomos o los asistentes virtuales que atienden a nuestras órdenes. En todas estas manifestaciones están presentes los algoritmos de aprendizaje, que han encontrado una prolífica búsqueda de objetivos dispares: la Universidad de Columbia ha intentado crear robots que puedan reptar o volar; la creación de redes neuronales que permiten reconocer caras, comprender lenguaje, traducir idiomas, etc; también sirve en sede de psicología a través de algoritmos basados en analogías, que permiten a título de ejemplo hacer recomendaciones a clientes del comercio electrónico; las máquinas también pueden aprender mediante la automatización del método científico, siendo una manifestación de esta modalidad la creación de la bióloga robot EVA que se ha usado para descubrir un posible fármaco contra la malaria; y el quinto grupo es aquel que trabaja con aprendizaje que se basa en principios matemáticos que ofrecen diagnósticos médicos con mayor precisión que los mismos médicos, o que se aplican por ejemplo por Google para seleccionar la publicidad que nos muestra como usuarios<sup>14</sup>.

Otro de los ejemplos que nos acompaña en nuestra vida es la transformación en las maneras de relacionarnos y en la pérdida de intimidad que muchos ofrecen a cambio de una suerte de narcisismo que se encuentra en los numerosos “like”, que se obtienen cada vez que se sube parte de nuestra vida a las redes sociales. Es indudable que nos hallamos ante lo que muy expresivamente YOGESHWAR denomina como la *terra digitalis*, en la que la propia vivencia “pierde su intimidad, ya que con el acto de la exposición pública perdemos un pedazo de nosotros mismos y participamos inconscientemente en una subasta de nuestras biografías digitales”<sup>15</sup>. Presentamos nuestro mejor lado, empleando para ello cualesquiera de las múltiples aplicaciones que permiten retocarnos, y vivimos el estrés de sumar a cuántas personas les gusta mi vida. Alimentamos con ello a la máquina mediante nuestros datos, que regalamos a cambio del aplauso social. La pérdida de la privacidad es el precio que gustosamente pagamos para la consecución del fin: que es la obtención del mayor número de “likes” y en el menor tiempo. Este método de exposición pública no es solo individual o personal sino grupal. La empresa, la Administración, los colectivos u organizaciones necesitan de un pantallazo digital, mostrar la mejor de las caras ante los usuarios, ante los clientes o ante el mundo. Si se es una institución académica nos lanzamos a la pesca de la mejor puntuación de ranking. La incorporación de los Masters a las redes sociales se ha convertido en la mejor pantalla de presentación a la sociedad global, y un número elevado de alumnos no buscan a la Universidad como institución, sino a lo que se ofrece en la misma en relación con el ámbito

14 DOMINGOS, P.: “La inteligencia artificial servirá a nuestra especie, no la controlará”, en *Investigación y Ciencia*, noviembre 2018, pp. 78-79.

15 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., p. 156.

que interesa o importa a quien quiere acceder a cursos de grado o postgrado. En suma, regalamos datos diariamente a la inteligencia artificial, conformando el *Big data* diariamente.

En conexión directa con la anterior manifestación podríamos asimismo apuntar en el marco de la convivencia de la persona con la máquina los portales de citas y amistades atendiendo al empleo de sistemas algorítmicos. Son ya numerosos los que existen. Podemos citar, a título de ejemplo, *Tinder*, en el que desde las fotos se hace una exclusión de los candidatos o una muestra de interés; el "uso" algorítmico permite generar relaciones personales o incluso negarlas porque no solo se accede a personas, sino que también la máquina permite la selección y exclusión de estas relaciones. Dicho de otro modo, a través de los algoritmos se trabaja con datos: edad, aficiones, ingresos, profesiones, intereses, etc, y es el mismo algoritmo el que va a trabajar para lograr la compatibilidad afectiva. ¿Facilitará la vida afectiva o la complicará?<sup>16</sup>. Es obvio que estamos ante una manera algorítmica de mantener la mirada del amor; diverso, distinto, y matematizado. Es más, en este mundo líquido baumaniano que nos está tocando vivir en el que también en el amor observamos una clara ausencia de compromiso, de consolidación de las relaciones, en el que enamorarse y desenamorarse forma parte de nuestro paisaje vital, en el que concurre la máxima de Bauman de que "comprometerse con el futuro es tan imposible como ofensivo"<sup>17</sup>, casa a la perfección el modelo que favorece a través de los algoritmos encontrar parejas, que, atendiendo esa ausencia de compromiso latente, pueden dejar de serlo en cualquier momento<sup>18</sup>.

Igualmente, han sido los nuevos *software* los que han propulsado la aparición de vehículos sin conductor (trenes, tranvías, coches sin conductor) que se manejan a través de los denominados *software* inteligente, que detecta otros vehículos, reconocimiento de espacios, lugares, determina el grado de velocidad que debe tomarse, son programadores que permiten la movilidad electrónica sin control humano. Sin asumir un posicionamiento derrotista o pesimista es obvio que también estos sistemas pueden, como el ser humano, errar, aun cuando quizás los errores en estos casos suelen ser de gran impacto y generan un cuestionamiento sobre el modelo y su perfeccionamiento. Tal ha sido el escándalo producido por

16 Mucho más incisivo y expresivo es YOGESHWAR, R., cuando cuestiona en estos métodos temas como ¿podrías dormir tranquilo sabiendo que en alguna parte te está esperando una solución acaso mejor y más compatible? ¿te sentirías tentado a por lo menos echar un vistazo a las nuevas ofertas?

17 BAUMAN, Z.: *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2017, p. 26

18 Con mucha ironía, si bien con posible realidad, plantea un supuesto alarmante YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., p. 161, cuando señala: "Imaginate que un día, después de haber conocido a tu pareja de esta forma y tras meses o años de vida en común, recibes un correo electrónico con este mensaje: **Apreciado cliente:** en los últimos meses hemos mejorado notablemente nuestro *software* y también ha aumentado enormemente nuestra base de datos. Basándonos en sus datos hemos concluido que existen muchas más compatibilidades que las propuestas que se le ofrecieron en su momento. Si le interesa, póngase en contacto con nosotros. Si lo hace antes de mayo recibirá un descuento del 30%. Aproveche nuestra actualización. ¡Su verdadera pareja ideal le está esperando!".

la incompatibilidad de los nuevos *software* en los aviones Boeing 787 MAX 8 que han provocado las desgracias de los accidentes aéreos. Este sistema es el que se está implementando en algunos pequeños recorridos para el coche sin conductor, alegándose que del mismo modo que existe posibilidad de error en la conducción humana, puede darse igualmente esa probabilidad cuando se trata de aplicar la tecnología. Así lo considera Raquel URTASUN al afirmar “no hemos sabido educar a la sociedad sobre qué esperar del vehículo sin conductor. Esperan perfección, y nosotros no vamos a estar exentos de los accidentes mortales. Es imposible. Pero esta tecnología no tiene que ser infalible para ser fantástica para nuestro mundo”<sup>19</sup>. Surge, sin embargo, un sinfín de cuestiones por mor de esta situación, tales como a quién reclamar responsabilidad en este caso, a quien diseñó y produjo el *software*, a quien lo vendió, a quien lo empleó, o a la máquina en sí. El tema de la responsabilidad sigue latente y con no pocas incógnitas que hasta el momento no tienen una respuesta unidimensional.

Es indudable que en nuestra vida cotidiana nos hemos convertido en dependientes de una máquina, nuestra colaboradora, nuestra facilitadora, nuestra vía de encontrar cosas, personas, de comunicarnos, de manera que Siri, Googlemaps, iTunes, Wallet y un largo etcétera son nuestras compañeras de viaje y de vida. El IoT (internet de las cosas) nos acompaña en nuestro día a día. Se dice que nació para mejorar la competitividad de cualquier institución (sea pública o privada) de manera intersectorial, apostando por una vida mejor, a través de dispositivos interconectados que sean capaces de obtener “indicadores métricos de uso y, en función de eso, ejecutar acciones diseñadas por sus programadores. Un ejemplo muy gráfico de ello sería el asistente Siri de Apple: un diseño de lingüística computacional capaz de reconocer la voz, analizar los datos del terminal (todos los indicadores: localizaciones, tipo de pronunciación, estadística y probabilidad aplicado al uso diario) y, por consiguiente, enlazar una acción a una petición lingüística”<sup>20</sup>. Sin olvidar nuestros imprescindibles Netflix, Spotify, etc. Y en nuestra vida académica necesitamos del researchgate, de academia.edu, googlescholar, orcid, los rankings académicos y un largo etcétera nos acompañan, generándonos una suerte de estrés que nos lleva a sentir que, si no estamos en ellos, no estamos en el mundo, no importamos, no nos acreditarán, no nos evaluarán, no nos respetarán y no existiremos en un mundo donde los parámetros vitales se asientan en el uso y abuso del *Big data*.

La esencia de la vida es estar en movimiento, cierto, y esa algoritmización vital que nos asiste en estos años forma parte del mismo. Lo importante no es solo percibirlo, sino ser partícipe de esa vida digital, ser protagonista de ella, a sabiendas de que regalamos datos, regalamos historia, regalamos intimidad y regalamos parte

19 [https://elpais.com/elpais/2018/12/11/eps/1544543463\\_121526.html](https://elpais.com/elpais/2018/12/11/eps/1544543463_121526.html), 16 de Diciembre de 2018 (consultado el 26 de marzo de 2019).

20 BLANCO PÉREZ, M.; MORENO GONZÁLEZ, J. J.; SILVA ARDANUY, F. M.: *Marco jurídico para la digitalización de las empresas de la economía social*, Tirant lo Blanch-Fundación Cajazol, Valencia, 2018, p. 28.

de nuestro yo, empero siempre con la conciencia de que quizás esa proyección analítica de los datos permita fundamentalmente una mejor vida, una mejor sociedad y un mejor planeta. Una de las grandes falencias que se pone de manifiesto con este cambio de paradigma es la que afecta al mundo laboral; cierto que desaparecen puestos de trabajo, eso es indudable, algunos todavía impensables, que verán reducidas sus expectativas laborales de futuro, si bien habrá que saber combinar con el nacimiento de otros puestos de trabajo y otras modalidades laborales, de modo que es posible que el eterno reclamo del teletrabajo encuentre virtualidad, que aumenten los trabajadores telemáticos y que proliferen otras profesiones como la de programador de Apps, la de monitorización de Social Media, la de analista de sistemas de Big data, especialista en servicios de nube, profesionales de la ciberseguridad de todas las áreas, especialistas en usabilidad y experiencia de usuario, pilotos de drones, áreas de biomedicina, expertos en justicia algorítmica, etc.

Hemos de ser conscientes de ello y trabajar, cada uno desde nuestro ámbito, en exprimir aquello que de estupendo la vida algorítmica nos ofrece, asumiendo ese cambio de paradigma vital. “El pacto con la máquina no es una calle de una sola dirección. La continua optimización ignora los rodeos de la vida y reduce nuestra diversidad a una simplicidad optimizada. ... Empezamos por adaptarnos a las máquinas y corremos el riesgo de olvidar lo que nos convierte en seres humanos. Las máquinas son frías y no entienden de sueños, de verdad, belleza o amor. ... al final la respuesta de quién programa a quién dependerá de si nos mantenemos fieles a nosotros mismos y aceptamos nuestra insuficiencia humana y de si somos capaces de reconocer en ello toda la belleza que jamás captará un algoritmo”<sup>21</sup>, hermosas palabras que comparto plenamente.

Lo que rompe esa belleza es observar un programa en China basado en un sistema de puntos, un modelo de vigilancia total del ciudadano denominado *Citizen Score*<sup>22</sup>, que establece una cuenta de números personal. Estos puntos aumentan cuando la persona realiza acciones “socialmente deseables”, tales como donación de sangre, actividades de voluntarismo, actividades procomunidad, etc. Ahora bien, los puntos pueden ir disminuyendo por infracción de normas de tráfico, por un posible mal comportamiento, por emborracharse en la vía pública o incluso por contar con amigos que pueden considerarse como “inapropiados”. Esta puntuación es pública, de manera que puede accederse a la misma por la persona afectada pero también por aquellos que pudieren tener una suerte de relación personal, profesional, contractual de todo tipo. “Si alguien tiene una buena puntuación, por ejemplo, le será más fácil conseguir un crédito, se le simplificarán las formalidades de la contratación o podrá adquirir billetes de avión a mejor precio”. En suma, una

21 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., pp. 162-163.

22 YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, cit., pp. 201-202.

inquietante y peligrosa puntuación ciudadana con efectos impensables en la vida de las personas.

### III. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Los avances de la Inteligencia Artificial, la algoritmización de la vida y la transformación digital a la que estamos asistiendo no deja indiferentes. Las agendas de los líderes políticos se llenan de acciones que tienen directa o indirectamente que ver con inteligencia artificial. Los beneficios que pueden ofrecerse desde la robótica, las tecnologías médicas, la movilidad urbana, la protección del medio ambiente, el desarrollo económico, educativo, comercial etc., han propiciado respuestas también en el seno de la Unión Europea.

Las estrategias políticas que se han presentado por las grandes potencias en materia de Inteligencia Artificial han propulsado a la Unión Europea a posicionarse también en la búsqueda de estrategias políticas, económicas, investigadoras, estructurales y un largo etcétera, que permitan avanzar y sobre todo favorecer también una suerte de liderazgo en desarrollo y utilización de la Inteligencia Artificial. Se han ido sucediendo las acciones realizadas en el seno de la Unión Europea y parece imparable el interés que desde las instituciones europeas se está presentando en aras de configurar el escenario europeo adecuado para el impulso, desarrollo y control –también- de la Inteligencia Artificial.

Es indudable que la Inteligencia Artificial encontró un terreno absolutamente fértil en EEUU. El Gobierno de EEUU presentó una estrategia de inversión de cerca de 970 millones de euros en investigación no clasificada sobre Inteligencia artificial en el año 2016. Esto, lejos de sorprendernos, no hace sino confirmar que en sus orígenes fueron las empresas americanas las que impulsaron las diversas manifestaciones de la inteligencia artificial, del impulso de la programación analítica de los algoritmos y de su expansión a casi todos los ámbitos de la vida. Las empresas como Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Twitter, LinkedIn, entre otras, han sido las que comenzaron con la adquisición de datos, la programación, la transformación digital, y la presentación de múltiples productos, todos ellos bajo *software* o incluso con *hardware*, pero es indudable que en su nacimiento la algoritmización de la vida tenía nacionalidad norteamericana. Esto no ha sido óbice a que ya no es EEUU la gran potencia digital, por cuanto China es un competidor ambicioso en esa lucha por alcanzar el liderazgo mundial en 2030, con enormes y continuas inversiones difícilmente alcanzables. Todo ello sin olvidar países como Japón, Corea o Canadá, que han ido incorporando poco a poco estrategias propias también en la transformación digital y la consolidación de la inteligencia artificial<sup>23</sup>.

23 “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”. Inteligencia Artificial para Europa, *Comisión Europea*, Bruselas, 25 de abril de 2018 (COM (2018) 237 final, pp. 4-5. En esta Comunicación se establece



Es por ello que la Unión Europea está llevando a cabo numerosas acciones para posicionarse en materia de inteligencia artificial, preparando un programa de financiación Europa Digital (en el periodo presupuestario que va de 2021-2027) en torno a los 9.200 millones de euros para el desarrollo entre otras de supercomputación. Se ha creado un grupo de expertos de la Comisión para elaborar el Código ético de IA. Y todo ello sin olvidar que el Comité Económico y Social Europeo ya en junio de 2017<sup>24</sup> instaba a la realización de un verdadero debate social sobre Inteligencia artificial que incluya a quienes pueden estar interesados, tanto a políticos, como a representantes empresariales y de la industria, interlocutores sociales, consumidores, ONG, instituciones de la enseñanza, representantes de la ciencia y especialmente de la medicina, así como expertos académicos de diversas disciplinas, que puedan verse afectadas como la misma Inteligencia Artificial, la seguridad, la ética, la economía, las ciencias laborales y jurídicas, las ciencias del comportamiento, la psicología, la filosofía, etc.

Tomando como referente el documento de 2017 del Comité Económico y Social merece destacarse las once áreas donde la Inteligencia artificial plantea desafíos sociales: ética, seguridad, privacidad, transparencia y rendición de cuentas, trabajo, educación y desarrollo de capacidades, (des)igualdad e inclusión, legislación y reglamentación, gobernanza y democracia, guerra y superinteligencia. Y a partir de aquí se establecen una serie de recomendaciones: 1º) Un enfoque de la IA basado en el control humano (que las máquinas continúen siendo máquinas y los humanos conserven el dominio sobre ellas); 2º) Que se elabore un código deontológico; 3º) Con un sistema de normalización para la verificación, validación y control de los sistemas de IA, basado en normas de seguridad, transparencia, inteligibilidad, rendición de cuentas y valores éticos; 4º) Con una infraestructura de IA europea; 5º) Con una delimitación por la UE, los gobiernos nacionales y los interlocutores sociales de los sectores de mercado laboral influidos por la IA; 6º) Por una apuesta por los sistemas complementarios de IA en lugar de trabajo, a saber, con equipos persona máquina, donde la IA sirva para complementar y mejorar la actuación humana; 7º) Evaluación de la normativa de la UE para su incorporación (se pronuncia en contra de la atribución de personalidad jurídica a los robots o IA); 8º) Se propone que la Comisión Europea financie programas de investigación sobre el impacto social de la IA, y se promueva y fomente a nivel privado y público; 9º) Se apoya la prohibición de las armas autónomas.

---

que en 2016 las inversiones privadas en Europa en Inteligencia Artificial fueron entre 2.400 y 3.200 millones de euros frente a los 6.500-9.700 invertidos en Asia o los 12.100-18.600 millones de euros invertidos en América del Norte. Vid, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES>.

- 24 "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", del Comité Económico y Social Europeo, 2017/C 288/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES>.

En cumplimiento de la estrategia de inteligencia artificial que se adoptó en abril de 2018 la Comisión presentó en diciembre de 2018 un “plan coordinado” para fomentar el desarrollo y la utilización de la inteligencia artificial en Europa<sup>25</sup>, centrándose en cuatro grandes claves:

1. Por un lado, la necesidad de maximizar las inversiones a través de asociaciones (evitándose la fragmentación de la inversión en los diversos países de la UE). Entre las acciones conjuntas se pretende la realización de estrategias nacionales, así como la creación de una asociación para la investigación y la innovación sobre la inteligencia artificial con el objetivo de fomentar la colaboración entre el mundo universitario y la industria en Europa, elaborando un programa estratégico de investigación. Asimismo, se propone un fondo de expansión, apoyando a empresas emergentes y a los innovadores dedicados a IA. E igualmente, se tratará de generar conexión de centros de excelencia europea en materia de inteligencia artificial, poniéndose en marcha el Consejo Europeo de la Innovación como iniciativa piloto.

2. En segundo lugar, se pretende la creación de espacios de datos europeos (seguros, sólidos). Es un componente más de apoyo del Reglamento general de protección de datos.

3. Fomentar el talento, las capacidades y el aprendizaje permanente. El desarrollo y buen empleo de la IA necesita de talento suficiente. La UE no cuenta con suficientes profesionales especializados en inteligencia artificial. De ahí que la Comisión apoye las titulaciones avanzadas en esta materia mediante becas específicas, y asimismo apoyará las competencias digitales y el aprendizaje permanente para el conjunto de la sociedad y especialmente para los trabajadores más afectados por la IA. Se propone que la IA se introduzca en programas educativos de otras disciplinas como el Derecho.

4. Desarrollar una inteligencia artificial ética y de confianza. Un grupo de expertos europeos, que representa a la universidad, la empresa y la sociedad civil, está trabajando sobre las directrices éticas para el desarrollo y la utilización de la inteligencia artificial.

Tras el Plan señalado la Presidencia preparó un proyecto de Conclusiones del Consejo relativas al Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial “made in Europe”. El Grupo “Competitividad y Crecimiento” (Industria estudió la Comunicación de la Comisión y el Plan Coordinado y debatió el proyecto de Conclusiones del Consejo en enero de 2019. Con algunos cambios introducidos

25 “Plan Coordinado sobre Inteligencia Artificial” (Documento 15641/18) y “Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial “Made in Europe”-2018 (Documento 15641/18 ADD1), [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_2&format=PDF).

se acordó remitir el proyecto de Conclusiones al Consejo de Competitividad en febrero de 2019, que fundamentalmente pretenden la incorporación plena de la transformación digital con inclusión de la inteligencia artificial, centrándose en los siguientes apartados<sup>26</sup>:

1. Apoyo favorable al Plan Coordinado, pidiendo mayor desarrollo, despliegue y asimilación de la aplicación de inteligencia artificial en todos los sectores económicos, con el objetivo de convertir Europa en líder mundial en materia de IA.

2. Subraya la crucial importancia de fomentar el desarrollo y uso de la IA en Europa, aumentando la inversión, reforzando la excelencia en tecnologías y aplicaciones de inteligencia artificial y fortaleciendo la colaboración entre la industria y el mundo académico. Recomienda y anima la promoción y desarrollo de estas tecnologías en la asistencia sanitaria, la agricultura o la movilidad conectada o autónoma.

3. Acoge favorablemente el plan en cuanto fortalece sectores industriales, y reconoce que la explotación de datos a través de la explotación de algoritmos de IA servirá de apoyo a varios sectores económicos con la creación de nuevos productos y servicios innovadores, así como aplicaciones para la vigilancia del cambio climático y la lucha contra este.

4. Anima a las empresas emergentes, en expansión, a las pequeñas y medianas empresas y a las innovadoras a contribuir al desarrollo de la IA en la economía y a beneficiarse de ellos, señalando la importancia de ayudarles a innovar con tecnología de IA a través de medidas como el desarrollo o el ensayo y la experimentación, por ejemplo, en bancos de pruebas de aplicaciones.

5. Apoya la difusión y acceso a la capacidad de IA (plataforma de IA a la carta, red de centros y agrupaciones de innovación digital, así como la red de centros de excelencia), a través de programas marco financiero plurianual tales como Europa Digital, InvestEU, Horizonte Europa, etc.

6. Insiste en la necesidad de incorporar garantías en el desarrollo de la tecnología de IA y creación de espacios de datos europeos comunes de confianza, para ello insiste en la necesidad de reforzar las capacidades básicas de IA en la UE.

7. Reconoce el efecto perturbador y el potencial transformador que la IA tendrá en el mercado laboral actual en sectores como la industria por lo que es importante la transformación digital en los mercados laborales en la UE y su evaluación.

8. Insiste en la urgencia de fomentar y capacitar profesionales en IA, incorporar habilidades digitales en todos los niveles de educación y aumentar los programas

<sup>26</sup> Puede verse en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf>.

TIC de alta calidad en educación superior; centrándose en la automatización, la robótica y la IA, así como en la fiabilidad y la seguridad del *software*; colaborar con el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología, para madurar la profesión de las TIC, la formación profesional y el aprendizaje permanente en el ámbito de la IA, fomentando el equilibrio de género y la diversidad del sector. Insiste en adoptar medidas para retener a los investigadores y especialistas en IA en Europa.

9. Pide a los Estados miembros y a la Comisión que intercambien las mejores prácticas sobre cómo reforzar la excelencia y crear ecosistemas para retener a las personas con talento dentro de la UE y atraerlas a la UE, para lo cual aplaude las titulaciones de máster y doctorado en inteligencia artificial, así como la propuesta de la Comisión de fomentar la implantación de asignaturas de IA en titulaciones conjuntas interdisciplinarias como en el ámbito del derecho o la psicología.

10. Anima a las Administraciones públicas a habilitar servicios que favorezcan a los ciudadanos y a las empresas desde la IA, para mejorar la eficiencia y eficacia de los servicios prestados (puede servirse en contratación pública, así como para supervisar y aplicar normas del mercado único relativas a bienes, servicios y personas, así como a funciones del sector público.

11. Destaca la importancia de garantizar el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos mediante la aplicación de directrices éticas para el desarrollo y el uso de la IA dentro de la UE y a nivel mundial, haciendo de la ética de la IA una ventaja competitiva para la industria europea. Valora el trabajo que está realizando el Grupo Independiente de expertos sobre directrices éticas.

12. Invita a la Comisión a evaluar la legislación de la UE para su adecuación al desarrollo transfronterizo de tecnologías basadas en la IA, y apoya la incorporación de la misma en la nueva legislación, estableciéndose en todo caso nuevas oportunidades y retos desde la UA amén de valorar la seguridad, la privacidad y la responsabilidad, estableciéndose los requisitos adecuados de ciberseguridad para la IA y garantizar la rendición de cuentas y la protección de derechos fundamentales.

13. Apoya las medidas nacionales y las medidas propuestas en el Plan Coordinado para garantizar mejores prácticas, creación de sinergias y cooperación más eficaz en toda la UE.

14. Anima a los estados miembros a establecer antes de mediados de 2019 estrategias o programas nacionales de inteligencia artificial, o integrar todas las dimensiones de la IA en otros programas y estrategias pertinentes, definiendo las inversiones y las medidas de aplicación previstas, animando a todos los agentes económicos a que inviertan más en IA.

15. Destaca la labor del Consejo de Competitividad en lo que respecta a la integración de la competitividad industrial en todas las políticas de la UE, incluida la IA.

En suma, la visión de la Unión Europea es en estos momentos activa en aras de fomentar, impulsar, apoyar y expandir la IA. Las grandes ventajas sociales de la misma están claras y se han podido percibir en ámbitos como la agricultura sostenible, la seguridad vial, la seguridad del sistema financiero, los procesos productivos protectores del medioambiente, la sanidad, la seguridad en el trabajo, la enseñanza más personalizada, una justicia de mayor calidad y una sociedad más segura, amén de contribuir a la erradicación de la enfermedad y la pobreza, el crecimiento de la industria y la mejora de la competitividad de la UE<sup>27</sup>. Todo y que trae consigo riesgos, complejidades y peligros que pueden incidir –y así lo perciben igualmente las instituciones europeas- en la seguridad, en materia socioeconómica, en la ética, en la privacidad, en la fiabilidad o en la controlabilidad también.

En una sociedad digital imparable, también en Europa, no podemos parar. La historia se escribe andando. Hay que controlar, eso sí, los pasos que se dan, y favorecer lo que de magnífico tiene la IA, siempre bajo el estandarte de mejora de vida de la humanidad, y tratar de que la IA penetre para todos, beneficie a todos y suponga un avance en todos los ámbitos de la vida que impliquen la consecución –o el reto- de una sociedad más solidaria y más justa.

#### IV. LA ALGORITMIZACIÓN DE LA JUSTICIA: ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA?

Expuesta la visión general de la Inteligencia Artificial y algunas de las manifestaciones vitales, económicas, políticas, científicas, industriales, etc que se han ido nutriendo de la algoritmización de la sociedad, de su digitalización y de la penetración profunda de la Inteligencia Artificial, no podemos sino referirnos en nuestro último apartado a la posible extensión de la IA a la Justicia. La aparición de los algoritmos en la vida de las personas, en su mundo real y en su mundo virtual han propulsado la necesidad de revisar las normas existentes e incorporar nuevas que garanticen seguridad jurídica a la ciudadanía, a los gobiernos, a la economía y a la sociedad en general. Y a su vez han penetrado en la Justicia a través de cambios significativos en los métodos y en la instrumentalización digital de los mismos, amén de generar una enorme inquietud ante respuestas que ya son una realidad –y no una ficción- de algoritmización de la Justicia, de la incorporación las máquinas inteligentes en la misma, de la robotización

27 Así se expone en el apartado 3 (Oportunidades y amenazas de la IA) del “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”, del Comité Económico y Social Europeo, 2017/C 288/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES>.

judicial y de un largo etcétera de manifestaciones aplicadas y aplicables en el marco de la tutela efectiva y de la Justicia.

En este sentido, son múltiples las manifestaciones de la algoritmización jurídica y de su aplicación en el ámbito de la Justicia. La invasión del fenómeno “algoritmo” no ha dejado espacio sin afectarlo.

I. En un primer estadio podríamos afirmar que la economización de la vida y la sociedad en el mundo global favoreció la consolidación tecnológica en el mundo del derecho. Las relaciones que se realizan, culminan, y provocan conflictos, diferencias o dificultades interpretativas, son una realidad. Si tenemos en cuenta que el acceso multitudinario a la red es en la actualidad prácticamente universal puede imaginarse las repercusiones también jurídicas (en el ámbito de la contratación civil y mercantil o comercial, en el ámbito del consumo, en el ámbito de las relaciones afectivas y las implicaciones jurídicas que se derivan, en el ámbito de la educación y en general en la prestación de servicios de formación, en el sector bancario, en el ámbito de la publicidad, en el ámbito del sector servicios como en el del transporte o la comunicación en general, en el ámbito fiscal, y un largo etcétera).

Las tecnologías irrumpieron con fuerza en la vida diseñada desde los parámetros de la globalización, las fronteras en el espacio digital caen, las actuaciones interpersonales, intersocietarias, intereconómicas, intergubernamentales, interadministrativas, internacionales, etc, encontraron una vía ágil, rápida, en muchos casos instantánea, de gestarse, producirse y realizarse. Surgió el consumo electrónico, el comercio electrónico, la administración electrónica, las aulas virtuales universitarias, y un largo etcétera, que han ofrecido mucha información a menor coste o ningún coste y en tiempo real. Esta situación provocó la necesidad de regular lo digital, se incorporaron normas nuevas y algunas hubo que readaptar a esta nueva realidad jurídica digital<sup>28</sup>.

28 Sin ánimo de exhaustividad, y siquiera a efectos ejemplificativos podemos citar numerosas normas que se han visto afectadas por este nuevo paradigma digital: el Real-Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal; la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que favorece el marco más adecuado para el ofrecimiento de servicios innovadores y tecnológicos más adecuados a las necesidades de los ciudadanos, lo que conectará con la Agenda Digital para Europa principal instrumento de cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europea 2020 en relación con el acceso a conexiones de banda ancha a gran velocidad; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de este datos (derecho al olvido); LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial, al Mercado y a los Consumidores; la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, o la Ley 28/2014, de 27 de noviembre que modifica el Impuesto sobre Valor Añadido. Y en sede europea es innegable la importancia que en materia de pago, e-identificación y facturación tiene la aprobación del Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2015 sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta, o el reglamento (UE) N 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, y la Ley española 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector público. Todo ello sin olvidar las sucesivas reformas que en materia de propiedad intelectual, industrial y competencia se han venido

Se han sucedido las normas para tratar de ofrecer a la ciudadanía un mundo jurídico adaptado a la tierra digital y a las enormes transformaciones que la evolución social propulsa al ámbito de las relaciones, cualesquiera que éstas fueren.

II. Como lógica consecuencia también emergió paralelamente la justicia electrónica (*ejustice*) que, más allá de la configuración del expediente electrónico, supone la aceptación de la tecnología como cauce o medio de realización de actos procesales, a través de sistemas como la videoconferencia, incluida la incorporación de las pruebas electrónicas, las notificaciones electrónicas, las resoluciones judiciales electrónicas, de manera que insuflaron al modelo procesal de mecanismos más ágiles y favorecedores de los grandes disvalores de la sociedad actual, la eficacia y la eficiencia. Es ya una realidad la consagración del expediente electrónico en sede administrativa en España, en la configuración de las relaciones de la ciudadanía con la Administración, amén de la incorporación del expediente judicial civil electrónico, aun cuando éste con enormes dificultades en algunas comunidades autónomas debido a los costes que su implementación supone. Se trata de incorporar las tecnologías de forma instrumental, a saber, para cubrir el objetivo de la cuarta revolución industrial que favorece la gestión procesal en el menor tiempo posible y con el menor gasto.

En esta línea influyó mucho el contexto global; un mundo en el que el modelo escrito, lento, analógico y presencial ha ido progresivamente dando paso a un modelo ágil, oral, tecnológico y digital. Unas coordenadas que han ido favoreciendo la incubación de esta cuarta revolución industrial, o lo que se denomina el 4.0. industrial, la Industria Inteligente de la Justicia o la Ciberindustria de la Justicia del futuro, dado el implacable y penetrante mundo de las TICs en la Justicia.

Merece especial referencia la Directiva ADR 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre solución alternativa de conflictos de consumo, que se vinculaba a la política de la Unión de reforzar la confianza de los consumidores, adoptando medidas como la creación de una especial legislación sobre resolución alternativa de litigios, incluida la vía electrónica, en línea con el denominado "Mercado Único Digital", tratando de consolidar vías de resolución extrajudicial de sus conflictos a través de mecanismos rápidos, sencillos, eficaces y accesibles para la ciudadanía. Con tales impulsos se aprueba el Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Una tarea conjunta que realizará junto a la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y

---

realizando para adaptarlas a la nueva realidad digital que la acompaña y que no puede significar en absoluta una merma de garantías jurídicas.

la Directiva 2009/22/CE. Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo cuya transposición se realizó en España a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Un punto de partida absolutamente novedoso hacia la integración de unos instrumentos de ODR para los conflictos de consumo. Con ellos se trabaja sobre una plataforma electrónica para el intercambio telemático de datos, de forma segura, entre los consumidores reclamantes y las entidades de resolución de conflictos, a las que el empresario reclamado pudiera estar adherido voluntariamente o por imposición legal según la legislación del Estado miembro en el que radique su actividad. Se busca la existencia en el seno europeo de una suerte de “ventanilla única”, con un formulario tipo y la posibilidad de adjuntar por vía telemática los documentos que sustenten la reclamación del consumidor, en cualquier lengua de la Unión Europea<sup>29</sup>. Este modelo rompe el sistema de resolución de conflictos e introduce la algoritmización en la toma de decisiones al trabajar con la plataforma digital no solo en lo formal sino también en lo material, en la solución del conflicto en sí.

Todo ello responde a un deseo de perfeccionar el modelo de sociedad tecnificada, conectada, vinculada a las redes electrónicas, que proyectan la denominada “energía inteligente” a través del internet y las tecnologías, favoreciendo la adaptabilidad de las necesidades que aparecen y todo ello comportando una indiscutible asignación más eficiente de los recursos. También en Justicia, mediante la incorporación del *software inteligente*, la digitalización de documentos, procesamiento de datos, y un largo etcétera de conceptos que reflejan esa percepción. Todos ellos implican ese cambio de *modus operandi* que ofrece también en sede de la Justicia la búsqueda de la maximización y la obtención de beneficios<sup>30</sup>.

III. También las tecnologías han favorecido una nueva manera de violar normas, de cometer infracciones, y hasta de cometer delitos; no en vano esa hiperconectividad ha llevado también a la cibercriminalidad. Obviamente esto ha propulsado una era de ciberseguridad como estrategia incluso, precisamente para salvaguardar los datos personales y la información, que casa a la perfección con la cuarta revolución industrial.

Muchas de las acciones impulsadas desde la Unión Europea han ido en busca de esa seguridad y protección jurídica y han tenido reflejo legislativo, institucional y

29 Un desarrollo *ad extensum* de la evolución histórica, legislativa, principios de actuación y plataforma de este sistema ODR puede verse en la obra de CATALÁN CHAMORRO, M<sup>a</sup>. J.: *El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Y con anterioridad, de la misma autora, “Nueva realidad española y europea en la resolución extrajudicial de conflictos en consumo: ADR y ODR”, en la obra colectiva *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*, Civitas, Madrid, 2016 (dir. BARONA VILAR, S.), pp. 171-196.

30 HOBBSAWM, E. J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, 2012, p. 134.



estructural en los países miembros. Esta situación se vincula a la idea de pérdida de fronteras (que casa con esa debilidad del Estado global y neoliberal), y favorece una delincuencia con y por internet sin fronteras. Esa complejidad preocupa, allende los Estados, al mundo empresarial, que se mueve desde parámetros digitales y requiere fomentar esa ciberdefensa para tratar de minimizar los riesgos cibernéticos. La lucha es transfronteriza y requiere de cooperación de los gobiernos, de las policías y del contexto mundial.

IV. Por su parte, es innegable que la inteligencia artificial ha llegado al mundo jurídico y especialmente ésta puede encontrarse en componentes que forman parte de nuestra actividad cotidiana y que pueden referirse a la Red Mundial World Wide Web o www a través de la cual pueda efectuarse una búsqueda de información jurídica, que se nutre necesariamente de un lenguaje jurídico que cada vez más trata de uniformarse para ser más eficiente; o el empleo de los sistemas de *Legal Advisory Systems* o sistemas de asesoría jurídica; o los sistemas de *Legal Decision Support Systems*, que ofrecen apoyo a la predictibilidad del posible resultado de una controversia jurídica; los sistemas de argumentación y de negociación jurídicas, entre otros. Todos ellos son manifestaciones de inteligencia artificial que tienen una aplicabilidad innegable en el mundo jurídico. A título de ejemplo, en algunos países anglosajones se ha diseñado un modelo computacional que permite asesorar acerca de la forma en que debe llevarse a cabo la división de una sociedad de gananciales en los supuestos de separación o divorcio. Se trata, en suma, de instrumentos que permiten presentar soluciones a conflictos ante los que las partes pueden encontrarse con una pluralidad de salidas y ser aconsejados por la Inteligencia Artificial o máquina inteligente.

Quizás una de las manifestaciones más interesantes que están ya implementadas como soporte en el mundo jurídico es la "*Jurimetría*", o el análisis de precedentes jurisprudenciales dentro de una óptica conductista aplicada a la informática jurídica, de manera que traduce (convierte) el lenguaje jurídico en lenguaje simbólico de las matemáticas y la lógica, y con ello permite realizar estadísticas jurídicas, estrategias de comunicación e incluso de defensa. En suma, permite incorporar una enorme dosis de previsibilidad de éxito o fracaso en sede judicial, con análisis estadístico de jueces, magistrados, juzgados, tribunales, y asuntos que en ellos se han venido conociendo, determinando. Estos sistemas se aplican igualmente a otras modalidades de solución de conflictos como el arbitraje o incluso la mediación, ofreciendo un servicio previo a quienes pudieren estar interesados en acceder a ellos.

Con todo, se ofrece a través de estos sistemas computacionales una suerte de predictibilidad de las sentencias, favoreciéndose la defensa de las partes<sup>31</sup>,

---

31 SIMESTER, D. I., BRODIE, R. J.: "Forecasting criminal sentencing decisions", en *International Journal of Forecasting* 9, 1993, pp. 49-60. La propuesta es la elaboración de modelos de muestreo estadístico de sentencias penales, a partir de los cuales se pueda predecir tanto la extensión como el sentido (confirmatorio o

especialmente cuando se trata de un proceso civil o de un arbitraje. Tienen un componente economicista evidente, menos esfuerzo, menos gasto, mayor efectivismo. Estas plataformas se integran muy bien en un mundo global de conflictividad mercantil, económica, internacional. Estos métodos permiten a los grandes despachos y a los lobbies económicos internacionales saber cómo moverse a la hora de preparar una posible estrategia, esto es, dependiendo de quién puede ser mediador o árbitro o juez, tipo de nacionalidad, cuantía, materia compleja o simple, tiempos, etc. Es la aplicación de la informática y las tecnologías a la búsqueda de una homogeneidad y previsión de los resultados que pueden obtenerse en el marco de un litigio. Cuestión diversa es la aplicación de estos modelos computacionales al ámbito penal, a la que nos referimos *infra*.

Ahora bien, no solo en el sector privado o económico. También debe considerarse la proyección que está teniendo en el seno, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En octubre de 2016 la Universidad de Londres publicó una investigación en la que se hablaba de la configuración de un sistema de algoritmos que habían trabajado desde el *software* para determinar los patrones que llevaban a predecir los resultados de las sentencias dictadas en el citado tribunal en los asuntos relacionados con los artículos 3, 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos humanos, siendo sorprendente que en un 79% de los casos pudo predecir el resultado. De ahí que se aprobara la “Carta Europea sobre el Uso ético de la Inteligencia Artificial en los asuntos judiciales y su entorno” en diciembre de 2018 por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia.

V. Los algoritmos de datos han influido también en el ámbito de la persecución penal, han puesto patas para arriba el modelo clásico de investigación penal, introduciendo las tecnologías inteligentes en numerosos actos que están directamente implicados con la misma, a saber, desde favorecer la averiguación de los hechos y de los posibles responsables, para determinar la verdadera culpabilidad o no del sospechoso-imputado, el grado de reincidencia que puede implicar una persona, la veracidad de los testigos o peritos, etc., hasta la posibilidad incluso de determinar que personas inocentes son sospechosas de cometer presuntamente hechos delictivos, programas que ya han tenido su desarrollo en algunos sectores de lucha contra el crimen organizado. En esa evolución de las máquinas al servicio de la investigación criminal se han incorporado realidades que hace tan solo unos pocos años eran impensables, como, entre las más modernas e impactantes, la denominada tecnología del reconocimiento facial, que permiten identificar a personas en una

---

revocatorio) de las sentencias de apelación. Para ello toman como referente las decisiones de la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda en materia de delitos sexuales y, desde diversas variables, pero sobre todo contando con el perfil del ofensor y las circunstancias del delito, llegan a la conclusión de que el muestreo estadístico es un método útil para predecir el éxito o no de una apelación. Puede verse sobre este tema y su desarrollo exhaustivo GUZMAN FLUJA, V. C.: “Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos”, en *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, (ed. Silvia Barona Vilar), Valencia, 2017, cit., especialmente pp. 82 y ss.

foto o captada en una cámara de seguridad. Ciertamente, se argumenta que la tecnología de reconocimiento facial viene con la promesa de mayor seguridad, si bien se aproxima más bien al escenario orwelliano de una sociedad de sometidos al control de no se sabe muy bien quién o qué. Podría permitir identificar a personas que lleven velo, pasamontañas, gafas, máscaras, etc. Se trata en suma de algoritmos, de técnicas de análisis de datos y la creación de bancos de imágenes de caras que están permitiendo a las fuerzas de seguridad un instrumento para identificar a delincuentes, a terroristas, etc.

El modelo ofrece, sin embargo, una suerte de inquietante predictibilidad criminal también. Sin restar valor a la incorporación de estos métodos en la lucha contra la criminalidad organizada, en donde se ha podido comprobar su eficacia a través de instrumentos como el rastreo en la red o ciberpatrullaje, la investigación de ficheros que contienen imágenes y videos de carácter pedófilo, el uso de programas informáticos para leer matrículas o la videovigilancia mediante cámaras con activación remota, la utilización de georadares para sondear el subsuelo, el empleo de pulseras electrónicas de localización permanente, la tecnología GPS para localizar la ubicación de una persona, el control de los movimientos bancarios en tiempo real<sup>32</sup>, e inclusive con el empleo de instrumentos que suponen una clara intromisión en los derechos fundamentales como el uso del virus espía (malware) como vía de investigación, no podemos negar la crisis que se vive en la actualidad con la consagración de estos métodos de la era digital y de su expansión indiscriminada, es el de cómo equilibrar las tecnologías con los derechos fundamentales. En cuanto la sociedad acepta que “todo vale por la seguridad” generamos un cada vez más expansivo Derecho penal de la Seguridad que se adentra en parámetros de prevención.

Precisamente en esa área cada vez más amplia y extensa en donde estamos siendo testigos de la incorporación predeterminada de una serie de criterios (algoritmizados) de predisposición criminal, una suerte de justicia “a prevención”, “por sí”, adoptándose una tutela preventiva, esto es, actuar *ex ante* una posible conducta que previsiblemente se cometerá por determinadas personas que reúnen condiciones para cometer hechos delictivos, una vía hacia la la *securitización* de la sociedad moderna<sup>33</sup>.

Un discurso de predictibilidad altamente peligroso porque supone trabajar con la configuración de grupos sociales, excluyendo a aquellos en los que concurren esos riesgos<sup>34</sup>. Estereotipos, compartimentos estancos sociales, presunciones negativas,

32 RUIZ PRADILLO, J. C.: *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Estudios de progreso Fundación Alternativas, 2013, pp. 8-9.

33 Puede verse al respecto, BARONA VILAR, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson Reuters, Chile, 2018, pp. 138 a 144.

34 ROSE, W.: “Crimes of color: Risk, profiling and the contemporary racialization of social control”, en *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16 (2), 2002, pp. 179-205.

prejuicios, todos ellos son los ingredientes del odio, el racismo, la xenofobia, la exclusión y la segregación, que solo aportan más dureza, más violencia, menos igualdad y más injusticia social. El empleo de componentes como la raza, el género, la edad, los ingresos, la educación, el estado laboral en que se encuentra, si es persona integrada familiarmente, su salud, si lleva vida desorganizada, donde nació, etc.<sup>35</sup>, son datos que se incorporan como elementos de ese programa computacional para determinar “comportamientos futuros”, algo así como una posible previsión de su culpabilidad y, sobre todo, de su futuro comportamiento delictivo. Se trata de la situación descrita en la ficción en el libro de Philip K. Dick “El informe de la minoría” que dio lugar a la película de Steve Spielberg *Minority Report* en 2002.

VI. Sin duda uno de los grandes e inquietantes debates que se generan en torno a la Justicia es el del uso instrumental de los algoritmos y la inteligencia artificial, como “Justicia-máquina perfecta”, o *machine learning* en el mismo ejercicio de la función jurisdiccional, tanto como “complemento” de la decisión judicial –a través de la incorporación de criterios que favorecen mediante un sistema de algoritmos la decisión de los jueces-, como respecto de la posibilidad de que sea la misma máquina la que tome la decisión judicial. Son dos modalidades de aplicación de la IA al proceso. En el primer caso se emplearía el sistema de expertos y en el segundo la robotización judicial (máquina inteligente).

La experiencia de EEUU con la aplicación de sistemas de expertos que favorecen la toma de decisiones de los jueces americanos y con los avances hacia la robotización judicial son altamente ilustrativas.

A) El primer sistema fija reglas o estándares (*sentencing guidelines*) destinadas a lograr una cierta uniformidad en las decisiones judiciales. Iniciado como proyecto piloto y de forma voluntaria, sin sustento legal alguno, fue paulatinamente extendiéndose a todo el territorio americano, aprobándose las *US Sentencing Guidelines (U.S.S.G.)*, tras la *Sentencing Reform Act 1984* para todo el país. Estos criterios, que se configuraron sobre la base de un sistema numérico<sup>36</sup>, que incorpora elementos como la raza, el género, la clase social, el estatus laboral, etc., criterios que favorecerían en sede penal un mayor o menor grado de endurecimiento punitivo respecto de determinadas

35 Son datos que se han venido incorporando inicialmente en los sistemas computacionales para determinar algo que parece inspirar las actuaciones de la policía y la “Justicia (injusticia) americana”, que es la necesidad de garantizar la *quality of life*, como componente social esencial. Hay una serie de componentes que reflejan que esta calidad de vida puede ser alterada, que existe una predisposición a quebrarla. Sobre estos datos estadísticos y sobre la estrecha vinculación de la concurrencia de los datos anteriores con el desorden (contra la calidad de vida) y, por tanto, con resultados en las respuestas de Justicia puede verse, CHAPPELL, A. T.; MONK-TURNER, E.; PAYNE, B. K.: “Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life”, en HOLSINGER, K.; SEXTON, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, Routledge, New York, 2017, especialmente, pp. 262-270. Se clarifica la importancia de los estudios realizados en los sistemas computacionales con la reestructuración de los activos policiales y la optimización de su actividad.

36 RICH, W. D.; SUTTON, L. P.; CLEAR, T. R.; SAKS, M.: *Sentencing by Mathematics: an evaluation of the early Attempts to develop and implement sentencing Guidelines*, A publication of the National center for State Courts, 1982.

personas, favorecían el racismo y la pérdida de numerosas conquistas de los derechos del imputado como persona<sup>37</sup>. Estas *guidelines* alteraron, a partir de la década de los ochenta, el sistema de determinación de las penas<sup>38</sup>, favoreciendo el denominado derecho penal de autor (se determina el grado de reiteración del acusado y la necesidad de agravar su condena por la personalidad del sujeto, no por el hecho cometido). Lógicamente cercenan la capacidad decisora del juez, mostrando la crisis americana de confianza en los jueces, al configurar una suerte de estandarización de las sentencias, bajo el argumentario de poder ofrecer más seguridad a la sociedad, una búsqueda de la predictibilidad y la uniformidad de las sentencias en sede penal.

Este sistema es inquietante en relación con las garantías procesales. Surge la duda de si es posible que la máquina inteligente pueda reforzar el proceso penal garantista o si, por el contrario, va a caminar hacia su liquidación. La decisión a través de la máquina inteligente no deja de ser una vía de despersonalización del sistema penal si no se sabe controlar adecuadamente. Se presenta como un método infalible para garantizar la seguridad en la sociedad<sup>39</sup>, una seguridad que solo puede aceptarse si es con el respeto debido a los derechos fundamentales. Los derechos y las garantías en el proceso penal no son una mera cuestión formal, que pueda en todo caso conformarse desde un sistema computacional preparado para ello, sino que son los pilares sobre los que debe moverse el modelo de estado de derecho, encarnan la legitimidad del propio sistema procesal y por tanto, cualquier avance que la revolución industrial y tecnológica del 4.0. pueda propiciar en la Justicia penal debe contar con una *conditio sine qua non*: nunca los avances de la robotización de la Justicia pueden hacerse a costa de los derechos y las libertades de los ciudadanos.

B) Los instrumentos de Inteligencia Artificial no solo permiten complementar la tarea decisora del juez, sino que igualmente se está trabajando para ser mecanismos que “sustituyan” la labor judicial, una suerte de robotización jurisdiccional.

Los avances de la misma, a través de programas computacionales, con incorporación y manejo de estructuras de datos y procedimientos de interpretación con diferentes lenguajes, han permitido emular el pensamiento humano, como sucede con las redes neuronales artificiales, favoreciendo la toma de decisiones, han trabajado con la resolución de problemas y el aprendizaje (un razonamiento basado en casos), e incluso hay sistemas de expertos que ofrecen respuestas lógico racionales propias del ser humano e incluso van más allá, permitiendo actuar como humanos, imitando su comportamiento, como sucede con el robot, con los

37 Muy críticos se mostraron TONRY, M. H.: *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York; Oxford, 1996, pp.72-75; CHRISTIE, N.: *La industria del control del delito (¿La nueva forma del holocausto?)*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 144.

38 CULLEN, F. T.; GILBERT, K. E.: *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publ., Cincinnati, 1989, p. 81. Estos autores explican cómo la determinación de la pena de forma discrecional permitía la aplicación de los tratamientos resocializadores o terapéuticos, que se truncan en la medida en que aquella va desapareciendo.

39 GUZMÁN FLUJA, V. C.: “Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos”, cit.

agentes inteligentes (conductas inteligentes de artefactos). Estos avances inteligentes pretenden la imitación del cerebro de la persona en todas sus funciones, si bien no parece que la situación vaya a estancarse, dados los experimentos realizados ya para conseguir que la máquina no solo piense por sí sola, sino que pueda tener su pensamiento propio superando las capacidades humanas. Y esta situación parece ir aproximándose cada vez más al mundo de la Justicia. Una manifestación de este paso la hemos señalado *supra*, en relación con la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (UE) N. 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013), dando lugar a la consolidación de las *On line Dispute Resolution* (ODR) en materia de consumo.

## V. CONCLUSIÓN.

Quizás en el futuro la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones, y sea capaz de equilibrar la libertad y la seguridad. La aparición del robot judicial que decida por sí mismo, creando su propio pensamiento (como se avanzó con algunos modelos como Hiro o Sophie) quizás permita mejorar el sistema, inclusive en sede de tutela penal, alcanzando una mejor individualización de la pena. Es posible que veamos un modelo computacional que supere las falencias de la mente humana, incluso construyendo decisiones más justas. Podría llegarse a ese modelo de Justicia feliz, al estilo de la obra de "Un mundo feliz" de Huxley, si bien habrá que incorporar respuestas igualmente frente a la posible responsabilidad que pueda generar la máquina, algo así como la creación del estatuto de la persona electrónica y su necesidad de poder responder de sus actuaciones.

En cualquier caso, vivimos un momento de mutación, de cambio, la era digital ha llegado para quedarse. La Inteligencia Artificial es un buen instrumento siempre que sea eso, un instrumento que sirva para conseguir un mundo mejor, un mundo en el que se erradique la desigualdad, la pobreza y la falta de oportunidades. De lo contrario, la máquina inteligente destruirá el mundo de los humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S.: *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*, Thomson Reuters, Chile, 2018.

BAUMAN, Z.: *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2017.

BLANCO PÉREZ, M.; MORENO GONZÁLEZ, J. J.; SILVA ARDANUY, F. M.: *Marco jurídico para la digitalización de las empresas de la economía social*, Tirant lo Blanch-Fundación Cajasol, Valencia, 2018.

BRYNJOLFSSON, E.; MCAFEE, A.: *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*, W.W. Norton & Company, 2014.

CATALÁN CHAMORRO, M<sup>a</sup>. J.: "Nueva realidad española y europea en la resolución extrajurisdiccional de conflictos en consumo: ADR y ODR", en la obra colectiva *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*, Madrid, Civitas, 2016 (dir. BARONA VILAR, S.).

CATALÁN CHAMORRO, M<sup>a</sup>. J.: *El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

CHAPPELL, A. T.; MONK-TURNER, E.; PAYNE, B. K.: "Broken Windows or Window Breakers. The influence of Physical and Social Disorder on Quality of life", en HOLSINGER, K.; SEXTON, L.: *Toward Justice. Broadening the Study of Criminal Justice*, Routledge, New York, 2017.

CHRISTIE, N.: *La industria del control del delito (¿La nueva forma del holocausto?)*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CULLEN, F. T.; GILBERT, K. E.: *Reaffirming Rehabilitation*, Anderson Publ., Cincinnati, 1989.

DOMINGOS, P.: "La inteligencia artificial servirá a nuestra especie, no la controlará", en *Investigación y Ciencia*, noviembre 2018.

GUZMÁN FLUJA, V. C.: "Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos", en *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch (ed. Silvia Barona Vilar), Valencia, 2017.

HOBBSAWM, E. J.: *Guerra y paz en el Siglo XXI*, 2012.

RICH, W. D.; SUTTON, L. P.; CLEAR, T. R.; SAKS, M.: *Sentencing by Mathematics: an evaluation of the early Attempts to develop and implement sentencing Guidelines*, A publication of the National center for State Courts, 1982.

ROSE, W.: "Crimes of color: Risk, profiling and the contemporary racialization of social control", en *International Journal of Politics, Culture and Society*, 16 (2), 2002.

RUIZ PRADILLO, J. C.: *La investigación del delito en la era digital. Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación*, Estudios de progreso Fundación Alternativas, 2013.

SCHWAB, K.: *La cuarta Revolución Industrial*, Ed. Debate, 4ª ed., Barcelona, 2018.

SIMESTER, D. I., BRODIE, R. J.: "Forecasting criminal sentencing decisions", en *International Journal of Forecasting*, 9, 1993.

STEGLER, M. B.: *Globalization: A very Short Introduction*, Oxford University Press, 2003.

TONRY, M. H.: *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York; Oxford, 1996.

URTASUN, R.: "Entrevista", [https://elpais.com/elpais/2018/12/11/eps/1544543463\\_121526.html](https://elpais.com/elpais/2018/12/11/eps/1544543463_121526.html), 16 de Diciembre de 2018 (consultado el 26 de marzo de 2019).

YOGESHWAR, R.: *Próxima estación Futuro*, Ed Arpa, trad. Arnau Figueras Deulofeu, Barcelona, 2018.

## TEXTOS EMPLEADOS

- "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones". Inteligencia Artificial para Europa, *Comisión Europea*, Bruselas, 25 de abril de 2018 (COM (2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES>).

- "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", del Comité Económico y Social Europeo, 2017/C 288/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES>.

- "Plan Coordinado sobre Inteligencia Artificial" (Documento 15641/18) y "Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial "Made



in Europe"-2018 (Documento 15641/18 ADD1), [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22ee84bb-fa04-11e8-a96d-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_2&format=PDF).

- "Proyecto de Conclusiones del Consejo relativas al Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial "made in Europe"", febrero 2019, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf>.

- "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "la Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad", del Comité Económico y Social Europeo, 2017/C 288/01), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES>.

DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN ESPAÑA: EL EJEMPLO DEL  
TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO

*DISABILITY, CAPACITY AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN SPAIN:  
THE EXAMPLE OF INVOLUNTARY OUTPATIENT TREATMENT*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 50-79*



David  
GONZÁLEZ  
CASAS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 24 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, supone un nuevo paso hacia la consecución de la plena igualdad, y bajo este modelo, debemos plantearnos el reconocimiento otorgado por la legislación española a la capacidad jurídica de las personas con la capacidad modificada, y la incidencia en el disfrute de derechos fundamentales como es la libertad individual.

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad; igualdad; dignidad; derechos fundamentales; capacidad.

**ABSTRACT:** *The international Convention on the rights of persons with disabilities, ratified by Spain in 2008, it's a new step towards the achievement of full equality, and under this model, need to ask ourselves the recognition granted by Spanish law, the legal capacity of persons with the modified capacity, and the impact on the enjoyment of fundamental rights such as individual freedom.*

**KEY WORDS:** *Disability; equality; dignity; fundamental rights; capacity.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- I. Evolución del derecho internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.- A) Primeros Tratados Internacionales.- 2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.- A) Igual reconocimiento como persona ante la Ley.- 3. Protección de las personas con discapacidad en la Constitución española.- 4. Hitos normativos en España en materia de discapacidad en el ámbito de la protección pública.- 5. Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención Internacional.- II. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.- I. Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad.- 2. Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela.- A) La tutela.- B) La curatela.- III. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.- I. Tratamiento ambulatorio involuntario.- IV. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la historia las personas con discapacidad han visto como su consideración social y jurídica variaba, fortaleciéndose en la actualidad los postulados que ahondan en la necesidad de una plena integración. Pese a las corrientes regeneradoras que abogan por el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a todas las personas insertas en el colectivo, aún hoy en día podemos encontrarnos con situaciones que suponen una clara discriminación por causas ligadas a la discapacidad, lo que pone en duda el papel de la sociedad y de los marcos legislativos en referencia a su función integradora.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, en la actualidad más de 1000 millones de personas viven en todo el mundo con algún tipo de discapacidad, y presumiblemente, la cifra será mayor en un futuro. Esto se debe al patente envejecimiento poblacional y al incremento de patologías crónicas como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares o los trastornos de salud mental<sup>1</sup>.

Que la discapacidad es en la actualidad una materia a abordar desde los derechos humanos, parece ser una realidad incuestionable y presente en el imaginario colectivo de una gran mayoría social. Sin embargo, la protección y consideración hacia las

---

<sup>1</sup> Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud, 2011, accesible en [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/) (consulta realizada el 23 de marzo de 2018).

### • David González Casas

Personal docente e investigador en formación. Facultad de Trabajo Social. Universidad Complutense de Madrid. Máster en protección jurídica de las personas y grupos vulnerables por la Universidad de Oviedo. Evaluador externo de varias revistas y parte del comité científico de varios congresos nacionales e internacionales. Especialista en procesos de protección y promoción a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Principales líneas de investigación: Apoyo social comunitario y calidad de vida en personas con discapacidad. Experiencia profesional en Fundaciones del ámbito tutelar. Davgon14@ucm.es.

personas con discapacidad, parte en demasiadas ocasiones de actitudes de índole caritativa o paternalista que se alejan de la verdadera comprensión de la realidad social del problema.

## **I. Evolución del derecho internacional en materia de discapacidad hasta la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

La evolución conceptual y social de las personas con discapacidad, plasmada en el capítulo anterior, marca de facto las pautas legislativas en materia de diversidad funcional.

Hasta periodos próximos al actual, la protección/consideración de la discapacidad en el ámbito internacional, venía enmarcada dentro de la legislación relativa a la seguridad social, a mecanismos asistenciales privados y a los procesos relativos a la incapacitación judicial<sup>2</sup>, es decir, los ordenamientos jurídicos estaban en consonancia con la visión médico-rehabilitadora existente, por lo que el Derecho sólo consideraba a las personas con diversidad funcional desde ámbitos muy concretos, como el sanitario o el asistencial.

El avance conceptual en la materia, supuso una nueva posición de las personas con discapacidad respecto al Derecho, en el ámbito internacional se observó una evolución que se tradujo en la creación de mecanismos legislativos que situaban a dicho colectivo en el plano de los derechos humanos.

Desde la citada perspectiva, se conjuga la necesidad de cambiar el mundo de la discapacidad desde una doble vertiente: El reconocimiento social y legal explicitado en anteriores puntos, y la interiorización por parte del propio colectivo de la necesidad de hacer valer y respetar su dignidad intrínseca, dejando de asumir como inamovible los actos exclusivos a los que son expuestos<sup>3</sup>.

### **A) Primeros Tratados Internacionales.**

La propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recoge los parámetros sobre los que posteriormente se fundamentarán los ordenamientos jurídicos internacionales en materia de discapacidad. El texto no recoge ninguna mención especial relativa a dicho colectivo, en consonancia con el modelo

---

2 PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Sinca S.A, Madrid, 2008, p.38.

3 LIDÓN HERAS, L.: *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 58.

imperante por aquel entonces, que alejaba a las personas con diversidad funcional del reconocimiento activo de derechos, en favor de una visión médico-paciente<sup>4</sup>.

El primer instrumento de las Naciones Unidas específico en materia de discapacidad es la Resolución sobre la Rehabilitación social de los disminuidos físicos, aprobada por el Consejo Económico y Social en 1950, en la que se pretendía erradicar los viejos arquetipos caritativos, dando paso a la rehabilitación como vehículo necesario para la inclusión<sup>5</sup>.

Desde la citada fecha, no se redacta ningún tratado que recoja de manera específica los derechos de las personas con discapacidad, ni en los referentes a cuestiones generalistas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni en los tratados referentes a colectivos específicos -salvo el Pacto Internacional sobre los Derechos del Niño, que hace referencia a los derechos de los niños con discapacidad-.

No es hasta la década de 1970 cuando se formula la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada mediante resolución 2856 de la Asamblea General, en el año 1971. Resulta paradójico que el primer texto de este calado, haga referencia de forma específica a las discapacidades intelectuales, pudiendo estar motivado por la nula consideración histórica, tanto en el ámbito social como jurídico, respecto a los derechos de las personas con ese tipo de discapacidades<sup>6</sup>.

La Declaración de los Derechos de los Impedidos, aprobada mediante la Resolución 3477 de la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975, se muestra acorde con el momento histórico en la que es elaborada; su desarrollo está presidido por la visión médico-rehabilitadora, por lo que las personas con diversidad funcional son concebidas como sujetos tendentes a la protección paternalista ya que su situación es resultado de las patologías biológicas intrínsecas en cada uno de ellos.

Pese a lo mencionado, las personas con discapacidad comienzan a ser reconocidas como titulares de derechos en las mismas condiciones que el resto de la ciudadanía, además de establecer mecanismos y principios de diálogo civil, por lo que las organizaciones representativas en materia de discapacidad deben de ser consultadas en los temas relacionados con los derechos humanos.

Las nuevas inquietudes surgidas en la materia cristalizan en la declaración del año 1981, como el del *Año Internacional de los Impedidos*, con el fin de promover

4 URMENETA, X.: "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 2010, vol. 8, núm. 38, 2010, pp. 68-71.

5 SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado de derechos humanos del S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 9, p. 8.

6 SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado", cit., pp.12-14.

una mayor concienciación sobre la necesidad de la integración y participación social del colectivo. Fruto de los trabajos llevados a cabo durante dicho periodo, en 1982 se aprueba el *Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad*; la relevancia de dicho programa se encuentra en la utilidad del mismo, siendo piedra angular de las políticas y acciones gubernamentales, nacionales e internacionales, durante un amplio periodo de tiempo<sup>7</sup>.

Podríamos considerar que el Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad inicia el cambio de paradigma dentro del ámbito de las Naciones Unidas. Así, el párrafo 21 señala:

“Para lograr los objetivos de participación e igualdad plenas, no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia los impedidos. La experiencia ha demostrado que en gran parte el medio es el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida”<sup>8</sup>.

La tendente relevancia otorgada por las Naciones Unidas, en referencia a las problemáticas asociadas al colectivo integrado por las personas con discapacidad, y los procesos de exclusión enquistados a lo largo de la historia de la humanidad, llevan a la aprobación del *Decenio Mundial de las personas con discapacidad 1982-1992*. Dentro de dicho contexto, a finales de los años 80 se elaboraron las *Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos*, y en el año 1991 los *Principios para la protección de la Salud Mental*<sup>9</sup>. En dicho decenio, se pueden observar diversos contrastes respecto a la implementación de medidas, sociales y legislativas, que resultasen eficaces para la inclusión y protección del colectivo. Por un lado, existía la pretensión de crear una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que no pudo implementarse debido a la inmadurez social y jurídica existente por aquel entonces en la materia<sup>10</sup>. En contrapartida, dicho periodo culminó con la aprobación de *las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, que pese a no ser un texto vinculante, ofrecía unas líneas maestras de actuación futura, encaminadas hacia la incorporación del modelo social de la discapacidad en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Al parecer evidente su vinculación con los Tratados Internacionales de derechos humanos, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas

7 SANJOSE GIL, A.: “El primer tratado”, cit., p. 17.

8 *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*, Resolución A/RES/37/52, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982.

9 *Principios para la protección de la Salud Mental*, Resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

10 SANJOSE GIL, A.: “El primer tratado”, cit., pp. 25-27.

con discapacidad fueron aceptadas plenamente como una herramienta más de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Así dicho órgano señala que: “Cualquier violación del principio fundamental de igualdad y cualquier discriminación o diferencia negativa de trato de las personas con discapacidad, que contravenga las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, vulnera los derechos humanos de estas personas”<sup>11</sup>.

Dichas normas se estructuran en cuatro apartados: a) Requisitos para la igualdad de participación, b) Esferas previstas para la igualdad de participación, c) Medidas de ejecución y d) Mecanismos de supervisión.

El articulado del texto encuentra su fundamentación principal en el respeto por el valor de la dignidad intrínseca de todos los seres humanos, y en particular, en el valor individual que albergan todas las personas con discapacidad. Para ello, insta a los Estados a adoptar medidas que fomenten la erradicación de los procesos excluyentes, estableciendo espacios de concienciación social sobre la problemática, y activando planes especiales en diferentes aspectos estratégicos (accesibilidad, igualdad de oportunidades, etc.), que aseguren el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación<sup>12</sup>.

## 2. La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, y como definió el vicesecretario general, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan: “Es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”<sup>13</sup>.

La Convención nace bajo el amparo de un auge regenerador, que pretende dar un nuevo impulso respecto a la visualización de las personas con discapacidad en la sociedad, y en cómo esta se torna un factor determinante en los procesos excluyentes del colectivo.

Sin duda, la discapacidad no es un fenómeno estático, sino que su evolución se liga de facto con las consideraciones sociales y jurídicas tendentes en cada momento, es decir, la concepción de las personas con discapacidad ha ido variando de forma

11 *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos humanos, párrafo 1.

12 LIDÓN HERAS, L.: *La Convención*, cit., pp. 66-69.

13 SANJOSÉ GIL, A.: “El primer tratado”, cit., pp. 5-8.



ostensible a lo largo del tiempo, por lo que la Convención Internacional aparece como una herramienta más en el proceso de la equiparación de derechos y la erradicación de los procesos excluyentes, en los que se ven inmersos las personas que poseen algún tipo de discapacidad.

Por lo tanto, la Convención debe de ser entendida como un avance jurídico, ético y social, en lo que respecta a la conceptualización de los derechos de las personas con discapacidad. Lo recogido en ella, no sólo supone un hito histórico en lo concerniente al “mundo” de la discapacidad, sino un elemento que representa la configuración de unos parámetros internacionales que abogan por la justicia social, y por ende, en la elaboración de una sociedad más igualitaria, democrática y respetuosa con la dignidad intrínseca de todos los seres humanos. El contenido pivota sobre la premisa de erradicar o remover los obstáculos de índole social que, al interactuar con las personas con discapacidad, dificultan o excluyen a las mismas y les privan de ejercer sus derechos de forma igualitaria, respecto al resto de la ciudadanía.

Este nuevo marco normativo conlleva importantes consecuencias para las personas con discapacidad, sobre todo las relacionadas con la necesaria “visibilidad” que se impulsa desde el plano internacional, así como su consideración dentro del espacio de los derechos humanos y el consiguiente mecanismo legal para darles cobertura<sup>14</sup>.

### A) Igual reconocimiento como persona ante la Ley.

Inserto en el abanico de disposiciones vinculadas a la igualdad dentro de la Convención, y partiendo de la premisa que las dificultades que se encuentran las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones, en ocasiones pueden estar motivadas por las barreras existentes en nuestro entorno social<sup>15</sup>, el art. 12 señala la necesidad de remover cualquier obstáculo que dificulte el acceso del colectivo al disfrute y reconocimiento de su plena capacidad, instando a adaptar los procesos relativos a la determinación de la capacidad recogidos en los ordenamientos nacionales, a la idiosincrasia única y personal de cada sujeto.

Así, en el artículo mencionado se cita: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás

14 PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: *El modelo de la diversidad: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas, Madrid, 2006, pp. 208-211.

15 CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de La Rioja*, 2009, núm. 10, pp. 71-74.

en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Mediante lo expuesto, la Convención hace un especial hincapié en la capacidad que poseen todas las personas con discapacidad para disfrutar y ejercer sus derechos, y en especial, aquellas que hasta el momento parecían haber quedado al margen de todas las regulaciones internacionales y nacionales, es decir, las personas con una discapacidad intelectual o una enfermedad mental<sup>16</sup>.

Frente al modelo médico, el nuevo paradigma social sobre el que se asienta la Convención, y en especial el citado artículo, se replantea la consideración jurídica que albergan en los ordenamientos nacionales e internacionales las personas con discapacidad psíquica. La práctica habitual consistía en la nula consideración acerca de las capacidades de este colectivo, por lo que las actitudes paternalistas o benefactoras presidían el pensamiento social y jurídico. La Convención hace patente la necesidad de lograr una verdadera igualdad en el goce y acceso a los derechos, incluida la plena capacidad (en el caso de España, debemos referirnos a la capacidad jurídica y a la de obrar), modificando las condiciones planteadas anteriormente y resaltando la importancia de poner en valor las capacidades intrínsecas al colectivo, con el objetivo de favorecer un óptimo desarrollo personal y social.

En la misma línea, no atañe a las personas con discapacidad “demostrar” su valía para disfrutar de una plena capacidad, de tal forma que una práctica habitual sea ser privada de ella y sustituida por un tercero; sino que es el constructo social el que debe amoldarse a las circunstancias personales de las personas insertas en el colectivo<sup>17</sup>. Lo expuesto hace referencia a las situaciones en las que se asocian ciertas discapacidades a una nula capacidad para autogobernarse de forma eficiente, este enfoque errático debe de ser sustituido por nuevos planteamientos que insten a la sociedad a implementar herramientas, que busquen adecuar las condiciones sociales que dificultan el acceso al disfrute de la plena capacidad del colectivo.

La Convención plantea cambios sustantivos en el marco jurídico referente a los procesos de modificación de la capacidad; se trata de remover los obstáculos presentes, que dificultan la toma de decisiones propias de las personas con discapacidad. Y donde las vicisitudes personales dificulten el autogobierno de las

16 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5, pp. 53-80.

17 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: “Capacidad Jurídica”, cit., pp. 62-65.

mismas, se debe de proceder a implementar los ajustes necesarios – puede ser el apoyo de un tercero- que faciliten la toma de decisiones propias<sup>18</sup>.

Cuando las medidas relativas a la accesibilidad no sean suficientes para que la persona con discapacidad, goce de una completa igualdad en el acceso a su capacidad, se implementarán apoyos individualizados y amoldados a las características particulares de cada persona. Dichos apoyos –intervención de un tercero-, cuentan con los límites expuestos en el apartado 4 del art. 12, que refiere: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Como se desprende de lo citado en el apartado cuarto, las medidas deben de perseguir el apoyo en la toma de decisiones, respetando la voluntad y preferencias de la persona a la que se le brinda dicho apoyo, y salvo en casos excepcionales, nunca fundamentadas en la sustitución total de la voluntad del interesado.

La capacidad de obrar no puede ser cuestionada simplemente por la existencia de una discapacidad psíquica, hecho que vulneraría de facto el art. 5 de la Convención Internacional, y que rompe con el status clásico, que asociaba ciertas discapacidades con procesos de incapacitación total.<sup>19</sup> En consecuencia, se debe de analizar, además de la idiosincrasia individual de cada sujeto, las características sociales y ambientales, con el fin de diseñar los apoyos necesarios que precise en el ejercicio de su capacidad<sup>20</sup>.

### 3. Protección de las personas con discapacidad en la Constitución española.

La Constitución española de 1978 supone el marco legislativo que recoge el cambio del modelo social y político surgido tras la finalización del régimen franquista. Los nuevos aires renovadores y democráticos confluyen en la redacción de la Carta Magna que impulsa valores como la igualdad, la libertad o la dignidad, conceptos

18 International Disability Alliance, “Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD”, disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>.

19 BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M: “Capacidad Jurídica”, cit., pp. 55-60.

20 CUENCA GÓMEZ, P.: “El sistema”, cit., pp. 68-72.

que supusieron varias décadas de luchas y ostracismo, y que perseguían asegurar un modelo en el que el libre desarrollo de los ciudadanos fuera una meta irrenunciable.

Antes de abordar el precepto Constitucional que menciona expresamente a las personas con discapacidad, me parece relevante hacer mención a ciertas disposiciones de la Carta Magna que sirven como pilar para dar cobertura a las nuevas consideraciones jurídicas existentes en la materia, y que como veremos en apartados posteriores, serán la base constitucional para la formulación de leyes vigentes en la actualidad.

Así, el art. 9.2 recoge que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Sin mencionar expresamente ningún colectivo, la terminología de ciudadano incluye a las personas con discapacidad como sujetos activos de dicha protección, por lo que lo recogido en este artículo constitucional, servirá de sustento para las posteriores reivindicaciones y exigencias del colectivo formado por las personas con diversidad funcional.

Otra de las premisas recogidas en la Constitución, y que sin duda tiene un importante impacto en el devenir de la capacidad otorgada por los marcos legislativos a las personas con discapacidad en nuestro país, se halla en el Art.10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. 2. “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En el punto 1 del presente artículo, se hace referencia a un término que supondrá la base sobre la que se articularán las posteriores Leyes referentes a la protección de las personas con discapacidad, la dignidad humana.

Como hemos mencionado en el capítulo referente a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos no cita directamente a las personas afectadas por algún tipo de discapacidad, lo que supuso un vacío legislativo que trajo consigo el incremento en las posteriores décadas de los niveles de exclusión y pobreza del colectivo<sup>21</sup>, aun así, los postulados aceptados y recogidos en dicho texto, fundamentaron muchos marcos constitucionales posteriores, incluido el de nuestro país. Lo mencionado, y la vinculación expresa de la dignidad humana con los Tratados Internacionales

---

21 URMENETA, X.: “Discapacidad y Derechos Humanos”, cit., p. 74.

ratificados por España, en especial la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, confieren una importante impronta al citado artículo.

Otro artículo de especial relevancia para las personas con diversidad funcional dentro de la Constitución es el 14, que refiere: “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”.

La combinación de los tres artículos mencionados, junto a los preceptos recogidos en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en el año 2008, conforman el marco jurídico básico en el que se desenvuelven las nuevas exigencias sociales y jurídicas respecto a la consideración de la capacidad de las personas con discapacidad.

El denominador común de los textos Constitucionales coetáneos al español –salvo el portugués–, es la no inclusión de artículos específicos en referencia a las personas con discapacidad. En los últimos tiempos, dicha práctica viene siendo corregida, aunque en muy pocas ocasiones se recogen concreciones tan plausibles como en nuestro país<sup>22</sup>.

Así, debemos referir lo dispuesto en el art. 49 de nuestra Constitución: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Pese al carácter inclusivo y reformador que albergaban los artículos enmarcados en el Capítulo III del Título I –como es el caso del 49–, concernientes a los Principios rectores de la Política Social y Económica, la realidad los sitúa en el plano del “voluntarismo”, ya que su inclusión en la Constitución supone un compromiso por parte del Estado de llevar a cabo dichas actuaciones, pero nunca en el reconocimiento de derechos subjetivos exigibles por la ciudadanía.

El art. 49 va dirigido a todas las personas con discapacidad, y más allá del mandato referido a la realización de políticas de previsión, tratamiento y rehabilitación –reflejo del modelo médico-rehabilitador imperante en aquel entonces–, la Constitución hace una mención concreta a la integración, que debería de ser la base para la realización de todas las políticas protectoras, sirviendo como elemento de evaluación durante su implementación.

---

22 DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 63.

Si bien es cierto que los artículos recogidos en el Capítulo III del Título I no crean derechos subjetivos, el art. 53.3 del mismo texto recoge una premisa de vital importancia, y que es necesario reflejar: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Por esta condición de informadores, los principios referidos no son preceptos vacíos de contenido, sino piezas fundamentales a la hora de analizar el resto del contenido Constitucional y las Leyes. Además, pese a no ser derechos fundamentales, y por lo tanto, no tener amparo directo por el órgano constitucional, estos principios podrán ser invocados en consonancia con lo que la legislación ordinaria contemple en su desarrollo<sup>23</sup>.

Por lo tanto, queda patente que la Carta Magna deja en manos del legislador; el tiempo y forma en el que se desarrollarán los preceptos recogidos en el Capítulo III del Título I –incluido el art. 49–, por lo que la protección y consideración hacia las personas con discapacidad, dispensada por la legislación española en este ámbito, será analizada en virtud de las Leyes que han venido regulando dicha cuestión.

#### **4. Hitos normativos en España en materia de discapacidad en el ámbito de la protección pública.**

La primera gran regulación en el marco Constitucional referente a las personas con discapacidad se recoge en la Ley 13/1982 del 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Dicho marco normativo pretendía hacer valer los preceptos constitucionales y así se indicaba en su art. 1: “Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”.

La presente Ley recoge un amplio espectro de medidas de inclusión social, laboral y educativa que enmarcan la protección legislativa destinada al colectivo hasta fechas recientes (vigente hasta el 4 de diciembre de 2013). Se regula la percepción de ingresos mínimos a aquellas personas con un grado de discapacidad determinada que no tengan medios de subsistencia, la asistencia sanitaria y farmacéutica, etc.

En materia educativa se reconoce al acceso al sistema general de educación, recibiendo los apoyos que fuesen necesarios para lograr la plena inclusión del

---

23 DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Discapacidad, derechos fundamentales”, cit., p. 69.

colectivo en la citada materia. La educación especial queda reservada a los casos indicados y valorados específicamente por profesionales ductos en la materia<sup>24</sup>.

Respecto a la inclusión laboral, el art. 37 recoge que “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido”. En definitiva, se trata de la primera Ley en el marco Estatal que persigue la plena dignificación humana de las personas con discapacidad.

Otro de los marcos legislativos con una especial impronta respecto a las personas con discapacidad es la Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2013), que recoge por primera vez las circunstancias sociales como causa de exclusión y/o vulneración de las personas con discapacidad, por lo que establece un marco normativo que trata de remover dichos obstáculos sociales con el fin de lograr una plena inclusión de las personas con diversidad funcional<sup>25</sup>. Es por ello que se recogen preceptos como “vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad”. Para asegurar el cumplimiento de la Ley, se crean mecanismos de tutela judicial en casos de discriminación o incumplimiento en el acceso universal a cualquier producto y servicio<sup>26</sup>, además de instaurar medidas de acción positiva compensatorias en casos de especial vulnerabilidad dentro del colectivo (mujeres discapacitadas, niños y niñas con discapacidad, personas con mayor necesidad de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la libre toma de decisiones, etc.).

Por último, la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, pretende establecer un marco legal basado en la igualdad y no discriminación de las personas inmersas en circunstancias que, debido a sus características físicas, psíquicas o sensoriales, impiden el libre desarrollo en la práctica de las actividades básicas de la vida diaria.

---

24 CASANOVA CORREA, J.: “La política de Inclusión Social de los discapacitados en Sociología”, *Mundos sociales: saberes e prácticas*, 2008, pp. 5-8.

25 En su art. 1.1, la Ley muestra una clara impronta social, en lo que respecta a los motivos que dan origen a la discapacidad, y en la integración como vehículo para la igualdad. Así define: “Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

26 CASANOVA CORREA, J.: “La política”, cit., p. 10.

Para ello se instaura un “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” que alberga recursos y prestaciones con el fin de minimizar el impacto de dichas disfunciones, es decir, se considera que la situación de dependencia es consecuencia de las diversidades funcionales personales, lo que retiene una impronta del modelo medico/rehabilitador. La Ley obvia la creación de mecanismos de eliminación de barreras sociales que también son agravantes de la dependencia,<sup>27</sup> y aunque quizá el objeto a abordar no era este, en mi opinión se trata de un factor clave para implementar de una forma eficiente e integral la promoción de las personas en situación de dependencia.

Aunque la materia reflejada en las Leyes citadas –existe más normativa en referencia al colectivo-<sup>28</sup>, es muy abundante y relevante para el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad en nuestro país, lo plasmado pretende reflejar las líneas maestras referidas a la concepción jurídica observada en nuestra legislación, así como la evolución hacia un modelo social acorde con lo expuesto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

## 5. Adaptación de la legislación española a los preceptos establecidos en la Convención Internacional.

Tras la ratificación por parte del Estado español de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, fueron muchas las personas que cuestionaron si el marco legislativo de nuestro país respetaba los preceptos recogidos en dicha Convención. Aún hoy en día el debate sigue estando presente entre los profesionales expertos en la materia, si bien la aprobación de Leyes posteriores a la Convención permite analizar el impacto del Tratado en nuestros marcos normativos.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, es el reflejo de lo citado anteriormente, y de ella se desprende la asunción por parte del Estado del cambio paradigmático vinculado a las políticas relativas a la discapacidad, abandonando definitivamente la visión asistencial y paternalista, para dar paso a una basada en los derechos humanos.

27 De ASÍS ROIG, R.: “ Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, núm. 5, pp. 3-11.

28 La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad (Ley 43/2006); Incentivos al contrato indefinido de personas con discapacidad (Ley 43/2006 y R.D. 170/2004); Bonificaciones: contrato en prácticas para personas con discapacidad (Ley 43/2006 y Ley 35/2010); Bonificaciones: contrato de formación y aprendizaje para personas con discapacidad (Ley 43/2006; Ley 35/2010; Ley 3/2012); Cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad: 2% en empresas de 50 o más trabajadores (RD 364/2005); Empleo protegido en centros especiales de empleo. Enclaves laborales; Empleo con apoyo, etc.



No podemos afirmar que la citada Ley desarrolle todo lo explicitado en la Convención, ya que dicha labor deberá ser implementada durante un extenso periodo de tiempo, pese a ello, podemos reseñar los avances más destacables de la normativa:

a) Una ostensible reforma de la Ley de propiedad horizontal, con el objetivo de realizar las actuaciones y obras de accesibilidad que sean necesarias.

b) Análisis del impacto de las Leyes en materia de discapacidad, respecto al impacto de la norma en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando dicho impacto sea relevante.

c) Reconocimiento expreso al derecho a indemnización, cuando una persona sea discriminada por motivos vinculados a la discapacidad

d) La creación del observatorio nacional de la discapacidad.

e) La designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha recaído en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

f) Reforma en la normativa de contratación pública, así como el reforzamiento de las sanciones por no cumplir con la cuota de contratación de personas con discapacidad del 2%.

g) El cupo de reservas en la oferta pública de empleo, no será inferior al 7%, además se establece que las Administraciones públicas competentes adoptarán las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y la adaptación de los puestos de trabajo en la función pública<sup>29</sup>.

Para finalizar con este breve análisis, cabe mencionar lo recogido respecto a la capacidad de las personas con diversidad funcional en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el que se especifica que:

“1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

29 ALCAIN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.Á., MOLINA FERNÁNDEZ, C., GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, J.: *Informe 2011: La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2011, pp. 33-34.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones<sup>30</sup>.

Como se observa, lo recogido en el texto normativo se adecúa a los parámetros estipulados en la Convención, ya que además de perseguir la completa libertad en la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad, se dispone la prestación de apoyos para alcanzar la mencionada libertad decisiva, ahondando en la necesidad de erradicar las medidas que sustituirían de forma total la capacidad.

## II. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD Y PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

Cuando nos referimos a la capacidad de las personas con discapacidad dentro del ordenamiento jurídico de nuestro Estado, merece especial atención la diferencia existente entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

En primer lugar, la capacidad jurídica alude a que toda persona, por el hecho de serlo, es sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento hasta su defunción. Dicha capacidad tiene su fundamento en el precepto de personalidad recogido en el art. 29 CC<sup>31</sup>, y en lo referente a los derechos que llevan implícita la igualdad y dignidad que son reconocidos a todos los seres humanos dentro de la Constitución Española.

Por lo tanto, la capacidad jurídica es universal (alcanza a todas las personas), incondicional (ya que no requiere ningún requisito para disfrutarla) e inmutable (no existe graduación que la contemple, es decir, no varía a lo largo del tiempo)<sup>32</sup>.

Por otro lado, la *capacidad de obrar*, hace referencia a la capacidad que tienen las personas para realizar actos a los que la Ley atribuye relevancia jurídica y ejercer sus derechos. Por lo tanto debemos asumir que dicha capacidad es variable y depende de las circunstancias personales de cada individuo. La capacidad de obrar lleva

30 Art. 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

31 El art. 29 del CC define que "El nacimiento determina la personalidad...".

32 COMES MUÑOZ, E. y ESCALONILLA MORALES, M.B.: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 170.

implícita ciertas consideraciones individuales, como la madurez volitiva e intelectual, además de la existencia de ciertos grados de capacidad: *La capacidad de obrar plena, la limitada y la incapacidad*.

Por lo tanto, las personas con discapacidad –en su gran mayoría mental o intelectual- pueden verse sometidas a procesos judiciales, en los que –como se ha venido practicando con gran asiduidad- se les suprime totalmente su capacidad de obrar; fundamentando dicha actuación en las características personales que dificultan su autogobierno.

### **I. Causas que pueden dar lugar al proceso de modificación de la capacidad.**

En primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido en el Código Civil, establece cuales son las causas de incapacitación, definiendo en su art. 200: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Para trasladar con exactitud a los procesos de incapacitación lo que supone lo establecido en el art. 200 CC, debemos de vislumbrar lo que realmente supone albergar una enfermedad o deficiencia que impida el autogobierno de la persona que la padece. Existen discapacidades que no alteran la capacidad de obrar del individuo, ya sea por las características de la discapacidad en sí –como sucede en la gran mayoría de las discapacidades físicas-, o por la existencia de apoyos que facilitan el ejercicio de sus derechos –personas con un déficit cognitivo leve que con apoyos puntuales pueden desenvolverse de forma prácticamente autónoma-. En contrapartida, podemos encontrar “deficiencias” que incidan en diversos aspectos del ámbito personal y social del susodicho, y obstaculicen ostensiblemente la ya mencionada capacidad de autogobierno.

El precepto señalado hace referencia a la necesidad de la existencia de persistencia en la enfermedad, es decir, que esta presumiblemente sea perdurable en el tiempo. Al respecto, y como bien señala SANTOS URBANEJA, la dificultad reside en discernir la capacidad de autogobierno futura, ya que es innegable que muchas enfermedades o deficiencias no son inamovibles o estáticas, sino que pueden ser susceptibles de mejora o transformación<sup>33</sup>. Por lo tanto, podríamos entender que los casos que respondiesen a este último supuesto, no encajan en lo estipulado en el Código Civil, por ende, no deberían de ser contemplados en los procesos de modificación de la capacidad.

Pese a ello, y como vía judicial para poder devolver o modificar la capacidad de las personas que previamente hayan sido incapacitadas, pero no concurran en ellas

33 SANTOS URBANEJA, F.: “Realidad actual de los procesos de incapacitación”, *Jornada Fundación AEQUITAS-Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2009, p. 5.

las causas necesarias para que persista dicha situación, se contempla la posibilidad de reintegrar o modificar el alcance de la modificación de la capacidad.

## 2. Apoyos previstos legalmente en la modificación de la capacidad: Tutela y curatela.

Las disposiciones recogidas en la sentencia, siempre y cuando la modificación de la capacidad se lleve a cabo, darán lugar a la asunción de diversas formas de representación legal, esta supone que “el incapaz y el incapacitado que carecen de capacidad de obrar no pueden actuar en el mundo jurídico por sí mismos. Por ello, precisan que sea otra persona la que actúe en su nombre y representación: tal persona es el representante legal. Distinto es el caso del que tiene capacidad restringida, que actúa él mismo, no tiene representante legal, pero para ciertos actos jurídicos precisa complemento de capacidad”<sup>34</sup>. Pese a que la Convención Internacional establece un sistema que choca con el uso y significado que se le otorga a la tutela en nuestro Código Civil, el objeto de debate no debe centrarse en dicha casuística, sino en el uso otorgado a las figuras de representación y su utilidad para hacer valer los preceptos de la Convención.

### A) La tutela.

La tutela en nuestro Derecho es el mecanismo de representación más regulado y completo, se constituye de la misma forma que la patria potestad prorrogada, y comporta una serie de derechos y deberes.

El tutor es el representante legal de la persona a la que se le ha modificado la capacidad, y le sustituye en los actos con trascendencia jurídica, aunque la propia sentencia puede limitar su ejercicio a determinados actos de forma gradual o limitada. La tutela implica que el tutor debe de velar, cuidar, educar y alimentar a la persona tutelada, además de ser representante legal y administrador de su patrimonio (esto último con grandes limitaciones).

Aunque la tutela se instaure en toda su extensión, esto no debe de suponer que se ejerza de la misma forma durante toda su vigencia, ya que siempre debe de ser tan flexible, como las circunstancias cambiantes en la persona del tutelado<sup>35</sup>, además y como queda recogido en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se debe de tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona tutelada.

---

34 O'CALLAGHAN, X.: “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 292.

35 ELÓSEGUI SOTOS, A.: “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad”, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2010, p. 255.

Por último, las tutelas pueden ser ejercidas por personas jurídicas, siempre y cuando no tengan ánimo de lucro y entre sus fines se encuentren la protección de los menores o personas incapaces (art. 242 CC).

## **B) La curatela.**

La curatela no supone la representación legal de la persona con discapacidad, sino que, con relación al susodicho, el curador complementa la actuación jurídica del incapacitado parcial, ya que la sentencia que modifico su capacidad no le privó de la capacidad de obrar; sino que la acotó respecto a los actos jurídicos que expresa, precisando el consentimiento (complemento de capacidad) del curador<sup>36</sup>.

La figura del curador representa el apoyo o complemento que puede necesitar una persona con dificultades para desarrollar plenamente su capacidad de obrar. Dicha práctica se asemeja al sistema de apoyos referido en la Convención Internacional, ya que no supone un sistema "invasivo" que anula la capacidad de la persona, sino que se presenta como una medida protectora, que respeta y salvaguarda las decisiones individuales que afectan al desarrollo personal de las personas incapaces.

Desde dicho sistema, las decisiones referentes a los actos con trascendencia jurídica se toman "con" la persona, y no "en lugar de" ella. Esta consideración, debería de ser la piedra angular de los sistemas para el apoyo y protección de las personas con discapacidad en nuestro ordenamiento, o al menos, ser el referente prioritario en los procesos de modificación de la capacidad.

Existen múltiples casuísticas en las que los procesos de modificación de la capacidad, responden a situaciones en las que los actores sociales (Servicios Sociales, Centros Sanitarios, etc.) se ven desbordados por situaciones complejas a las que no saben dar solución. Estas situaciones suelen enmarcarse en las problemáticas planteadas en personas con graves trastornos de la personalidad, sicóticos crónicos que no tienen adherencia a ningún tratamiento, o personas con graves adicciones a sustancias estupeficientes, que aunque no manifiestan capacidad para su autogobierno, el sistema no tiene capacidad para darles ninguna solución.

La disyuntiva que plantea lo mencionado, radica en que desde diversos ámbitos se plantea la incapacitación como método de resolución de dichos conflictos, cuando la práctica demuestra que esta medida por sí sola no transforma la realidad del problema. La solución puede encontrarse en la interrelación y trabajo conjunto entre todos los recursos sociales existentes, y en la instauración de una curatela que sirva de apoyo o ayuda en los casos en los que la persona lo demande.

36 O'CALLAGHAN, X.: "Representación legal", cit., p.295.

### III. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

#### I. Tratamiento ambulatorio involuntario.

Si como ya hemos analizado en el capítulo anterior, la Ley permite la limitación total de la libertad de un individuo basándose en su enfermedad mental, sería lógico que existiese una regulación expresa que graduase dicha limitación. La práctica psiquiátrica y la realidad social del colectivo, han desembocado en diversas reivindicaciones asociadas a la necesidad de regular de forma más expresa dicha casuística.

A diferencia de la mayoría de las personas con dolencias físicas, las aquejadas por trastornos de índole psiquiátrica suelen no tener una conciencia plena de la enfermedad, lo que dificulta el seguimiento de su pauta farmacológica. En dichos casos el seguimiento de un tratamiento ambulatorio sería lo idóneo para lograr la mejoría del paciente: el seguimiento de la terapia y de la medicación prescrita por los facultativos, sería lo único imprescindible. Así, si no existe cooperación por parte del paciente, o se procede a su ingreso involuntario, o bien se articula un sistema que asegure el seguimiento de la pauta médica sin obviar el fin último, la integración del enfermo, acudiendo al tratamiento ambulatorio involuntario<sup>37</sup>.

El debate acerca de la utilidad y viabilidad de los tratamientos ambulatorios involuntarios –a partir de ahora TAI-, ha surgido en torno a dos grandes materias implicadas en dichos supuestos. Por un lado, desde el punto de vista *científico* se discute sobre la verdadera utilidad de los TAI para dar solución a la problemática antes planteada, por otra parte, desde el ámbito *jurídico* se plantea si el ordenamiento español puede legitimar y ordenar directamente dicha práctica.

Sin profundizar aún en las cuestiones sanitarias, jurídicas y sociales que envuelven a los TAI, parece obvio afirmar que este tipo de tratamientos son menos “agresivos” para el paciente que los ingresos involuntarios. El mantenimiento de cualquier persona en su entorno, debe de ser la premisa con la que trabajar en todas las materias que regulen derechos relacionados con la capacidad o libertad de las personas con discapacidad.

En el año 2004, con una propuesta de modificación legal y en noviembre del 2006 con la presentación de un Proyecto de Ley, se inicia un interesante debate en nuestro país acerca de la regulación y funcionamiento de los TAI. Por un lado, la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales – FEAFES- y los partidos políticos, proponían una modificación del Art.763 de la LEC,

37 LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: “El tratamiento ambulatorio involuntario”, en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007, p. 409.

que consistiría en añadir un punto más a lo dispuesto en el citado precepto, así este quedaría reflejado de la siguiente forma:

“Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal”.

“En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo, que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y su seguimiento, así como la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento”.

Lo que la FEAFES pretendía era dar cobertura legal a los facultativos, en los casos en los que los pacientes se negaban a seguir ningún tratamiento –ya fuese por la inexistencia de concienciación del padecimiento de una enfermedad o por la negativa a padecer los efectos secundarios de los medicamentos prescritos-. En la práctica parece estar comprobado, que la calidad de vida de una persona con un trastorno mental y que sigue un tratamiento socio-sanitario adecuado, no se ve agravada o alterada de forma ostensible.

Actualmente, las personas que precisan esta atención continuada, se están viendo relegadas al más absoluto abandono, con la única medida disponible basada en el ingreso involuntario cuando existe una pérdida de calidad de vida alarmante, o bien se produce una situación de riesgo evidente para su propia integridad o la de terceras personas<sup>38</sup>. La experiencia profesional revela, que son habituales los casos en los que una persona ingresa 6 o 7 veces al año, con carácter urgente y de manera involuntaria en la Unidad de Agudos de los Centros hospitalarios, sin la certeza de que dicha persona vaya a seguir ningún tratamiento socio-sanitario en los periodos en los que resida en su domicilio.

En virtud de lo mencionado, la FEAFES reclama la regulación del TAI en el ordenamiento jurídico español, estableciendo mecanismos individualizados, que valoren de forma única y personal las vicisitudes intrínsecas de cada paciente, con el objetivo de alcanzar los fines terapéuticos dispuestos. En este punto, debemos de entender que el TAI se contempla como una medida rehabilitadora desde el punto de vista sanitario y social, y nunca como un acto represivo.

A lo planteado por la FEAFES, se opuso la Asociación Española de Neuropsiquiatría –AEN, citando lo siguiente<sup>39</sup>:

38 LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: “El tratamiento ambulatorio”, cit., p.405

39 AEN <http://www.portalsaludmental.com/Article326.html> Noviembre 2006 (visto el 18 de Mayo de 2018).

“1. Esta asociación siempre se ha proclamado contraria a la promulgación de cualquier legislación específica para las personas que sufren trastornos mentales, por considerarla discriminatoria y estigmatizante. Por tanto, en esta ocasión, en relación con la regulación de los tratamientos involuntarios también nos manifestamos en contra.

2. Hasta el momento no existe suficiente evidencia científica sobre la eficacia del tratamiento obligatorio ambulatorio, ni tampoco evaluaciones concluyentes sobre los pros y los contras que lleva su aplicación.

3. En el marco europeo no existen recomendaciones sobre la conveniencia de introducir reformas legales específicas para regular este tipo de tratamiento.

4. El texto propuesto que intenta responder a la legítima frustración y desesperación de los familiares, adolece de imprecisión, falta de criterios sobre su aplicación, no considera los riesgos de generalización, ni tampoco delimita suficientemente las actuaciones correspondientes en caso de incumplimiento, ni los servicios que se requerirían para que tales medidas tuvieran efecto con lo que no representa una solución. Un problema de tratamiento (rehabilitación, etc.) y de soporte social (alojamiento, etc.) no va a ser solucionado por una Ley corriéndose el riesgo de una psiquiatrización de toda conducta anómala de los pacientes.

5. El carácter forzoso del tratamiento hace que tan solo pueda objetivarse el cumplimiento del tratamiento farmacológico, sin que se pueda garantizar la existencia o la adherencia a un plan terapéutico y/o rehabilitador. Cada día hay más evidencias de que el tratamiento integral y/o combinado (farmacológico, psicoterapia y rehabilitación psicosocial) es el más eficaz para los trastornos graves.

6. La “judicialización” del tratamiento puede incluso fomentar actitudes de inhibición o de “desresponsabilización” de los profesionales sanitarios por delegación en el sistema judicial. La experiencia de implantación de la “Ley de Menor” sin el desarrollo previo de los recursos necesarios introdujo en muchas comunidades más problemas clínicos y sociales que antes de la misma.

7. La participación del paciente en la toma de decisiones, el consentimiento y pacto asistencial basado en la confianza entre los profesionales sanitarios y el usuario son ejes fundamentales en la evolución del tratamiento y posterior proceso rehabilitador.

8. El tratamiento involuntario en atención comunitaria es controvertido y tiene implicaciones en los Derechos Humanos de las personas con Trastorno Mental”.



En mi opinión, la eficacia del tratamiento no recae sobre la intervención judicial, sino sobre el tipo de intervención socio-sanitaria que se realice con el paciente. Por lo tanto, la responsabilidad de elaborar el itinerario de inserción, debe de recaer sobre los facultativos y técnicos de lo social que conozcan el caso de primera mano, dejando la labor judicial como un mecanismo que garantice el respeto por los derechos humanos de la persona en cuestión.

En los casos en los que se detecte un claro riesgo, la implementación de un TAI debe de vincularse a la figura de control representada por el Juez, sin dicha judicialización, podríamos encontrarnos ante situaciones en las que los tratamientos respondan a actitudes paternalistas o benefactoras, que ni mucho menos son sinónimo del respeto por la dignidad y libertad inherente a todas las personas.

Así, huyendo de los postulados paternalistas que en ocasiones envuelven a los TAI, parece imprescindible vincular estos con el concepto de “necesidad clínica”, que como señala ROMERO CUESTA y GORROTXATEGUI LARREA<sup>40</sup>, debe de llevar consigo una deliberación sobre la clínica que presenta el paciente, los posibles beneficios y perjuicios del tratamiento, sin olvidar un aspecto crucial; la capacidad del paciente para decidir sobre sí mismo. En este caso, además de demostrar que el tratamiento prescrito es el adecuado y no existe otra medida menos restrictiva, será preciso evaluar el nivel de competencia del paciente para tomar decisiones autónomas. Entendiendo además que el rechazo a un tratamiento no implica necesariamente incompetencia ni la existencia de una enfermedad mental por sí misma.

De lo señalado, se deduce la correlación entre la capacidad y la necesidad, obviamente a toda persona se le debe de presuponer su capacidad para decidir sobre su grado de adhesión a cualquier tratamiento, aunque ello –bajo mi punto de vista- no debe de suponer una barrera infranqueable cuando existen situaciones ostensiblemente gravosas, que no son percibidas de tal forma por el paciente debido a una grave patología clínica.

Siendo consciente de la extrema dificultad desde el punto de vista de la ética que plantea este debate, el punto de partida debe de surgir de la eliminación de las visiones paternalistas o indiferentes que estén presentes en la casuística, optando por la adopción de posturas vinculadas al estudio individualizado de cada caso, con el único fin de incrementar el nivel de vida de todas las personas que puedan verse inmersas en situaciones de este tipo.

La práctica nos ha revelado, que centrarse en el debate ético o judicial de la cuestión, solo ha servido para hacer patente la falta de respuestas óptimas, el

---

40 ROMERO CUESTA, J. y GORROTXATEGUI LARREA, M.: “Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética”, *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, 2009, vol. 29, núm. 124, p. 429.

abandono o el escaso grado de responsabilidad social que envuelve a los TAI. En mi opinión, es igual de inmoral vulnerar derechos, que privar a cualquier persona de su disfrute.

En definitiva, la protección de las personas que puedan verse inmersas en un TAI, debe de responder a los criterios de necesidad y proporcionalidad, estableciendo las medidas de vigilancia necesarias para que dichas actuaciones se inserten en la legalidad. Solo de esta forma podremos implementar actuaciones que respeten plenamente los derechos fundamentales de las partes implicadas.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Limitar la capacidad de obrar de una persona supone un acto de una trascendencia vital, no debemos olvidar que dicha limitación lleva implícito un menoscabo de los derechos de las personas que se ven inmersas en los mencionados procesos, por lo que el análisis e implementación de las medidas reguladoras de la modificación de la capacidad, deben de estar presididas por una motivación única e inamovible: la adecuada protección de las personas vulnerables que por sus condiciones personales tienen graves limitaciones para autogobernarse.

El principal problema que surge en pacientes con trastornos psiquiátricos agudos suele estar asociado a la poca o nula conciencia de la enfermedad que estos poseen, lo que dificulta un correcto seguimiento del tratamiento farmacológico dispensado desde las unidades de Salud Mental.

Debemos de ser conscientes de la existencia de problemáticas que necesitan una pauta farmacológica para lograr un correcto funcionamiento personal, que repercuta óptimamente en la esfera del autogobierno. Por lo tanto en mi opinión, existe la necesidad de ejercer un mayor control judicial –asociado lógicamente a una mejora en la regulación legislativa del proceso-, que facilite el abandono de actitudes basadas en el paternalismo.

El desarrollo del tratamiento debe de combinar la rehabilitación mediante el seguimiento de un tratamiento farmacológico, y la necesaria implementación de planes de intervención psicosocial que faciliten una respuesta integral y duradera, con el objetivo de reestablecer las pautas conductuales óptimas para un correcto desarrollo personal y social.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAIN MARTÍNEZ, E., CABRA DE LUNA, M.Á., MOLINA FERNÁNDEZ, C., GONZÁLEZ-BADIA FRAGA, J.: *Informe 2011: La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2011.

BARRANCO AVILÉS, M., CUENCA GÓMEZ, P. y RAMIRO AVILÉS, M.: "Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2012, núm. 5.

Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, "Panorámica de la discapacidad en España", 2008. Accesible en: <http://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>.

CASANOVA CORREA, J.: "La política de Inclusión Social de los discapacitados en Sociología", *Mundos sociais: saberes e praticas*, 2008.

COMES MUÑOZ, E. y ESCALONILLA MORALES, M.B.: "Discapacidad y procedimiento de incapacitación", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2009, núm. 10.

DE ASÍS ROIG, R.: "Reflexiones en torno a la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2007, núm. 5.

DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos* (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

ELÓSEGUI SOTOS, A.: "Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal, Hacia una visión global de los mecanismos jurídicos-privados de protección en materia de discapacidad", *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2010.

International Disability Alliance: "Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD". Accesible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org>.

LIDÓN HERAS, L.: *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N.: "El tratamiento ambulatorio involuntario", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

O'CALLAGHAN, X.: "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", en AA.VV.: *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Aspectos jurídicos*, (coord. por L. PÉREZ CAYO), Ediciones Cinca, 2007.

Organización Mundial de la Salud, "Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud", 2011. Accesible en: [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/)

PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Sinca S.A, Madrid, 2008.

PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: *El modelo de la diversidad: La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas, Madrid, 2006.

PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J.: "El modelo de la diversidad: Una nueva visión bioética de la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *Intersticios: Revista sociológica de pensamiento crítico*, 2008, vol. 2, núm. 2.

ROMERO CUESTA, J. y GORROTXATEGUI LARREA, M.: "Aproximación al debate sobre el tratamiento ambulatorio involuntario desde una perspectiva bioética", *Revista de la asociación española de neuropsiquiatría*, 2009, vol. 29, núm. 124.

SANJOSÉ GIL, A.: "El primer tratado de derechos humanos del S.XXI: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 9.

SANTOS URBANEJA, F.: "Crónica de Prehistoria: A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Digital de Derecho de familia*, 2009.

SANTOS URBANEJA, F.: "Realidad actual de los procesos de incapacitación", *Jornada Fundación AEQUITAS- Centro de estudios jurídicos*, Madrid, 2009.

URMENETA, X.: "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 2010, vol. 8, núm. 38.

## FUENTES NORMATIVAS

Convenio de Roma de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, aprobada mediante resolución 3477 de la Asamblea General, el 9 de diciembre de 1975.

Programa de Acción mundial para las personas con discapacidad, resolución A/RES/37/52, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1982.

Principios para la protección de la Salud Mental, resolución 46/119, del 17 de diciembre de 1991.

Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado.

Observaciones finales dirigidas a España por el Comité Internacional encargado de supervisar el cumplimiento de los mandatos de la Convención, de 19 de octubre de 2011.

Ley 13/1982 del 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. (Vigente hasta el 4 de diciembre de 2013).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 15 de julio de 2015).

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 51/2003 del 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (vigente hasta el 4 de diciembre de 2003).

Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de julio de 2015).

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.




LIMITACIÓN DE FUNCIONES PARENTALES PARA LA  
SALVAGUARDA DEL MENOR EN SITUACIONES DE VIOLENCIA DE  
GÉNERO

*LIMITING PARENTAL FUNCTIONS FOR THE SAFEGUARDING OF MINORS  
IN SITUATIONS OF GENDER VIOLENCE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 80-113*





Belén  
CASADO  
CASADO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 12 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La violencia de género es un tema de total actualidad en el Derecho Español. El desarrollo normativo realizado en los últimos años en nuestro país muestra una evolución en positivo sobre esta materia. El planteamiento inicial siempre partió de la protección a la mujer, pero empieza a tenerse en cuenta que también hay que proteger al menor en los casos de violencia de género. Estos menores, si bien han podido no ser maltratados directamente, sufren las consecuencias psicológicas de los episodios de maltrato hacia sus madres.

Es necesario abordar la situación del menor con exhaustividad, pues las relaciones entre los progenitores serán tensas en estos casos y seguramente habrán sido establecidas medidas cautelares que impiden la comunicación entre los padres. El menor, por ello, se verá afectado directamente por la problemática relacionada con sus progenitores. Es muy discutido y delicado valorar qué medidas se pueden aplicar en situaciones donde no se ejerce violencia doméstica contra el menor, pero sí violencia de género en la que el menor se puede ver afectado por maltrato emocional dentro del ámbito familiar. Igualmente habrá que ponderar con el interés del menor la existencia de un derecho de comunicar y relacionar con el padre, teniendo en cuenta que el ejercicio del mismo podría, en algunos casos, poner en peligro la seguridad del hijo y de la madre. Planteamos en este trabajo los problemas que presenta esta materia.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género; menores; desigualdad hombre y mujer; funciones parentales; derechos de los padres; medidas de protección.

**ABSTRACT:** *Gender violence is a trending topic in Spanish Law. The normative development carried out in recent years in our country shows a positive evolution on this subject. The initial approach always went from protection to women, but it begins to be taken into account that the child must also be protected in cases of gender violence. These minors, although they have been able to not be mistreated directly, suffer the psychological consequences of the episodes of abuse towards their mothers.*

*It is necessary to address the situation of the child with completeness, since the relations between the parents will be tense in these cases and surely there have been established precautionary measures that prevent the communication between the parents. The child, therefore, will be directly affected by the problems related to their parents. It is highly discussed and delicate to assess what measures can be applied in situations where domestic violence against the child is not exercised, but gender violence in which the child may be affected by emotional abuse within the family environment. The existence of a right to communicate and relate to the father should also be weighted with the interest of the child, taking into account that the exercise of the same could, in some cases, endanger the safety of the child and the mother. We present in this work the problems that this matter presents.*

**KEY WORDS:** *Gender violence; minors; male and female inequality; parental functions; parent rights; protective measures.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL MENOR. PLANTEAMIENTO NORMATIVO INTRODUCTORIO.- III. LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO LO 1/2004. ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ART. 544 TER LECRM Y ART. 544 QUINQUIES LECRM.- 1. La Ley de Protección Integral de las Víctimas de Violencia de Género.- 2. Orden de alejamiento y orden de protección art. 544 bis, art. 544 ter y art. 544 quinquies LECRM.- IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2015.- V. CONCLUSIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN.

En España el problema de la desigualdad de género entre hombre y mujer y la violencia de género en particular, como apéndice de la misma, ha alcanzado en los últimos tiempos dimensiones históricas. Son muchas las reivindicaciones de colectivos feministas y una mayoría aplastante de mujeres se erigen en firmes defensoras de esta causa, pese a que declaren, en algunos casos, no pertenecer a ningún colectivo o partido político.

Las mujeres se muestran activas en la exigencia de una igualdad efectiva entre el hombre y la mujer; pues, aunque se han conseguido grandes logros, entienden que hay todavía mucha desigualdad en la sociedad española.

La cuestión ha trascendido enormemente a nivel social, convirtiéndose en un tema de candente actualidad. Pero se trata de una materia de enorme complejidad. Hay que tener cuidado, por tanto, para no hacer un análisis extremadamente simplista ni subjetivo, pues la cuestión es difícil y su estudio debe hacerse desde la abstracción ideológica que merece un examen que pretenda tener cierto rigor científico.

Entendemos que lo primero que hay que hacer es delimitar bien los conceptos. Hay diferentes enfoques desde los que se entiende la violencia de género y la desigualdad en general entre hombre y mujer. Hay también una visión social de los conceptos, y una visión normativa que no se corresponde plenamente con la social. Y dentro de la diferencia de conceptos a nivel social y jurídico, también podemos observar diferentes escalas de exigencia o incidencia en las pretensiones. Los

### • Belén Casado Casado

Licenciada en Derecho (2001) y Doctora en Derecho por la Universidad de Málaga (2006). Actualmente es Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Málaga. Inicia su actividad docente e investigadora en esta Universidad en el año 2001. También realizó actividad colaborativa y autónoma como Abogada Ejerciente. Ha escrito multitud de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad: Derecho de Familia y Derecho de Obligaciones y Contratos. Correo electrónico: bcasado@uma.es.

motivos ideológicos, políticos, terminológicos, históricos, confluyen en conjunción perfecta para que el debate sobre igualdad y violencia de género esté servido y enquistado, pues sacrifica la practicidad y la resolución de problemas, intentando convencer más que solucionar.

Y en toda esta vorágine de términos, conceptos y reivindicaciones en materia de violencia de género, aparece la figura del menor. Las últimas reformas legislativas realizadas en España, reconocen al menor como víctima de la violencia de género, aunque la violencia no se haya cometido sobre ellos directamente. Si la madre sufre violencia física o psíquica por el cónyuge o pareja sentimental, el menor se convierte también en una víctima de esa violencia, por sufrir el ambiente de maltrato hacia la madre, por hacerle partícipe de esa violencia, incidiendo ello en su desarrollo personal y emocional. Sin embargo, no está deslindado cuándo ocurre esto, ¿en todos los casos siempre que el menor presencie la violencia?, ¿en cualquier grado e intensidad? Son los Tribunales, a través de las valoraciones concretas, de una forma por tanto tremendamente casuística, los que resolverán sobre esta afectación para el menor y con ello establecerán las medidas a adoptar.

La consideración del menor como víctima de violencia sexista va a suponer que se puedan establecer medidas de limitación de las funciones parentales. Se deja claro en las últimas reformas legales de 2015, que el menor necesita esta protección en situaciones de violencia de género. Como observamos, no es ello una cuestión baladí, tiene una enorme incidencia jurídica, pues de ello depende que se suspenda la patria potestad, por ejemplo, o se restrinja el régimen de visitas y comunicación del padre con el hijo. Los datos demuestran que resulta muy frecuente que la violencia de género aparezca en momentos de crisis, siendo la crisis la desencadenante, o generando la violencia a posteriori, la petición de ruptura y con ello la crisis conyugal.

Al problema jurídico de las medidas de protección a adoptar en relación con la mujer víctima de violencia, se unen ahora los planteamientos o la discusión en relación a cómo debe afectar esto a la relación entre el progenitor y el hijo, buscando la salvaguarda del derecho del padre a mantener contactos con el menor, el derecho del menor a relacionarse con el padre, la tutela institucional pública del Estado hacia el menor ante casos donde puede sufrir perjuicio, y la tutela del Estado hacia la mujer para poder ayudarla en la salida de la situación de violencia, procurando hacer compatible el conjunto de medidas adoptadas.

Resulta de enorme dificultad la acotación de todos los problemas que presenta esta materia, pues es transversal; incluso una visión que pretenda compaginar sólo la incidencia penal y civil del problema deriva en compleja. En este trabajo nos queremos centrar exclusivamente en el estudio concreto de estas medidas relacionadas con la protección del menor. La finalidad pretendida en este estudio es el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, desde el examen de la norma, valoraciones y sentencias,

para tener una visión de conjunto, ver sus posibles deficiencias e intentar aportar claridad. Hemos de tener en cuenta la gravedad de la cuestión, pues algunos casos de violencia de género han terminado con el resultado menos deseable de muerte del menor en manos de sus progenitores. Tampoco creemos que sea oportuno que cualquier situación de violencia de género pueda conllevar limitaciones de las funciones parentales; debemos adoptar criterios y máximas donde se respeten los intereses de todas las partes implicadas, salvo que entendamos que sólo mediante la limitación de funciones parentales se protege adecuadamente al menor.

## II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL MENOR. PLANTEAMIENTO NORMATIVO INTRODUCTORIO.

La trayectoria de España en el reconocimiento de la violencia en la pareja se remonta al año 1989. Este dato lo presentamos para dejar constancia del bagaje que presenta nuestro país en su recorrido en pro de la igualdad y en contra de la violencia. No es un tema nuevo, surge desde el pleno reconocimiento de derechos y libertades, tras la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), y se pone de manifiesto para dejar de estar oculto entre la violencia doméstica o violencia realizada en el entorno familiar. Son razones históricas las que condicionan su existencia, sobre la incidencia de la falta de independencia económica de la mujer; diferente reparto de roles y relación de subordinación dentro de la familia. El Informe de la Comisión de Derecho Humanos del Senado, en su ponencia para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres, 1986, publicado en el BOCG, 12 de mayo de 1989, núm. 3131, lo recoge expresamente<sup>1</sup>.

Sin embargo, no debemos olvidar las raíces internacionales que presenta la lucha por la igualdad de la mujer y contra la violencia, pues son las Naciones Unidas las que adquieren el liderazgo en los planteamientos, desde que recibe impulso decisivo en el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1975-1985). La Primera Conferencia Mundial sobre la mujer se convoca en México D.F. en 1975 y marca la apertura del alcance internacional sobre la igualdad de género, pasando por la Segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1980, que tuvo lugar cuando se aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW)<sup>2</sup>. Posteriormente, fue la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, de 4 de septiembre de 1995, el foro en el que

1 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de 'Desencuentros' entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja", en AA.VV.: *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 39-52.

2 Aprobada por la Asamblea general de la ONU en su resolución de 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. España la ratificó el 5 de enero de 1984, BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984. Vid. USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: "Cuestiones Internacionales", en *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense* (coord. por SERRANO FALCÓN, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 951 y ss.

se acuña la expresión “violencia de género”, que tras un Informe polémico de la Real Academia Española (en adelante RAE), es la que se recoge en la L. O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (en adelante LOVG), reconociendo su Exposición de Motivos la enorme influencia internacional del tema que regula<sup>3</sup>.

No obstante, antes de la LOVG, ya empezaron a realizarse reformas penales como medidas contra la violencia de género, decidiendo tipificar como delito el maltrato, siguiendo el modelo de una violencia doméstica indiferenciada, que por aquel entonces incluía las relaciones afectivas, conyugales o no, y las relaciones paterno filiales, donde no estaba incluido el maltrato psicológico, y dejando el elemento de la habitualidad a merced de la interpretación judicial. Ello dio lugar a un vacío aplicativo en nuestros tribunales. Muy pronto se percibió la necesidad de una reforma legislativa ante el fenómeno de la violencia en la pareja. Se acordó una definición de la habitualidad, se incluyó a parejas no convivientes y se añadió también la violencia psicológica. De ahí pasamos a considerar la violencia para agresiones leves y ocasionales, incluyéndolas como delito y no como falta, en la reforma penal de 2003<sup>4</sup>. Desde estos planteamientos iniciales, la protección estaba centrada en la mujer, aunque también para mujeres menores de edad, pero no en el menor. Tenemos que esperar al Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 16 de julio de 2014, que condena al Estado Español y lo hace responsable por la muerte de una menor por su padre en un caso de violencia de género, y declara la violación por España de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (CEDAW), que entró en vigor el 4 de febrero de 1984<sup>5</sup>.

El Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado para el padre, aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención.

3 Vid. USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: “Cuestiones Internacionales”, cit., p. 953.

4 MAQUEDA ABREU, M. L.: “1989-2009: Veinte años de “Desencuentros”, cit., pp. 42 y 43.

5 NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Distr. general 15 de agosto de 2014. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/58/D/47/2012 Comunicación núm. 47/2012. Dictamen adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014). Caso Ángela González Carreño.

Recomienda tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia.

En 2014 España ratifica el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, entrará en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, ya que se ha alcanzado el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula el artículo 75 del Convenio.

La STS 17 julio 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>6</sup>, expresa que, aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante y obligatorio para el Estado parte que los reconoció, pues el artículo 24 de La Convención dispone que “los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Señala que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del art. 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna. Las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Esta Sentencia afirma que el Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente, de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos<sup>7</sup>.

6 STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) 17 julio 2018 (ROJ STS 1263/2018, ECLI, ES, TS 2018, 1263).

7 Ideas recogidas en el TFM presentada por la alumna BOMBÍN PALOMAR, G., y tutorizado por la autora de esta obra CASADO CASADO, B., denominado *La conexión entre el Derecho de Familia y la Violencia de género. La protección de los menores de edad*. Trabajo inédito al que tuve acceso como tutora.

No es de extrañar por tanto que, ante esta situación, se avecinasen cambios legislativos para España a partir de 2015<sup>8</sup>.

El concepto normativo de violencia de género en el Derecho español, tal y como aparece recogido en la LOVG, se circunscribe al ámbito de la violencia en las relaciones de pareja. Así lo dispone el art. 1.1 de la LOVG cuando recoge que pretende actuar contra la violencia, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce por parte de quienes sean o hayan sido, estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, el concepto de violencia de género puede ser más amplio, recogiendo la violencia ejercida por terceros no parejas sentimentales, familiares, etc. El Convenio de Estambul, ratificado por España en 2014, parte de un concepto más amplio, no circunscrito a las relaciones de pareja.

El concepto restringido de la LOVG aplica criterios tales como la discriminación, desigualdad o las relaciones de poder del hombre sobre la mujer; pero estos criterios no fueron llevados al ámbito penal, lo que conllevó una diferencia de trato entre hombres y mujeres, que hizo plantear varias cuestiones de inconstitucionalidad, todas ellas resueltas en contra del trato desigual hacia el hombre. Entiende el Tribunal Constitucional (en adelante TC) que es innecesario acreditar en cada caso un determinado elemento subjetivo consistente en la intención de dominación o de control del hombre sobre la mujer; bastará con que se sepa que está ejerciendo violencia o ha mantenido una relación afectiva para que resulte aplicable la agravación de la pena, por cuanto la conducta se ha llevado a cabo en un ambiente en el que el acto de violencia adquiere objetivamente un mayor desvalor<sup>9</sup>. Por tanto, la LOVG parte de la aplicación de medidas para otorgar derechos a la víctima de Violencia desde una protección positiva, y represiva, sancionando conductas.

Pero también, el marco legal de protección penal, procesal y civil de la LOVG, o de las cuestiones de violencia de género en general, se conforma desde la protección del menor como víctima de la violencia sobre la mujer, incidiendo en la finalidad preventiva, de evitar perjuicios al menor.

Veamos ahora las principales medidas de limitación de funciones parentales que pueden ser aplicadas en supuestos de violencia de género, con el propósito de recopilar y de ubicarnos dentro del panorama legislativo.

8 Vid. posterior epígrafe IV de este trabajo.

9 CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", en *Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 335 y 336, citando SSTC 59/2008, 14 mayo, 41/2010, 22 de julio, 45/2010, 28 julio.

En primer lugar, hemos de destacar, desde el ámbito penal a nivel general, las penas del art. 46 CP, como penas privativas de derechos, consistentes en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad y la de privación de la patria potestad. La de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, priva al penado de los derechos inherentes a la misma, mientras que la de privación de patria potestad, implica pérdida de la titularidad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto al penado.

El art. 48.2 CP recoge la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez como pena privativa de derechos, y al mismo tiempo establece que quedarán en suspenso respecto a los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia, que en su caso se hubiese reconocido por sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena.

Por otro lado, el art. 57.2 y 57.3 CP, como pena accesoria, establece en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 (los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico) cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes..., la aplicación “en todo caso” de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. Añadiendo en su apartado 3 que también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves.

En la tipificación del delito de amenazas leve del art. 171.4 CP aparece expresamente referencia a la amenaza leve a la esposa o persona con quien mantenga relación análoga a conyugal aun sin convivencia “cuando el juez lo estime adecuado”, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por 5 años. Igual ocurre en el art. 172.2 CP respecto al delito de coacciones leve, o en el art. 173 CP para los delitos de torturas, tratos denigrantes o contra la integridad moral, señalando el art. 173.2 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por período de 1 a 5 años “si la violencia se ejerce de forma física o psíquica contra el cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes...”, “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor”, y la pena en su mitad superior si el delito se perpetúa en presencia de menores, como agravante del tipo. Esto mismo ocurre para los delitos de lesiones psíquicas



o de menor gravedad en el art. 153 CP, con la peculiaridad de que, respecto de cónyuges, personas que convivan en relación conyugal aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, la pena está agravada de seis meses a un año de prisión o de hasta cinco años de inhabilitación del ejercicio de la patria potestad, mientras que en el art. 153.2 cuando el delito se comete frente a otras personas exceptuadas las anteriores, la pena es de prisión de tres a seis meses y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de seis meses hasta tres años.

Aunque directamente no aparece expresamente tipificada en el precepto la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto del delito de abandono de menores del art. 229 CP o por impago de pensiones del art. 227 CP, sí se recoge la pena de inhabilitación especial de la patria potestad por período de 4 a 10 años por el delito del art. 226 CP que trata el incumplimiento en general de deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, referido también a las obligaciones de sustento de sus descendientes. Por otro lado, el art. 233 CP, a modo de cierre, recoge la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de cuatro a diez años para los delitos de abandono de menores y otros recogidos en los arts. 229-232 CP.

A nivel procesal penal, el art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRM) regula la medida cautelar de prohibición de residir o de aproximarse a la víctima para delitos del art. 57 CP. Pero es el art. 544 ter LECRM el que establece la llamada Orden de Protección hacia las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección. Esta orden confiere a la víctima un Estatuto integral de protección que conllevará medidas cautelares de índole civil o penal. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima, representante legal o Ministerio Fiscal y tendrán una duración de 30 días, prorrogable a otros 30 días si se incoa procedimiento civil posterior. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas. Estas medidas pueden versar sobre: atribución uso de la vivienda familiar; guarda y custodia, régimen de visita y comunicación con el menor; pensión de alimentos, o cualquier otra a fin de evitar un perjuicio al menor.

El art. 544 LECRM quinquies introduce en los delitos del art. 57, con la finalidad de proteger al menor, la posible suspensión de la patria potestad, fijando un régimen de visitas con las garantías necesarias, establecer un régimen de supervisión del ejercicio

de la patria potestad, suspender o modificar el régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor; éste último con mención expresa a “cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor”.

Las referencias a las medidas de naturaleza civil están conectadas con las siguientes figuras jurídicas: privación de la patria potestad del art. 170 Código civil (en adelante CC), que puede ser total o parcial, en relación con el art. 156 CC sobre el ejercicio de la patria potestad, limitación del régimen de comunicación o estancia del art. 94 y 160 CC, la exclusión de la patria potestad del art. 111 CC para supuestos de agresiones sexuales contra la madre, las medias del art. 158 CC, que supone la posibilidad de dictar hacia uno de los progenitores una orden de aproximarse al menor o acercarse a su domicilio o centro educativo, o una orden de prohibición de comunicación para impedir el contacto verbal, escrito, visual, virtual o telemático, o cualquier otra medida necesaria para proteger al menor; todas ellas, las del art. 158 CC, como medidas que podrán adoptarse en un proceso penal, civil o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

Por ello, hemos de diferenciar, como medidas comunes, las sustanciadas a través de un procedimiento civil, recogidas en los arts. 771 y ss. Ley Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en relación con los art. 102-106 CC para situaciones de crisis matrimonial y las del art. 158 CC, y otras específicas para supuestos de violencia de género sustanciadas a través de la LECRM, aunque algunas con trascendencia en el procedimiento del art. 770 LEC.

La LOVG en sus arts. 61, 62, 65, 66 y 68 fija igualmente medidas de protección al menor. En primer lugar, el art. 61 declara la compatibilidad de las medidas con cualquier otra de carácter cautelar, que se pueda adoptar en un proceso civil o penal. El art. 61.2 enfatiza en el hecho de que el Juez debe pronunciarse “en todo caso”, de oficio o a instancia de las víctimas, sobre la pertinencia de las medidas cautelares, sobre todo, las recogidas en los arts. 64, 65 y 66, aunque pudiera que el pronunciamiento fuera para descartarlas. El art. 62 es expresivo a nivel normativo de la existencia de la Orden de Protección, remitiendo al art. 544 ter LECRM, mientras que el art. 64 recoge la media de salida del domicilio, orden de alejamiento o suspensión de las comunicaciones, y los arts. 65 y 66 hacen referencia respectivamente a la suspensión de la patria potestad o custodia de menores, suspensión de las visitas y del régimen de comunicación y estancia con el menor.

Es fundamental, en aras al interés primordial del menor, diferenciar todas estas medidas, dado que su contenido, procedimiento para su adopción y vigencia, es diferente.

### III. LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO LO 1/2004 (LOVG). ORDEN DE PROTECCIÓN DEL ART. 544 TER LECRM Y ART. 544 QUINQUIES LECRM.

#### I. La Ley de Protección Integral de las Víctimas de Violencia de Género (LOVG).

La marcada vertiente constitucional del tema estudiado, directamente relacionado con derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la igualdad (arts. 14 y 15 CE), y como principio rector de la política, pues los Poderes públicos deben promover y establecer las medidas adecuadas para que la libertad e igualdad de los individuos sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), la ordenación actual sobre la violencia de género se desarrolla en ley orgánica, L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LOVG).

La norma presenta una regulación compleja de la materia, de dudosa o deficiente técnica legislativa<sup>10</sup>, aunque con satisfactorio reconocimiento en cuanto se trata de una Ley de Protección Integral, que abarca muchos ámbitos y que conllevó diversas reformas en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, la afectación integral se expone como un gran logro de este texto normativo, ya que la norma arbitra mecanismos protectores desde la óptica social, en la concesión de ayudas y derechos a la mujer afectada por una situación de violencia de género, y se restringen libertades al agresor desde un planteamiento punitivo/represivo. Es por ello que supuso transformación de partes del ordenamiento jurídico, desde aspectos atinentes al ámbito educativo y de la formación para la educación en fomento de la igualdad, en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación, desde el punto de vista sanitario, otorgando derechos económicos a la mujer; derecho a la asistencia jurídica gratuita, derechos laborales, tutela institucional mediante organismos creados al efecto, como el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer; para pasar por una tutela penal y procesal. La creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la agilidad de los procedimientos, ya que conocen de la Instrucción y del Fallo, creando normas procesales de índole penal y medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, mediante procesos garantistas más eficaces e inmediatos, para una mejor protección a las víctimas y para evitar reiteraciones o escalada en la violencia; creación del Fiscal de Violencia sobre la mujer; etc.

En la Exposición de Motivos de esta Ley, ya se señala la necesidad de establecer una protección hacia el menor como víctima directa e indirecta de la situación de violencia, para garantizar derechos de los menores y las debidas medidas de protección adoptadas respecto de la mujer que con ellos conviven.

<sup>10</sup> REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 32.

Hemos de tener en cuenta que, pese a que la Ley se llama de “violencia de género”, el concepto normativo de esta Ley no se corresponde con el concepto de violencia de género a nivel general, pues se entiende que la violencia de género es un concepto más amplio<sup>11</sup>. La violencia de género es la que se produce contra la mujer “por el hecho de serlo” tanto dentro como fuera de casa, en el trabajo o en cualquier otro ámbito de la vida pública, diferente por tanto del concepto de violencia doméstica, entendida ésta como aquella que se produce en el grupo familiar; y que no necesariamente afecta a la relación de pareja hombre/mujer, sino que puede darse, por ejemplo, entre abuelos y nietos, etc.

La Ley reconoce que la situación de poder entre el hombre y la mujer tiene tres manifestaciones: en el ámbito social referida a las agresiones sexuales, en el ámbito laboral mediante situaciones de acoso, o en el ámbito de las relaciones de pareja mediante las situaciones de maltrato.

Pese a que el concepto de “violencia de género” aparece tras la Conferencia de Pekín en el año 1995, a nivel normativo la Ley 1/2004, en su artículo 1, Objeto de La ley, hace referencia solamente a una violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja al recoger que “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Sin embargo, el apartado 3 estipula que se extiende a comportamientos del hombre en la relación de pareja como pueden ser los referidos a todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. El gran logro reconocido a esta norma fue poder emancipar la violencia de género de la violencia doméstica, que hasta la fecha era la única reconocida y castigada por el Código Penal, y conseguir una ley propia para este tipo de violencia, por la conciencia de la gravedad del problema y la necesidad de intervención pública mediante el control de oficio a nivel penal. Fue en 2003 cuando aparece por primera vez en los textos legales la palabra “violencia de género”, en la Ley 16/2003 de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, promulgada en Canarias. Fue bastante elogiado este cambio léxico, pues no se puede circunscribir el problema a las relaciones en el seno familiar partiendo de la base de que el origen último de esta violencia no radica en los vínculos familiares, sino en un problema estructural de nuestra sociedad, una

11 <https://confi legal.com/20180830-la-diferencia-la-violencia-domestica-la-violencia-genero/> recuperado a fecha 20 de marzo de 2019.

Vid. también, MATA MARTÍN, R.: “Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género”, en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, peales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 112, citando a ÁLAMO, A.: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, p. 27.

distribución de roles sociales desigual y jerárquica entre mujeres y varones<sup>12</sup>. Si es en el contexto doméstico donde se manifiesta con mayor frecuencia este tipo de violencia, esto es el resultado de ser allí donde las relaciones entre hombre y mujer adquieren mayor intensidad y donde se evidencia el reparto de roles no equitativo, y pautas culturales que favorecen la dominación del hombre sobre la mujer<sup>13</sup>.

Este término legal fue criticado en su día. La RAE elaboró un Informe<sup>14</sup> recomendando el uso de la expresión “violencia doméstica o por razón de sexo”, entendiendo que la palabra género hacía referencia a las palabras (género masculino o femenino) y no a las personas, que era el “sexo” lo que define a los sujetos. El Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE) no reconoce el concepto de “género”, como conjunto de diferencias existentes entre mujeres y varones que no son debidas a la genética ni a la biología, sino a la cultura y a la tradición, por tanto, resultado de la construcción social<sup>15</sup>.

Si se adopta la palabra “género”, las situaciones de violencia de género podrían abarcar además conductas contra el varón, partiendo de que el sexo o el género hace referencia a los dos y tiene un ámbito más amplio. Pero estamos ante una ley que regula las situaciones de violencia contra la mujer por el hombre en las relaciones de pareja, aunque la violencia de género puede englobar además violencia en otros ámbitos fuera de la relación sentimental o intrafamiliar. Por ello, se pide que España cumpla con el Convenio de Estambul ratificado en 2014 y que extienda a nivel normativo el concepto de violencia de género a matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, trata, aborto, esterilización forzosa, acoso sexual, violencia sexual o incluso la asistencia, complicidad o tentativa a estas acciones, pues la protección que actualmente viene establecida a nivel legal es sólo penal. Son delitos reconocidos en el Código Penal, pero sin la agravante de Violencia de Género ni la protección especial que se otorga a las víctimas.

Hemos de tener en cuenta que, a nivel psicológico/social la violencia de género puede ser de siete tipos<sup>16</sup>: se habla de una violencia física, la psicológica, la sexual, ésta última incluye la presencia de violaciones dentro de la pareja, la prostitución

- 12 LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género en la Ley Integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, publicada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, disponible en línea, núm. 07/08, 2005, p. 08.4. “La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón -al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto”.
- 13 TORRES ROSELL, N.: “Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015”, en *La protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 298.
- 14 <https://www.elmundo.es/elmundo/2004/05/27/sociedad/1085660217.html>, recuperado a fecha 20 de marzo de 2019.
- 15 CALERO FERNÁNDEZ, M.A.: “Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico”, en *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016, pp. 85 y ss.
- 16 <https://psicologiaymente.com/forense/tipos-violencia-de-genero>.

forzada, forzar la concepción o el aborto, mutilaciones genitales, acoso sexual o tocamientos indeseados, entre otros. Distinguen también entre violencia económica, patrimonial, social y la llamada violencia vicaria. La económica consiste en privarle a la mujer de recursos económicos como medida de coacción, la patrimonial reside en la destrucción o usurpación de objetos o bienes o propiedades con intención de dominarla o causarle daños psicológicos, la social consiste en el control, limitación e inducción al aislamiento social para desprotegerla o poniéndola en contra de su entorno, la vicaria es la que se ejerce contra los menores por amenazar agredir o incluso matar a los hijos, como una forma de hacerle daño a la madre, también cuando se somete a los menores a daños psicológicos por observar malos tratos entre progenitores.

La Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección integral contra la Violencia de Género de Andalucía, supone cambios legales en el concepto de violencia de género. La norma autonómica recoge el concepto amplio de violencia de género<sup>17</sup>, por cuanto que, además de a los menores, incluye a otros colectivos como son las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, sujetas a la tutela, guardia o custodia de la mujer víctima de la violencia de género, que convivan en el entorno violento, así como a las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados como forma de violencia vicaria<sup>18</sup>.

Dentro del objeto de la ley, su artículo 1 es buena muestra de esta ampliación del concepto de violencia de género, que ya se venía demandando tras la ratificación por España del Convenio de Estambul. A los criterios sobre discriminación, situación de poder y desigualdad entre el hombre y la mujer en la relación de pareja, que ya recoge la Ley nacional, incide en la existencia de una cultura machista en España, y se recoge la consideración de víctimas para las madres que sufren violencia vicaria. Aclara que esta violencia basada en el género debe implicar o poder implicar para las mujeres perjuicios o sufrimientos de naturaleza física, psicológica, sexual o económica, comprendiendo las amenazas de realizar dichos actos, la coerción o

---

17 La Ley del 2007, Ley 13/2007 de 26 de noviembre, ya partía de un concepto amplio de violencia de género, al mencionar su art. 3:

"1. A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo.

2. La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada, sin que estuviera circunscrita al ámbito de la relación de pareja o las relaciones intrafamiliares".

18 CALERO FERNÁNDEZ, M.A.: "Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género", cit., p. 88, recoge los diferentes conceptos de violencia de género reconocidos por los textos autonómicos, mostrando la diversidad al respecto. En algunos se habla de violencia sexista o machista, en otros se habla de violencia contra o sobre la mujer, en otra violencia de género, pero predomina el concepto amplio de violencia de género entre las legislaciones autonómicas. La Ley Canaria, como pionera y al recoger un concepto amplio de violencia de género, sirvió de modelo a otras CCAA.

privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se promueven en vía pública como privada.

El texto legal autonómico establece en su artículo 3.1: "A los efectos de la presente Ley se entiende por violencia de género aquella que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por el hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley". Recoge cuatro tipos de violencia de género: la física, la psicológica, la sexual y la económica, y los define conforme se viene haciendo por los estudios a nivel psicológico de la violencia de género ya mencionados. Por último, el art. 4 alberga normativamente descripción de comportamientos violentos, como lista ejemplificativa abierta, en cuanto que literalmente menciona que:

4. A efectos de lo previsto en la presente Ley, tendrán la consideración de actos de violencia de género, entre otros, las siguientes manifestaciones:

a) La violencia en la pareja o expareja, ejercida contra una mujer por el hombre que sea o haya sido su cónyuge o con el que mantenga o haya mantenido relaciones de afectividad, con o sin convivencia, cualquiera que sea el entorno en el que se produzca.

b) El feminicidio, entendido como los homicidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluirán los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendiendo por tales el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata.

c) Las agresiones y abusos sexuales realizados por hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan.

d) El acoso sexual, entendiendo por tal los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

e) El acoso por razón de sexo, referido a comportamientos que tengan como causa o estén vinculados con su condición de mujer y tengan como propósito o

produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de las mujeres y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

f) La violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entendida como actuaciones que restrinjan el libre ejercicio de su derecho a la salud sexual o reproductiva, que nieguen su libertad de disfrutar de una vida sexual plena y sin riesgos para su salud, el derecho a decidir, el derecho a ejercer su maternidad y el derecho a no sufrir esterilizaciones forzadas.

g) La trata de mujeres y niñas, conceptuada como la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de mujeres, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, por medio de amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios con la finalidad de explotación sexual, laboral, matrimonio servil y cualquier otra que pudiera estar relacionada con esta tipología de vulneración de los derechos humanos.

h) La explotación sexual de mujeres y niñas, consistente en la obtención de beneficios de cualquier tipo, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, aun con el consentimiento de la misma, en el ejercicio de la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o la producción de material pornográfico.

i) La mutilación genital femenina, entendida como conjunto de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos o produzcan lesiones en los mismos por motivos no médicos ni terapéuticos sino, generalmente, culturales, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer, adolescente o niña.

j) El matrimonio precoz o forzado, entendido como un matrimonio en el que no haya existido un consentimiento libre y pleno de la mujer para su celebración, bien porque haya sido fruto de un acuerdo entre terceras personas, ajeno a la voluntad de aquella, bien porque se celebre bajo condiciones de intimidación o violencia o porque no se haya alcanzado la edad prevista legalmente para otorgar dicho consentimiento o se carezca de capacidad para prestarlo, incluso si en el momento de la celebración no se hubiera procedido a su incapacitación judicial.

k) Las violencias originadas por la aplicación de tradiciones culturales que atenten contra los derechos de las mujeres, tales como crímenes por honor, crímenes por la dote, ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones o castigos por adulterio o violaciones por honor.



l) La violencia derivada de conflictos armados, incluyendo todas las formas de violencia posible: asesinato, violación, embarazo forzado, aborto forzado o esterilización forzosa, entre otras.

m) La ciberviolencia contra las mujeres es aquella violencia de género en la que se utilizan las redes sociales y las tecnologías de la información como medio para ejercer daño o dominio, entre las que figuran el ciberacoso, ciberamenazas, ciberdifamación, la pornografía no consentida, los insultos y el acoso por motivos de género, la extorsión sexual, la difusión de imágenes de la víctima y las amenazas de violación y de muerte.

n) La violencia vicaria es la ejercida sobre los hijos e hijas, así como sobre las personas contempladas en las letras c y d del artículo 1 bis, que incluye toda conducta ejercida por el agresor que sea utilizada como instrumento para dañar a la mujer.

ñ) La violencia que se ejerce a través de medios de comunicación o publicidad, que fomente o incentive la discriminación por razón de sexo o utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio o incorporando mensajes que la promuevan.

o) Cualquier otra forma de violencia contra las mujeres que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las víctimas comprendidas en el objeto y ámbito de aplicación de la presente Ley”.

La norma autonómica expresamente dice que no es necesaria la presentación de denuncia para que pueda hablarse de violencia de género o de la existencia de víctimas de violencia de género, a efectos de poder aplicar los mecanismos protectores establecidos en la misma, pero se refuerzan los organismos administrativos de control, asistencia y la formación de funcionarios.

Deberá acreditarse la situación mediante certificación o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración competente, o certificación de los servicios de atención a la víctima o servicios de acogida, informe de la Inspección de Trabajo o de la Seguridad Social, resoluciones judiciales, atestados policiales, o informe del Ministerio Fiscal.

Hay una fuerte conciencia social de la gravedad de este problema y de la necesaria intervención pública sobre el mismo. Sin embargo, resulta muy discutido todo el ámbito penal en relación a la violencia de género. La doctrina penalista se muestra muy crítica en lo atinente a las reformas penales que se venían realizando antes del 2004 y que la Ley del 2004 ha terminado por perpetrar: Como en todas las normas penales, en relación a la violencia de género aparece la función punitiva del mandato legal, y aquí está la principal crítica a la regulación sobre violencia de

género en la actualidad, la que supone modificación de los preceptos de nuestro Código Penal hacia la idea de una mayor punición.

Aunque ciertas reformas penales antes de la ley de 2004 LOVG perfilaron los conceptos de habitualidad, para mejorar la redacción de los tipos penales, por los problemas que en la aplicación práctica estaban presentando, la línea represiva fue cobrando fuerza ya en 2003, y tras la Ley de 2004, los criterios de desigualdad, abuso de la situación de poder y discriminación no aparecieron en la aplicación de los tipos penales. Sobre la constitucionalidad de esta materia, el TC<sup>19</sup> se pronunció defendiendo un desvalor de resultado, que por sí mismo era merecedor de la aplicación de las penas con independencia de la culpabilidad o de la prueba exacta de los criterios para cada caso, sin necesidad de acreditar por tanto el elemento subjetivo; mientras tanto, pasó a ser delito lo que antes era falta, en las agresiones y maltratos leves o menores<sup>20</sup>.

Este fenómeno expansivo penal no se ha visto con buenos ojos. Se habla por ello de una diferencia de trato a nivel penal entre hombre y mujer que conlleva discriminación, haciendo recaer toda la carga penal castigando al agresor. La importancia de los delitos graves quedaría disfrazada en las amenazas, coacciones o delitos leves, incluso podrían incluirse comportamientos que más que amenazas o malos tratos fueran indicadores de una estructura social sexista como la existente, criminalizando todos los enfrentamientos e invadiendo la vía penal, en perjuicio de los casos de mayor gravedad<sup>21</sup>.

La discriminación positiva no se acepta en el ámbito penal, ya que este ámbito requiere, no un simple juicio de razonabilidad, sino un estricto juicio de proporcionalidad de la medida, de idoneidad de la misma, intervención mínima y proporcionalidad en sentido estricto<sup>22</sup>.

La seguridad de las víctimas parece servir para justificar esta honda represiva, pudiendo dar lugar a que penas de prisión y medidas cautelares se apliquen ante un episodio único de maltrato ocasional, condenando la violencia habitual que era la base de la protección legal a nivel penal<sup>23</sup>.

19 CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", cit., pp. 335 y 336, citando SSTC 59/2008 14 mayo, 41/2010 22 julio, 45/2010 28 julio.

20 Sobre la culpabilidad en este ámbito vid. MATA MARTÍN, R.: "Algunas dificultades de la noción y de la Ley de Violencia de Género", cit., p. 120. TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal.", cit., p. 305, menciona la discrepancia entre el contenido del art. 1 de la LOVG y la previsión finalista de los tipos penales.

21 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros", cit., p. 47, habla de avalancha judicial. LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", cit., p. 23 "La sanción desproporcionada por hechos de escasa significación se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta, y en esa medida, como víctima de un sistema represor extremo".

22 REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", cit., p. 38.

23 MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros", cit., p. 47.

LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", cit., p. 8.22, habla de función

Habría que estudiar bien si el principio de culpabilidad resulta respetado, en cuanto se puede aplicar la agravante sin necesidad de probar la situación de desigualdad o discriminación. No se cuestionan, sin embargo, las acciones positivas, que otorgan derechos a las mujeres. El TC defiende la idea de la no discriminación, en cuanto que entiende que la finalidad justifica la medida, que es prevenir las agresiones, que son normas adecuadas a esa finalidad y la diferencia de trato en la aplicación de las penas entre hombre y mujer es mínima, pues pasa de 3 a 6 meses de prisión. Hay que mirar el problema desde la óptica del mayor desvalor del resultado, desde la protección penal de la igualdad real y no desde la óptica de la mayor culpabilidad o mayor vulnerabilidad<sup>24</sup>.

El Tribunal Supremo (en adelante TS) determinó después la necesidad de acreditar, en cada caso concreto, la intencionalidad de dominación en la conducta violenta del hombre hacia la mujer, para que tales hechos pudieran ser considerados de violencia de género. La declaración del TC tuvo como consecuencia que el TS asumiera en algunas de sus sentencias la interpretación literal de los tipos penales de género, pero tras la STS 8 junio 2009<sup>25</sup>, vino a exigir de nuevo el contexto machista para la aplicación de los tipos de violencia de género, pese a las discrepancias que ello ocasionó en la doctrina y jurisprudencia; la postura mayoritaria iba en la línea de exigir la discriminación, menosprecio o dominación sobre la mujer<sup>26</sup>.

## 2. Orden de alejamiento y orden de protección art. 544 bis, art. 544 ter y art. 544 quinquies LECRM.

La crítica a la aplicación de agravantes y tipos penales por violencia de género en el Código Penal, contrasta con la idea de oportunidad defendida para medidas como la Orden de Alejamiento o la Orden de Protección, pues pretenden amparar a la víctima más que castigar. Estas son las medidas recogidas en la LECRM y en la LOVG, arts. 544 bis, ter y quinquies, y arts. 61 y ss. LOVG respectivamente. Por ello, la Orden de Protección permite desplegar un abanico de medidas tuitivas en función de cada situación, concediendo a la víctima un Estatuto Especial de Protección. La Orden de Protección, por tanto, consiste en una resolución judicial que permite la adopción de medidas cautelares diversas, pudiendo ser estas de naturaleza civil o de naturaleza penal, siendo conjugadas desde una mayor efectividad con la competencia que asumen los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, al conocer de la Instrucción y del Fallo, así como de otras medidas provisionales civiles, y ello desde el punto de vista de ayuda a la mujer como víctima y también desde el punto de

---

ejemplificante o "pedagógica" del derecho penal, para transmitir a la sociedad de manera tajante que todo acto de violencia contra las mujeres está prohibido.

24 REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la Violencia de Género y la igualdad constitucional", cit., p. 37.

25 Vid. <https://app.vlex.com/#vid/76467605>

26 TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015", cit., p. 310.

vista del menor, víctima también en estos casos de la situación de violencia, pues las medidas cautelares de naturaleza civil hacen precisamente referencia a limitaciones de funciones parentales con el propósito de evitar peligros para éste.

No obstante, se critica el tratamiento secundario que la LOVG da al menor, pues pese a los cambios legislativos realizados, sobre todo a partir de 2015, este menor se sigue presentado con un tratamiento residual y accesorio y con poca eficacia en la práctica debido al escaso estudio del tema<sup>27</sup>.

Existen diferencias de ámbito, pues la orden de protección al amparo de la LECRM es de aplicación general común, para supuestos de violencia doméstica, circunscrito a las relaciones de violencia realizadas en el entorno familiar; mientras que las del la LOVG tiene un ámbito de aplicación específico para las situaciones de violencia de género. También existen diferencias procedimentales entre ellas, aunque se confunden y en ocasiones se solapan, pudiendo resultar redundantes.

El art. 544 bis de la LECRM recoge la llamada Orden Alejamiento, al señalar como medida para delitos del art. 57 CP, la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma, el juez o Tribunal podrá imponer esta medida cautelar cuando lo considere estrictamente necesario para la protección de “la víctima”, víctima en general, según su sentido literal. Incluye la posibilidad de ordenar la prohibición de acudir a determinados lugares, municipio, provincia...de aproximarse o comunicarse. De la misma manera, el art. 64 LOVG habla de la obligación de salir del domicilio en el que hubiera estado residiendo con la pareja o tenga su residencia la unidad familiar; en lugar de la prohibición de residir en general, y la prohibición de volver al mismo (arts. 64.I LOVG). La orden de alejamiento conlleva la prohibición de aproximarse a la persona protegida, lo que impide acercarse a la misma en cualquier lugar en el que se encuentre, domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar frecuentado por ella (art. 64.3 LOVG). También podrá incluir la prohibición de comunicación con la víctima por cualquier medio. El contenido varía en su dicción literal, pero parece ser repetitivo, aun así, se plantea la posibilidad de que ambas medidas puedan actuar de forma complementaria, pues las entienden compatibles. El art. 61 LOVG ya expresa la necesaria complementariedad de estas medidas con cualesquiera otras civiles y penales que puedan adoptarse.

Es el art. 544 ter LECRM el que hace referencia concreta a la llamada Orden de Protección a favor de la víctima. Este artículo fue introducido en la LECRM por la

27 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1 /2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, en *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 363.

Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la Orden de Protección, posteriormente ampliada y modificada con la LOVG. Dicho precepto tiene connotaciones literales de mayor imperatividad, en cuanto muestra que el Juez “dictará” esta Orden ante una situación objetiva de riesgo para la víctima. Resulta estar inspirada en principios como el de protección a la víctima y a la familia, para que recupere la sensación de seguridad frente a posibles amenazas o represalias de aquel, principio de urgencia para que la Orden se ejecute con la mayor celeridad mediante un procedimiento sencillo, principio de integralidad, para que la Orden concrete de una sola vez el estatuto de protección, concentrando todas las medidas cautelares necesarias, principio de accesibilidad, para que se inicie de forma sencilla y accesible a todas las víctimas y principio de utilidad procesal, para favorecer la instrucción de la causa y la recogida, tratamiento y conservación de pruebas<sup>28</sup>.

Nos planteamos qué significa la mención a la situación objetiva de riesgo, pues en el Estudio de sentencias realizado por el Observatorio contra la Violencia doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) se ha constatado que, precisamente, el anuncio de la separación o ruptura de la pareja por parte de la víctima es un factor de riesgo de la violencia más extrema<sup>29</sup>. Debemos pues atender, para valorar esta situación objetiva de riesgo, a elementos objetivos que aporten indicadores del mismo, por ejemplo, el medio empleado, los antecedentes delictuales del agresor, antigüedad y contenido, la probabilidad de que se repitan los hechos, las posibles alteraciones psíquicas o toxicológicas, el informe forense, unido a las declaraciones del denunciante y del denunciado y al resultado de la acción cuando éste sea exteriormente constatable<sup>30</sup>. Debe conllevar una situación de riesgo inminente; por ello, la SAP Madrid 7 febrero 2013, entiende que las medidas cautelares del art. 544 ter número 6 se adoptarán por el juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima, la SAP Madrid (Sección 26ª) Auto 7 febrero 2013, afirma que la situación objetiva de riesgo no significa otra cosa que constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima, SAP Sevilla 18 diciembre 2012, no resuelve concediendo la Orden de Protección en un supuesto de violencia verbal continuada, porque manifiesta, no se dieron actos violentos en los siete meses posteriores. No procede la misma, por tanto, sin agresiones físicas y ante una situación de bajo riesgo<sup>31</sup>.

28 SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 494 y 495.

29 VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento” en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014, p. 1419.

30 SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: “Protección en el ámbito penal”, cit., p. 529.

31 Sentencias recogidas en VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento”, cit., pp. 1417 y 1418.

El art. 62 LOVG referido a la Orden de Protección, remite totalmente al art. 544 ter LECRM. El precepto indica, en primer lugar, la posibilidad de que esta Orden de protección se inicie de oficio o a instancia de parte y arbitra un procedimiento sencillo de tramitación. Puede conllevar la adopción de cualquier medida cautelar penal que se estime necesaria, (art. 544 ter 6 LECRM). Pero a nivel civil, especifica que las medidas deben ser solicitadas por la víctima o su representante o el Ministerio Fiscal, si hubiera hijos menores, pero con obligación de pronunciarse por el juez incluso de oficio sobre la pertinencia de estas medidas solicitadas. A continuación, detalla las medidas cautelares como lista abierta, al disponer: la atribución de uso de la vivienda, régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación o estancia con los menores o personas con capacidad judicialmente modificada, prestación de alimentos, así como cualquier otra disposición que considere necesaria a fin de evitar perjuicio para el menor. Estas medidas tienen una vigencia temporal de 30 días ampliables a otros 30 días si se presenta demanda civil. El apartado II del art. 544 ter LECRM también hace referencia a la posibilidad de acordar la Orden de protección una vez iniciado el proceso penal, cuando surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas al encausado.

Es el art. 544 quinquies LECRM el que trata específicamente de las medidas cautelares para proteger a los menores, pues se conjugan difícilmente las órdenes de protección o de alejamiento si no hay disposición normativa sobre qué medidas adoptar sobre los hijos. Ambas estarán directamente relacionadas, pues no se entiende una Orden de Alejamiento en relación a la persona y no al espacio físico, o una prohibición de comunicación con la madre, si no se fija la recogida de visitas del menor por terceros o en Punto de Encuentro Familiar. Los derechos y responsabilidades parentales del padre permiten el mantenimiento pleno de dichas facultades/responsabilidades, salvo que las mismas resulten restringidas judicialmente, aunque se haga de forma provisional<sup>32</sup>.

Es aquí donde la protección del menor para situaciones de violencia de género adquiere virtualidad propia. Dichas medidas restrictivas tienen que ver con la suspensión de la patria potestad, con fijación, si procede para este caso, de régimen de visitas y comunicación, suspensión del régimen de visitas y o comunicación, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, supervisión del régimen de visitas, modificación del mismo; el juez adoptará algunas de estas medidas motivadamente, como medidas protectoras hacia el menor. Esta limitación de las funciones parentales no está sometida a plazo. Al final la norma recoge que el juez o Tribunal ratificará o alzará las medidas adoptadas en interés exclusivamente del menor.

---

32 La patria potestad se configura derecho-deber de los padres, conllevando facultades siempre en beneficio o interés del menor. Se discute si el derecho de visita es un derecho del progenitor o del menor. Sobre la naturaleza del derecho de visita. Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Editor J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 389.

La LVOG en sus arts. 65 y 66 recoge las medidas cautelares civiles de protección a los menores. Habla igualmente de suspensión del ejercicio de la patria potestad, suspensión de la guarda y custodia. Si no acordara la suspensión el juez debe pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad o la guarda y custodia. Entendemos que sigue reflejando un sistema abierto de protección, en cuanto que al final del precepto, art. 65 LOVG, establece que "Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución". Igualmente podrá suspender el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con el menor. Si no acordara la suspensión deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación con los hijos, con la mención final a "Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución" (art. 66 LOVG). La suspensión de las visitas no tiene que ser absoluta, pues puede conllevar que se eviten las pernocias y estancias prolongadas, o que intervengan en las visitas terceros o el Punto de Encuentro Familiar<sup>33</sup>.

La naturaleza jurídica de estas figuras, Orden de Alejamiento, Orden de Protección con fijación de medidas penales y civiles, ha sido cuestionada, pues más que asegurar la efectividad del resultado del proceso, la intención que persigue es mantener la paz familiar durante el procedimiento y la seguridad de la víctima, en parecidos términos a los arts. 102 y 103 CC. Son más bien unas medidas procedimentales instrumentales. Al ser análogas a las recogidas en el art. 771 LEC no cabe recurso alguno. La extrapolación de este criterio ha sido adoptado por el SAP Alicante (Sección 1ª) 13 febrero 2004, con la finalidad de dotar del mismo régimen de recursos a las medidas de idéntica naturaleza, sin perjuicio de la revisión de las mismas en vía civil<sup>34</sup>.

Igualmente entendemos que, si estas medidas civiles están fundadas en el interés del menor y no en el interés de la madre, en base sólo a ello habrá de justificarse su adopción. El Interés Superior del Menor se convierte en principio garante en la aplicación de las mismas, deberá valorarse cada situación mediante las pruebas aportadas y prevalecerá éste frente al interés de los progenitores<sup>35</sup>. Pero no podemos olvidar que en vía civil tenemos la puerta abierta para la adopción de medidas de este tipo a través del cauce del art. 158 CC, o en sede de crisis matrimonial, a través del art. 94 CC y 103 CC, preceptos estos que sirven igualmente de fundamento para limitar las funciones parentales.

33 VILLEN A CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", cit., p. 1463.

34 Sentencia recogida en VILLEN A CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", cit., p. 1465.

35 CORTADA CORTIJO, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I)", cit., p. 370, recoge en este sentido la STC 176/2008, 22 diciembre.

De la misma manera, la doctrina penalista manifiesta la necesidad de que se cumpla en su aplicación el principio de culpabilidad y proporcionalidad, pues limitan derechos fundamentales, así como exigen que se cumpla el principio de audiencia, contradicción y necesidad<sup>36</sup>.

#### IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2015.

Aunque la LOVG ya mencionaba en su Exposición de Motivos la necesidad de proteger al menor en supuestos de violencia de género, esta normativa estaba pensada para la protección de la mujer y no del menor.

Es en el año 2015 cuando empezamos a advertir un cambio de tendencia del legislador hacia el refuerzo de “los grandes olvidados”, estos menores que en algunos casos están presenciando la situación de violencia hacia su madre, sobre todo cuando la prensa se empieza a hacer eco, cada vez más, de los casos más dramáticos de muertes de menores a manos de sus progenitores. Son los llamados casos de violencia vicaria, la violencia hacia el menor como una forma de hacerle daño a la mujer<sup>37</sup>.

Existen datos estadísticos de las muertes de menores a manos de sus padres, pero no de los menores que se ven afectados por la violencia de género; estos datos no se encuentran recogidos<sup>38</sup>.

Los avances normativos advierten también prudencia correctora, con el propósito de no criminalizar en todos los casos la situación del padre, cuando aún no ha sido condenado en virtud de sentencia firme, el problema de las denuncias falsas, la crítica ya expuesta a una herramienta punitiva de marcado calado, debe enfrentarse a una toma en consideración cuando menos bastante cautelosa en lo que a la restricción de los derechos parentales se refiere.

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la adolescencia, modificó la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM), recogiendo la ampliación que ya se venía haciendo a nivel internacional del concepto de Interés Superior del Menor. En su art. 1 recoge las tres dimensiones de este principio: desde su consideración como

36 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I)”, cit., p. 370 “La naturaleza limitativa de dichas medidas va a requerir que su adopción deba realizarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y “en todo caso con intervención del Ministerio Fiscal y respeto a los principios de contradicción, audiencia y reserva”. Vid también VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: “Orden de alejamiento”, cit., p. 1469.

37 Vid. sobre este tema el estudio reciente realizado por PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, UMA editorial, Málaga, 2018.

38 CORTADA CORTIJO, N.: “Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas”, cit., p. 373. Esta autora recoge la idea de los escasos datos existentes al respecto y aboga por una suspensión automática de todas las relaciones del menor con el agresor, como cambio legislativo, pues la ley actual no admite esta suspensión automática.



derecho sustantivo, como criterio interpretativo y como criterio procedimental. El art. 2.2 LOPJM en su apartado c) señala como pauta general para fijar el interés superior del menor; entre otros muchos, el que este menor viva en un entorno adecuado libre de violencia. El art. 2.4 LOPJM hace referencia al criterio interpretativo, afirmando que se tendrán en cuenta como interés prioritario el del menor; pero “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

El Preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio afirma que los menores que viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género son víctimas de la misma. La victimización se manifiesta porque al estar expuestos a esa clase de violencia su bienestar y desarrollo personal se ve afectado negativamente, y pelagra su salud, se les convierte en un mero instrumento para ejercer el dominio y violencia sobre la mujer y son el medio a través del cual se inoculara a las generaciones siguientes el veneno de la violencia de género<sup>39</sup>.

Esta Ley 8/2015 de 22 de julio, modificó también la LOVG a los efectos de disponer que las medidas de protección integral en ellas previstas, no están pensadas sólo para las mujeres sino también para sus hijos menores (art. 1.2 LOVG), dotando de mayor claridad al contenido del art. 61, ya que impone la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en especial sobre las civiles que afectan a menores que dependen de la mujer víctima de violencia de género.

De esta manera, el anterior art. 65 LOVG sólo hacía referencia a que el Juez “podrá suspender” para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o la guarda y custodia, y ahora se redacta de manera más imperativa para establecer que el Juez “podrá suspender”, pero “deberá pronunciarse en todo caso” sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad o la guarda y custodia. Adoptará las medidas de seguridad necesarias para la mujer y los menores y realizará un seguimiento periódico de su evolución. El art. 66 anterior hacía referencia igual a que el Juez “podrá suspender” el régimen de visitas y comunicación, pero ahora presenta la coletilla de que “deberá pronunciarse en todo caso” sobre la forma en que se ejercerá el mismo y adoptará las medidas necesarias para asegurar la integridad, seguridad y recuperación de los menores y de la mujer y realizará un

39 SERRANO MASIP, M.: “Víctimas de violencia de género y derechos de participación en el proceso penal”, en *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 11/2004* (dir., por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016, p. 337.

seguimiento periódico de su evolución. Aunque se trata de una potestad discrecional judicial, con esta redacción se hace más visible a nivel normativo la necesidad de proteger al menor:

El art. 61.2 incide en que las medidas antes expuestas pueden ser pedidas a instancia de la víctima o ser tomadas de oficio, manifestando la pertinencia de las mismas, el plazo y el régimen de cumplimiento, así como las medidas complementarias si fuera el caso.

La Ley 26/2015 de 28 de julio de Protección a la Infancia y la Adolescencia, modificó el art. 158 CC. Los nuevos apartados 4 y 5 de este precepto recogen, como medida judicial civil general, el establecimiento de la prohibición de aproximarse al menor por parte de sus progenitores, al domicilio, centro educativo u otros lugares que frecuente, la prohibición de comunicarse o mantener contacto escrito, verbal o visual, en virtud de cualquier medio, respetando siempre en ambos casos el principio de proporcionalidad.

Igualmente, esta Ley 26/2015 modificó el art. 11 y 12 de la LOPJM para establecer como principios rectores de la actuación pública “La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar; sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar; así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso (art. 11.2 i) LOPJM)”. “Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación” (art. 12.3 LOPJM).

Como contrapartida advertir que esta Ley 26/2015 también modificó el art. 160 CC, para recoger el derecho de visita del progenitor aún estando en prisión al establecer que “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.

El art. 544 quinquies, al igual que el art. 544 ter apartado 7 LECRM antes explicado, fue fruto de otra reforma de 2015, en concreto, de la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, precepto centrado en la protección del menor.

No obstante lo anterior, para la asistencia psicológica se ha reformado el artículo 156 del Código Civil, que tras el Real Decreto-Ley 9/2018 de 3 de agosto, dispone que "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos".

Como podemos observar, se ha constatado a nivel legal una mayor exigencia de protección hacia el menor para situaciones de violencia de género. Sin embargo, por el poco tiempo de la reforma y comprobando datos estadísticos, son muy pocos los casos en los que a nivel práctico judicial se establecen restricciones por parte de los órganos judiciales. Por ejemplo, entre los años 2005-2010 sólo se suspendió la guarda y custodia en un 8% de los casos y el régimen de visitas en un 4%, en el año 2011 un 7,1% y un 3,4% las visitas, en 2012 un 7,1% la custodia y un 3,1% las visitas, en el año 2013 un 6,7% las visitas y un 3% las visitas, en el año 2014 un 5,7% y las visitas un 3%. La protección en general del menor por la vía del art. 158 CC para evitarle un perjuicio a penas supera este período el 1%<sup>40</sup>. Datos más recientes publicados por el Consejo General del Poder Judicial, Observatorio contra la Violencia de Género y Doméstica, muestran en el año 2016 una suspensión de la patria potestad del 1,5 % y del derecho de visitas de 1,3 %, y en 2015 de 1,7% y de un 1,1% respectivamente. La protección del menor para evitarle un perjuicio no supera la cifra el 0,4%, y la suspensión de la patria potestad que en años anteriores se visibiliza en el 0,4%, en el año 2015 y 2016 no supera el 0,1%<sup>41</sup>. Los datos de los años 2016 y 2017 muestran un aumento muy moderado desde la entrada en vigor de las reformas de 2015<sup>42</sup>.

40 TOLDRA ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, Navarra, 2016, p. 391.

41 Datos extraídos de PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, cit., pp. 148 y 149.

42 Vid. PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas*, cit., pp. 190 y 191.

Respecto a esta propensión, podemos ver situaciones en la práctica judicial como las que ahora planteamos:

- La SAP Albacete (Sección 1ª) 27 octubre 2015<sup>43</sup>, revoca la resolución dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Albacete, por la que se priva al padre de la patria potestad, considerando la sala que la privación es una medida excepcional, de carácter sumamente grave y de apreciación restrictiva, sustituyendo la privación por la atribución del ejercicio exclusivo a la madre, al ser condenado el padre a una pena de prisión de 5 años y prohibición de aproximación y comunicación durante ocho, por la comisión de un delito de lesiones y de detención ilegal en presencia del menor:

- La SAP Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015<sup>44</sup>, confirma la dictada por el Juzgado de Violencia, en la que se suspende del ejercicio de la patria potestad al padre en materia de educación y salud, ya que este se encontraba privado de libertad por delitos de violencia de género, aunque añade como razón para ello, la imposibilidad de contacto con la figura materna, por la prohibición de comunicación con ella. En el mismo sentido la SAP Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015<sup>45</sup>, declara el ejercicio exclusivo de las funciones derivadas de la patria potestad a favor de la madre, por privación de libertad del progenitor por delitos relacionados con la violencia de género, existiendo prohibición de aproximación hacia la madre y menores.

- La STS (Sala 1ª) 13 mayo 2016<sup>46</sup>, confirma la dictada por la SAP Madrid, suspendiendo el ejercicio de la patria potestad por la imposibilidad del ejercicio efectivo, por encontrarse el padre privado de libertad por delitos de violencia de género.

- En sentido contrario se pronuncia la STS (Sala 1ª) 26 noviembre 2015<sup>47</sup>. Se confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad, y se suspende el régimen de visitas, al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género. De la misma forma, la SAP Almería (Sección 1ª) 19 febrero 2015<sup>48</sup>, confirma la decisión del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Almería, suspendiendo el régimen de visitas al padre por encontrarse privado de libertad, y otorgando el ejercicio conjunto de la patria potestad.

43 SAP Albacete (Sección 1ª) 27 octubre 2015 (SAP, B, 9738, 2015, ECLI, ES, APB, 2015, 9738)

44 SAP Madrid (Sección 22ª) 7 diciembre 2015 (ROJ AAP M 3992, 2018, ECLI: ES, APM, 2018, 3992A)

45 SAP Barcelona (Sección 12ª) 21 octubre 2015 (ROJ AAP B 4248, 2017, ECLI: ES, APB, 2017, 4248A).

46 STS (Sala 1ª) 13 mayo 2016 (ROJ STS 2129, 2016, ECLI, ES, TS, 2016, 2129).

47 STS (Sala 1ª) 26 noviembre 2015 (ROJ STS 4900, 2015, ECLI, ES, TS, 2015, 490).

48 SAP Almería (Sección 1ª) 19 febrero 2015 (JUR 2015, 16874).

- En esta dirección también se manifiestan las siguientes resoluciones: La SAP Cáceres (Sección 1ª) 15 junio 2015<sup>49</sup>, SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 25 marzo 2015<sup>50</sup>, en las que se ratifica la suspensión del régimen de visitas por la privación de libertad por violencia de género y el ejercicio conjunto de la patria potestad. SAP Madrid 20 noviembre 2015<sup>51</sup>, en la que se confirma la suspensión del régimen de visitas, por la existencia de procedimiento penal por violencia de género, acordándose la prohibición de aproximación y comunicación hacia la madre y los hijos, manteniéndose la patria potestad compartida. SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 14 enero 2016<sup>52</sup> y SAP Lérida (Sección 2ª) 30 junio 2016<sup>53</sup>, en las que se acuerda la suspensión del régimen de visitas por encontrarse el padre en prisión, sin especificar el motivo de la privación de libertad, otorgando la patria potestad compartida.

A diferencia de otros extremos, que sí resultan de imperativa aplicación, y no quedan a disposición de los Tribunales, sorprende que el legislador no se haya planteado la privación de la patria potestad de forma automática para todos los supuestos de muerte dolosa de la madre como consecuencia de la actuación del padre, sino que se mantiene la fórmula de valoración judicial del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, cuando no parece que pueda existir mayor atentado a estos hijos que privarles de por vida de su madre. En este sentido se pronuncia también Teresa SAN SEGUNDO MANUEL, que ha hecho un estudio de las diversas sentencias en las que se priva al padre de la patria potestad por este motivo<sup>54</sup>.

En el ámbito de los Tribunales, en supuestos de homicidios/asesinatos consumados e intentados, consta la imposición de pena de privación de patria potestad asociada al artículo 55 del CP, sobre todo desde STS 30 septiembre 2015<sup>55</sup>, que revoca la resolución dictada por la Audiencia Provincial y priva de la patria potestad al procesado afirmando que “Ciertamente, repugna legal y moralmente, mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre”, y añade que “es un dato incontestable que la presencia de la menor en el ataque a su madre efectuado por su padre, va a tener un prolongado efecto

49 SAP Cáceres (Sección 1ª) 15 junio 2015 (JUR 2015, 174756).

50 SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 25 marzo 2015 (JUR 2015, 214832).

51 SAP Madrid 20 noviembre 2015 (JUR 2015, 307924).

52 SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) 14 enero 2016 (JUR 2016, 240640).

53 SAP Lérida (Sección 2ª) 30 junio 2016 (JUR 2016, 214655).

54 “Uno de los atentados más graves que pueden cometerse contra el bienestar del menor es privarle de su madre por haberla matado”. SAN SEGUNDO MANUEL, T.: “Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores. Intercambio de experiencias y unificación de criterios”, CGPJ, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 25, Año 2010.

55 STS 30 septiembre 2015, (STS 4122,2015, ECLI, ES, TS, 2015, 4122)

negativo en el desarrollo de la menor de mantener la patria potestad". Desde esta sentencia, suele ser pacífica su imposición por los tribunales y así la vemos aplicada en la STS 9 mayo 2017<sup>56</sup>.

Sorprende la SAP Lleida (Sección 2ª) 17 noviembre 2014<sup>57</sup>, donde se concede la guarda y custodia en exclusiva al progenitor en primera y segunda instancia<sup>58</sup>. Entiende el Juzgador que no es suficiente la tramitación de la causa penal por violencia de género, sino que se exige un conjunto de hechos que permitan valorar que el menor ha sido víctima directa o indirecta. Sobre la duda del término víctima directa o víctima indirecta, la de considerar si el menor se encuentra en esta situación siempre que en el entorno familiar se haya producido un acto de violencia sobre la madre, pues ello constituye una causa suficiente para apreciar el perjuicio hacia el menor, por la agresión al entorno familiar, o bien la de entender que el menor es víctima cuando no ha sufrido el ataque directo, pero ha podido padecer de alguna forma la agresión a la madre. O la sentencia que determina que no es procedente la guarda y custodia compartida de un menor ante un supuesto de violencia de género dictada en primera y segunda instancia STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 14 abril 2014<sup>59</sup>.

La SAP Almería 6 marzo 2018<sup>60</sup>, atribuye la custodia a la madre por la existencia de indicios fundados de violencia de género del padre contra los menores. Debemos fijarnos en que la sentencia trata de presuntos atentados físicos y psíquicos contra la madre, pero se alega la consideración a los menores como víctimas de la situación del maltrato, tras la reforma de 2015 (la sentencia habla de esta reforma como argumento en apoyo de su valoración), una vez valorados los informes psicosociales. Se fija un régimen de visitas para el padre.

Por otro lado, la SAP Almería 15 mayo 2018<sup>61</sup>, suspende el ejercicio de la patria potestad al padre condenado por violencia de género y otorga ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en tanto no varíen las circunstancias y el entorno de violencia. En primera instancia se había suspendido el régimen de visitas, pero no el ejercicio de la patria potestad.

56 STS 9 mayo 2017 (STS 2092, 2017, ECLI, ES, TS, 2017, 2092). Datos jurisprudenciales extraídos del TFM de BOMBÍN PALOMAR, G., dirigido por CASADO CASADO, B., cit., pp. 22 y ss., denominado "La Conexión entre el Derecho de Familia y la Violencia de Género. La protección de los menores de edad".

57 SAP Lleida (Sección 2ª) 17 noviembre 2014 (JUR 2015, 43383)

58 Vid. comentario al respecto en TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos", cit., pp. 385 y ss.

59 STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) 14 abril 2014 (JUR 2014, 172308). Vid. comentario al respecto en TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos, cit., pp. 395 y ss.

60 SAP Almería 6 marzo 2018 (JUR 2018, 242716).

61 SAP Almería 15 mayo 2018 (JUR 2018, 241965).

## V. CONCLUSIONES.

Entendemos que se desconoce cómo deben ser aplicadas estas limitaciones a las funciones parentales.

Los estadísticas de violencia de género apenas disminuyen con los años o incluso aumentan<sup>62</sup>. Pese a ello, la protección al menor en estos casos muestra unos datos muy bajos, algo que resulta totalmente contradictorio con la idea anterior:

Debemos evaluar la aplicación de medidas en función del interés del menor, teniendo en cuenta que es preferente al interés de los progenitores en caso de colisión.

También debemos tener en cuenta que los criterios a considerar en estas limitaciones no deben ser los mismos, en función de si estamos hablando de una pena como tal dispuesta por el Código Penal, una medida cautelar, o una restricción de funciones parentales en virtud de un procedimiento civil.

La problemática resulta extremadamente compleja. No se trata de limitar más ni de forma automática las funciones parentales, sino de vertebrar a nivel legal en qué casos pueden aplicarse todas estas medidas para situaciones concretas de violencia de género.

Se hace totalmente necesario, para avanzar en la protección del menor, el estudio pormenorizado de cada una de las medidas protectoras, configurando parámetros de aplicación para cada una de ellas.

---

62 Vid. [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informe\\_magnitudes\\_10\\_01\\_2019\\_0.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/informe_magnitudes_10_01_2019_0.pdf), donde se pueden comparar mediante diferentes gráficos y ver su evolución.

## BIBLIOGRAFÍA

CABRERA MARTÍN, M.: "Menores Víctimas de Violencia de Género", en *Protección Jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia* (coord. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Navarra, 2017.

CALERO FERNÁNDEZ, M. A.: "Manifestaciones lingüísticas de la violencia de género y su tratamiento lexicográfico y jurídico", en *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

CORTADA CORTIJO, N.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (I). Aspectos civiles de la protección de menores expuestos a violencia de género. La reforma de la Lo 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género", en *La protección de la Víctima de Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

LAURENZO COPELLO, P.: "La Violencia de Género en la Ley Integral", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, publicada en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, disponible en línea, núm. 07/08, 2005.

MAQUEDA ABREU, M. L.: "1989-2009: Veinte años de "Desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja", en AA.VV.: *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009.

PERAL LÓPEZ, M. C.: *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre sus hijas e hijos*, Uma editorial, Málaga, 2018.

REY MARTÍNEZ, F.: "La Ley contra la violencia de Género y la igualdad constitucional", en *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. por M. DE HOYOS SÁNCHEZ), Lex Nova, Valladolid, 2009.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Barcelona, Editor J. M. Bosch, 1997.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: "Incidencia de la violencia de género en el ámbito civil de la familia y los menores. Intercambio de experiencias y unificación de criterios", CGPJ, *Cuadernos digitales de formación*, núm. 25, Año 2010.

SERRANO MASIP, M.: "Víctimas de violencia de género y derechos de participación en el proceso penal", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.



SOTORRA CAMPODARVE, M. C.: "Protección en el ámbito penal" en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y Práctica Forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.

TOLDRÁ ROCA, D.: "Efectos directos e indirectos de la violencia de género sobre los hijos y las hijas (II). La protección de menores: encrucijada judicial", en *La Protección a la víctima de Violencia de Género, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

TORRES ROSELL, N.: "Violencia de género y Derecho Penal: de la Ley 1/2004 a la reforma penal de 2015", en *La protección a la víctima de Violencia de Género, Un estudio multidisciplinar tras 10 años de la Ley 1/2004* (dir. por A. M. ROMERO BURILLO), Aranzadi, 2016.

USHKOVA, T., ROBLES CARRILLO, M., GOÑI URRIZA, N.: "Cuestiones Internacionales", en *Violencia de Género. Perspectiva Internacional y Práctica Forense*, (coord. por SERRANO FALCÓN, C.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Régimen de visitas y suspensión", en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.

VILLENA CORTÉS, B. y MONCADA BUENO, J.: "Orden de alejamiento" en *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense* (dir. por P. RIVAS VALLEJO y G. BARRIOS BAUDOR), Aranzadi, Navarra, 2014.

**EL PLAN DE PARENTALIDAD Y EL COORDINADOR  
PARENTAL: HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR  
ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES**

***PARENTING PLAN AND PARENTAL COORDINATOR: TOOLS FOR  
THE PROTECTION OF MINORS IN THE FACE OF MARITAL CRISES***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 114-133*

Esther  
ALBA FERRÉ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 8 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Las rupturas matrimoniales generan muchos conflictos entre las parejas que acaban también afectando a los hijos menores. El objetivo será analizar las figuras conocidas como el plan de parentalidad y el coordinador parental, resaltando los beneficios que la mediación familiar y el Derecho Colaborativo puedan conllevar. Así mismo, se tratará de comprobar si gracias a estas herramientas se consigue proteger a los menores implicados en las crisis matrimoniales. Es cierto que Aragón, Cataluña, Valencia o el País Vasco reconocen en su Derecho Foral la figura del plan de parentalidad, como un complemento del convenio regulador. En este mismo sentido, el Anteproyecto de Ley de 10 de abril de 2014 sobre ejercicio de la corresponsabilidad u otras medidas tras la ruptura de la convivencia familiar proponía la reforma del Código Civil y en concreto, del art. 90 CC valorando la inclusión de este plan entre los extremos a que debía hacer referencia el convenio regulador. Este plan de parentalidad puede ser recomendable cuando la relación entre la pareja sea cordial o el grado de conflictividad sea menor ya que los progenitores serán capaces de acordar las mínimas reglas de juego que faciliten la convivencia tras la ruptura y la protección del menor en todos los ámbitos que no se habían previsto en el convenio regulador o que aun previstos puedan ser desarrollados de manera más detallada. Sin embargo, cuando el grado de conflictividad sea elevado será el Juez el que podrá nombrar al coordinador parental o de parentalidad para gestionar el conflicto entre la pareja y garantizar que el menor no se vea afectado. Se estudiarán los planes pilotos relacionados con esta figura y que están en funcionamiento en Cataluña, Valencia o Madrid, para comprobar si este profesional o experto pericial tiene cabida en nuestro ordenamiento. Por ello, se pretende no sólo analizar el plan de parentalidad y el coordinador parental, sino ver cómo estas figuras se están regulando o aplicando en España, realizando un análisis doctrinal y jurisprudencial que nos permita proponer su inclusión en nuestro Código Civil.

**PALABRAS CLAVE:** Coordinador parental; plan de parentalidad; protección del menor; ruptura matrimonial.

**ABSTRACT:** *The marital ruptures generate many conflicts between couples who end up also affecting the younger children. The objective will be to analyse the figures known as the Parenting Plan and the parental coordinator, highlighting the benefits that family mediation and Collaborative Law can bring. Also, it will be tried to see if thanks to these tools it is possible to protect the minors involved in the marital crises. It is true that Aragón, Catalonia, Valencia or the Basque Country recognise in their Foral Right the figure of the parenting plan as a complement to the regulatory agreement. In the same vein, the Draft Law of 10 April 2014 on the exercise of stewardship or other measures after the breakdown of family coexistence proposed the reform of the Civil Code and specifically, Article 90 CC valuing the inclusion of this plan between L Extremes that the regulatory convention should refer to. This Parenting Plan may be advisable when the relationship between the couple is cordial or the degree of conflict is lower since the parents will be able to agree on the minimum rules of play that facilitate the coexistence after the rupture and the protection Of the child in all areas which were not envisaged in the regulatory agreement or which may still be developed in a more detailed manner. However, when the degree of conflict is high, the Judge will be able to appoint the parental or parental coordinator to manage the conflict between the couple and ensure that the child is not affected. We Will study the pilot plans related to this figure and are in operation in Catalonia, Valencia or Madrid, to see if this professional or expert has a place in our order. Therefore, it is intended not only to analyze the parental plan and the parental coordinator, but to see how these figures are being regulated or applied in Spain, conducting a doctrinal and jurisprudential analysis that allows us to propose its inclusion in our Civil Code.*

**KEY WORDS:** Parental coordinator; parentality plan; child protection; marital breakdown.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN: LOS MENORES ANTES LAS CRISIS MATRIMONIALES.- II. EL PLAN DE PARENTALIDAD.- 1. Concepto y regulación.- 2. Contenido.- III. EL COORDINADOR PARENTAL.- 1. Concepto y orígenes.- 2. Regulación, planes pilotos y reconocimiento jurisprudencial.- IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y EL DERECHO COLABORATIVO ANTE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.- V. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN: LOS MENORES ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES.

Los menores son verdaderas víctimas involuntarias de las disputas de sus padres en los procesos de nulidad, separación o divorcio y a los que se les debería garantizar una estabilidad en la vida familiar<sup>1</sup>. Es cierto, como indica la STSJ de Cataluña 26 febrero 2015 que "... , tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional los hijos"<sup>2</sup>. Los menores tienen derecho a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores, aunque se haya producido una crisis matrimonial. La STS 2 julio 2014 ya establecía en su fundamento segundo la exigencia de "... un compromiso mayor y de una colaboración de sus progenitores, tendente a que

1 En las estadísticas de nulidades, separaciones y divorcios del año 2017 del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) el número de procesos de disolución en este año han tenido una variación o incremento anual de un 1 %, teniendo los divorcios una variación del 1,2%, las separaciones del 1,7 %y las anulaciones de 14.5%. La custodia compartida ha sufrido una variación anual de un 6,7%.

En lo respecta al número de hijos, el 43,3% de los matrimonios correspondientes a resoluciones de separación o divorcio no tienen hijos menores de edad o dependientes, el 46% tienen un solo hijo menor, el 5,4 solo tienen un hijo mayor dependiente y el 5,3 tienen menores dependientes e hijos mayores de edad. Estos datos han sido publicados en la noticia de prensa del INE del 24 de septiembre de 2018 y están disponibles en [www.ine.es](http://www.ine.es). (fecha de consulta: 10/04/2019).

Al analizar los efectos de la ruptura ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 319 al señala que "... , con independencia de lo que afecta al vínculo jurídico en sí mismo considerado, es trascendental la contemplación de las consecuencias de la onda expansiva que tales declaraciones llevan consigo. Fundamentalmente, la nulidad, el divorcio y la separación afectan a las siguientes materias:

1.º A las relaciones personales de los cónyuges y su convivencia.

2.º A sus relaciones con los hijos comunes: convivencia con ellos, relaciones personales, ejercicio de la patria potestad, etc., con todas sus consecuencias y obligaciones personales y económicas, incluidas las alimenticias...".

2 STSJ de Barcelona, Sala de lo Civil y Penal 26 febrero 2015 (ROJ 2015, 551).

### • Esther Alba Ferré

Licenciada en Derecho en el año 1992 y Doctora en Derecho en el año 2005. Profesora adjunta de Derecho Civil en Grado en Derecho y en el Master de Acceso a la Abogacía de la Universidad Europea de Madrid desde el año 2000 hasta la actualidad. Ha asumido diversos puestos de gestión. En la actualidad, está realizando investigaciones sobre el nuevo Derecho de Familia y sobre la Unificación del Derecho Contractual. Correo electrónico: [esther.alba@universidadeuropea.es](mailto:esther.alba@universidadeuropea.es).

este tipo de situaciones (derivadas de una ruptura matrimonial), se resuelvan en un marco de normalidad familiar...<sup>3</sup>.

Hay que reforzar la responsabilidad parental y ayudar de manera positiva a los padres ante las crisis matrimoniales y siempre tendente a la mejor atención a sus hijos. El Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró una Recomendación Rec. (2006) 19 sobre "Políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad"<sup>4</sup> cuyo objetivo era que los Estados reconozcan la importancia de la responsabilidad parental y la necesidad de que los padres tengan suficientes apoyos para cumplir con sus responsabilidades en la educación de sus hijos. Y así mismo, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, recomendaba a España en sus observaciones finales de 3 de noviembre de 2010 que "... redoble sus esfuerzos por prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el ejercicio de sus responsabilidades relacionadas con la crianza, en particular a los de familias en situaciones de crisis debido a la pobreza, a la falta de vivienda adecuada o la separación"<sup>5</sup>. Lo que llevó a España a aprobar la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, centrada entre otras cuestiones en el reconocimiento de derechos y deberes de los menores, así como en las actuaciones de protección por los poderes públicos y en concreto, ante situaciones de riesgo o de desamparo<sup>6</sup>.

Se deben buscar instrumentos de pacificación del conflicto familiar ya que las relaciones jurídicas de las partes implicadas tienen una gran carga emocional y sufren variaciones a lo largo de todo el proceso. No todas las rupturas matrimoniales son gestionadas de la misma manera. Existen dos situaciones posibles que conllevarán soluciones diferentes. Si los progenitores se encuentran ante un nivel de conflictividad bajo, ello permitirá que puedan llegarse a entender y a elaborar conjuntamente un plan de parentalidad para el bien de sus hijos. En estos casos, los padres se adaptarán bien cuando lo que priorizan son a los menores, porque "... buscan su bienestar; la satisfacción de sus necesidades emocionales, físicas y materiales y su derecho a

3 STS 2 julio 2014 (ROJ 2014, 2650).

4 Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de diciembre de 2006 en la 983ª reunión de los delegados de los ministros y disponible en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805d6dda](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d6dda), (fecha de consulta: 10/04/2019). Esta recomendación en el apéndice, y en concreto en el apartado I "Definiciones", entiende que el ejercicio de la parentalidad se refiere a "... todas las funciones propias de los padres/madres relacionadas con el cuidado y la educación de los hijos. El ejercicio de la parentalidad se centra en la interacción padres-hijos y comporta derechos y obligaciones para el desarrollo y realización del niño" y que el ejercicio positivo de la parentalidad es "el comportamiento de los padres fundamentado en el interés superior del niño, que cuida, desarrolla sus capacidades, no es violento y ofrece reconocimiento y orientación que incluyen el establecimiento de límites que permitan el pleno desarrollo del niño".

5 Estas observaciones finales CRC/C/ESP/CO/3-4 están publicadas por el Comité y siguiendo las recomendaciones, España elaboró el Plan Integral de apoyo a la familia 2015-2017 aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015 y entre sus líneas estratégicas reconoció medidas de conciliación y corresponsabilidad (línea 2) y medidas de parentalidad positiva o de apoyo al ejercicio positivo de las responsabilidades parentales (línea 4).

6 BOE núm. 180, de 29/07/2015 (Referencia: BOE-A-2015-8470).

seguir manteniendo una relación sana y satisfactoria con ambos, a la vez que se esfuerzan por ofrecer una parentalidad positiva”<sup>7</sup>. Sin embargo, cuando el grado de conflictividad sea elevado será necesario introducir la figura del coordinador parental para que ayude a gestionar la relación con los menores y hacer efectiva la resolución judicial.

Es el momento de analizar estas dos figuras para investigar la posibilidad de incluirlas en el ordenamiento jurídico español y ver garantizada la protección de los menores a través de la mediación familiar, contando con la participación del abogado colaborativo.

## II. EL PLAN DE PARENTALIDAD.

### I. Concepto y regulación.

Se puede definir el plan de parentalidad como “... otro tipo de instrumentos de pacto específicos, como complemento o sustituto del convenio regulador, dirigidos a consensuar todos los detalles del ejercicio de la guarda y custodia, es decir, del régimen de estancias de los hijos con sus progenitores”<sup>8</sup>. Este plan permitirá concretar de forma muy precisa cómo se ejercerán las responsabilidades parentales con los menores. Si el plan se puede asimilar al convenio regulador hay que tener en cuenta que no sólo los progenitores serán los que ostenten intereses en el acuerdo, sino que existen “... otras personas por cuyos intereses debe velarse -los hijos del matrimonio-, de manera que no basta que el convenio haya sido consentido por sus autores para que entre en vigor. Es preciso que sea sometido a su autorización judicial para su aprobación”<sup>9</sup>.

El plan de parentalidad es un claro ejemplo del ejercicio de los principios de corresponsabilidad, de coparentalidad y principio contradictorio, por ello también es conocido como plan de corresponsabilidad o plan contradictorio. El primero de estos principios fue reforzado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>10</sup> y consiste en la participación igualitaria de ambos progenitores (custodio y no custodio) titulares de la patria potestad, implicados en el ejercicio de los derechos y deberes o funciones que la integran, con independencia del régimen de guarda y custodia que rija en la relación familiar. El principio de coparentalidad protege la relación y comunicación continuada de los hijos con los progenitores en pie de igualdad, favoreciendo una presencia equilibrada

7 AA.VV.: “Intervenciones con familias tras la ruptura de pareja con enfoque de Justicia Terapéutica: Programas de apoyo y coordinación de parentalidad”, en MARCHIORI, H. (dir.): *Victimología*, vol. 20, Violencia familiar: Protección víctimas niños, Encuentro Grupo Editor, Argentina, 2017, p. 27.

8 BECERRIL, D. y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 52.

9 DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (t. I) *Derecho de familia*. Tecnos, Madrid, 2018, p. 116.

10 BOE núm. 71, de 23/03/2007 (Referencia: BOE-A-2007-6115).

para el hijo menor de edad de las figuras paterna y materna<sup>11</sup>, sin perjuicio del principio procesal contradictorio que claramente refleja la controversia entre dos partes contrapuestas.

Nuestro Código Civil no regula este plan contradictorio pero el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad u otras medidas tras la ruptura de la convivencia familiar parental de 10 de abril de 2014<sup>12</sup>, que no ha llegado a materializarse, en su artículo primero proponía una nueva redacción del art. 90 CC determinando de manera más precisa el contenido del convenio regulador e incluyendo el plan como parte de éste, al disponer: "1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 deberá contener, al menos los siguientes extremos: a) El plan de ejercicio de la patria potestad conjunta, como corresponsabilidad parental, respecto de los hijos, si los hubiera, con inclusión de los pactos sobre: 1º. La forma de compartir las decisiones que afecten a la educación, salud, bienestar, residencia habitual, y otras cuestiones relevantes para los hijos; 2º. El cumplimiento de los deberes referentes a la guarda y custodia, el cuidado, la educación y el ocio de los mismos; 3º. Los periodos de convivencia con cada progenitor y el correlativo régimen de estancia, relación y comunicación en el no conviviente; 4º. El lugar o lugares de residencia de los hijos, determinando cuál figurará a efectos de empadronamiento y 5º. Las reglas de recogida y entrada de los hijos en los cambios de guarda y custodia, o en el ejercicio del régimen de estancia, relación y comunicación con ellos".

Sin embargo, serán los Derechos forales los que regulan el plan de parentalidad, aunque no todos con esa denominación. Así Aragón prefiere conocerlo como pacto de relaciones familiares, Valencia como pacto de convivencia familiar y el País Vasco como pactos en previsión de ruptura de la convivencia<sup>13</sup>. Será en Cataluña en su

11 Vid., CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 42.

12 Este Anteproyecto sólo modifica la denominación del Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2013 sobre la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio. El art. 1 dedicado a las modificaciones del Código civil en su apartado tres proponía también una nueva redacción del art. 92 CC. Con esta nueva redacción se verían extendidas las obligaciones compartidas de los padres del art. 68 CC también en situaciones de crisis matrimoniales. La nueva redacción del apartado 2 del art. 92 CC garantizaría la protección al libre desarrollo de la personalidad de los menores en estos procesos conflictivos.

13 En Aragón el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011, p. 6490 a 6616. Referencia: BOA-d-2011-90007), en su art. 77.1 reconoce el Pacto de relaciones familiares al establecer "Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos".

La ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat de Valencia, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOCV núm. 6495, de 5 de abril de 2011 – BOE núm. 98, de 25 de abril de 2011. Referencia: BOE-A-2011-7329) en su art. 4.1 establece el Pacto de convivencia familiar al decir "Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas".

Por último, el País Vasco en su Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, p. 62351 a 62362. Referencia: BOE-A-2015-8275) en su art. 4.1 reconoce los Pactos en previsión de ruptura de la convivencia al disponer "Los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia".

art. 233-8 y 9 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat)<sup>14</sup>, relativo a la persona y a la familia, donde por primera vez se recoge el plan de parentalidad con el objetivo de regular el ejercicio de las potestades parentales, haciendo constar los compromisos que los cónyuges asumen respecto de la guarda, el cuidado y la educación de los hijos<sup>15</sup>.

Es cierto que puede parecer que en el Derecho Común no existe la obligación de presentar un plan de ejercicio de la guarda y custodia, al no haberse materializado la propuesta del Anteproyecto de Ley que recomendaba la inclusión de dicho plan en el convenio regulador. Sin embargo, ha sido el Tribunal Supremo el encargado de introducir y recomendar a los progenitores elaborar un plan contradictorio sobre la forma en que se iba a ejercer la custodia, ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas (STS 29 noviembre 2013<sup>16</sup>). Incluso, se ha negado la custodia compartida, pues junto con la falta de pruebas psicosociales y de las exploraciones de los menores, faltó la presentación de un plan contradictorio como otro elemento probatorio en el que fundamentar la medida (STS 5 diciembre 2016<sup>17</sup>).

Será premisa necesaria para la adopción del sistema de custodia compartida y para la elaboración de un plan de parentalidad que los progenitores adopten "... una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario" según la STS 11 febrero 2016<sup>18</sup>. Se aboga por la mínima intervención judicial, salvo que se detecte daño al menor<sup>19</sup>. A este respecto es muy clara la STS 14 febrero 2005 en lo que refiere al valor de los convenios entre los padres en relación a regular las relaciones paterno filiales, al reconocer un amplio campo de libertad en el ejercicio su función de la patria potestad en que no cabe un dirigismo por parte los poderes públicos, "... cuya intervención – sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor"<sup>20</sup>.

14 DOGC núm. 5686, de 05/08/2010, BOE núm. 203, de 21/08/2010 (Referencia: BOE-A-2010-13312).

15 El art. 233-8.2 del Libro II CCCat, al tratar la responsabilidad parental, dice "Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el art. 233-9".

El art. 233-9.1 establece "El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de sus hijos".

16 STS 29 noviembre 2013 (ROJ 2013, 5641).

17 STS 5 diciembre 2016 (ROJ 2016, 5285).

18 STS 11 febrero 2016 (ROJ 2016, 359).

19 Vid., ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "El convenio regulador y su aprobación judicial", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 3, Época, noviembre 1997.

20 STS 14 febrero 2005 (ROJ 2005, 819). Vid., PINTO ANDRADE, C.: *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Bosch Barcelona, núm. 138, 2013, p. 9 cuando estudia los acuerdos dañosos para los hijos menores y resalta que "... la homologación judicial del Convenio Regulador no debe limitarse a una revisión formal, sino que requiere una investigación y valoración integral sobre las circunstancias reales que presenta la familia. En cualquiera de las hipótesis, el "perjuicio o daño a los hijos menores" observado por el Juez no ha de ser abstracto sino concreto y particular", y siendo el principio favor filii la guía para "... distinguir en cada caso,



Conocido el concepto y la regulación relacionada con el plan de parentalidad, hay que valorar lo que los Derechos forales y la jurisprudencia establecen en relación a su contenido.

## 2. Contenido.

Para determinar el contenido mínimo que todo plan debe contener se puede tomar en consideración lo propuesto en el art. 233-9 CCat, cuando considera que el plan de parentalidad debe constar de los siguientes aspectos:

a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Debe incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento,

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo debe repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los periodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en periodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos".

La doctrina del Tribunal Supremo mantenida en STS 26 octubre 2016, STS 5 diciembre 2016 y reiterada en STS 9 mayo 2017, ha determinado que la obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio "... ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que

---

la idoneidad o inidoneidad de los pactos establecidos dentro del Convenio Regulator" y pp. 61-63 cuando se analiza la impugnación del convenio regulador ante perjuicios a menores.

integre los distintos criterios y la ventajas que va a tener para el hijo en relación a la vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores<sup>21</sup>.

Es importante no poner límites al contenido del plan, aunque es cierto que existen diferentes guías y modelos relacionados con lo que deben contener los planes de parentalidad<sup>22</sup>. Cada familia debe establecer el plan más adecuado para regular las relaciones paternofiliales y no debe simplemente cumplimentar un modelo estándar. Serán los progenitores, los que conociendo a sus hijos y en ejercicio de su autonomía privada, tienen que concretar el contenido de dicho plan<sup>23</sup>.

Los planes pueden prever "... la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos"<sup>24</sup> y en realidad estos pactos se suelen modificar o extinguir "... por mutuo acuerdo, cuando cambien las circunstancias, por incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones establecidas en ellos, entre otras razones"<sup>25</sup>.

En el plan contradictorio estamos estableciendo una verdadera propuesta de la custodia compartida, evitando cualquier tipo de inseguridad o desprotección del menor en lo que atañe a su cuidado y escolarización, ya que estarán precisados todos los posibles aspectos que le puedan afectar.

¿Y si la relación de los padres es conflictiva tras la crisis matrimonial y no permite que lleguen a elaborar conjuntamente un plan de parentalidad? Debemos

- 21 STS 26 octubre 2016 (ROJ 2016, 638), STS 5 diciembre 2016 (ROJ 2016, 722) y reiterada en STS 9 mayo 2017 (ROJ 2017, 1786). A la obligación o necesidad de presentar un plan contradictorio se le confiere tanta importancia que según la STS 3 marzo 2016 (ROJ 2016, 801) la ausencia de dicho plan llevaría a no acordar la guarda conjunta, ya que se colocaría al menor "en una situación de verdadera incertidumbre sobre su cuidado y escolarización".
- 22 Vid., a modo de ejemplo de una guía, PRIETO, T.: "Guía para elaborar una propuesta de Plan de Parentalidad", <https://www.amediar.info/guia-para-elaborar-una-propuesta-de-plan-de-parentalidad/>, (fecha de consulta: 08/04/2019). El departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña ha elaborado una guía orientativa, que puede consultarse en su portal electrónico.  
Vid., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 505.
- 23 Son los propios progenitores los que deben determinar el contenido del plan y en este sentido destacar resoluciones recientes de los Tribunales de las Audiencias Provinciales de Cataluña donde se pone de manifiesto la importancia de la voluntad de los padres manifestada en el plan. Así la Sentencia de AP de Tarragona, 20 abril 2017 (ROJ 2017, 422) que en relación a la delegación del cuidado de los menores del padre en los abuelos, el Tribunal señala que es sólo media hora una tarde hasta que él llega y está recogido en el plan de parentalidad aprobado judicialmente o en la sentencia de la AP Barcelona, Sec. 12.ª 8 febrero 2018 (ROJ 2018, 602) donde se falla acordando que por voluntad común de los progenitores se modifica el plan de parentalidad en los relativo a la recogida del colegio del progenitor que no permanezca con el menor esa semana.
- 24 LAUROBA LACASA, E.: "Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4.
- 25 BECERRIL, D.; VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, cit., p. 52.

preocuparnos por ver cómo protegemos a los menores en situaciones de riesgo, garantizándoles su derecho a mantener las relaciones familiares tras la ruptura del matrimonio de sus padres, incluso en situaciones de elevado grado de conflictividad. Para resolver esta pregunta será necesario estudiar la figura del coordinador parental como claro ejemplo de garantía y protección de estos menores.

### III. EL COORDINADOR PARENTAL.

#### I. Concepto y orígenes.

La coordinación de parentalidad es un proceso alternativo de resolución de disputas centrada en los hijos en virtud del cual un profesional de la salud mental, del ámbito jurídico o un trabajador social<sup>26</sup> con formación y experiencia en mediación (el coordinador parental), asiste a los progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos con el consentimiento previo de las partes y/o del juzgado y tomando decisiones en base a los términos o condiciones establecidos en la resolución judicial<sup>27</sup>.

Esta intervención deberá ser ordenada por el juzgado o acordada por los padres separados o divorciados en los que concurra un alto grado de conflicto o litigio con los hijos y por ello, está centrada en los hijos que se encuentran en riesgo, producido por la exposición a los conflictos presentes entre sus padres. Es aquí "... donde no alcanzan otros mecanismos como las terapias familiares, los puntos de encuentros o las intervenciones en seguimiento de los equipos psicosociales o de los servicios sociales, en donde se muestra eficaz la intervención en Coordinación de Parentalidad", según opinión del magistrado Pascual Ortuño<sup>28</sup>.

A partir de los años 80 y especialmente en los años 90 en Estados Unidos, en concreto en los Estados de Colorado y California, se empieza a recurrir a estos profesionales como facilitadores de coparentalidad (Parenting Coordination) para ayudar a encontrar soluciones a las parejas de alto conflicto en procesos de nulidad, separación o divorcio entre los que están siendo afectados sus hijos. Esta figura también se ha implantado en Canadá donde los jueces sólo pueden recomendarla y no imponerla ya que requiere del previo consentimiento de los padres. Argentina será el primer país Iberoamericano en establecer en su ordenamiento al coordinador

26 Vid., AA.VV.: "La coordinación parental, rol del trabajador/a social", *Colegio Oficial de Trabajo social de Madrid*, Julio 2018.

27 Según el apartado dedicado a las generalidades y definiciones de las Directrices para la Coordinación de Parentalidad, desarrolladas por el Grupo de Trabajo sobre Coordinación de Parentalidad de la Association of Families and Conciliation Courts-AFCC, Mayo 2005, disponible en <https://www.afccnet.org>, (fecha de consulta: 25 de marzo de 2019).

28 ORDUÑO MUÑOZ, P.: "La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 263-3 CC Cat.)", *Sepín*, diciembre 2013.

parental denominándolo “mediador terapéutico” al tener como función principal acompañar a los progenitores en el proceso hacia el divorcio emocional, centrándose en el bienestar de los menores<sup>29</sup>.

Será importante conocer si existe o no regulación de esta figura en España, cuáles han sido los planes pilotos que se están llevando a cabo en los diferentes juzgados y cuáles han sido los pronunciamientos judiciales más importantes.

## 2. Regulación, planes piloto y reconocimiento jurisprudencial.

En España observamos una ausencia de regulación positiva de la figura del coordinador parental tanto en nuestro Derecho común como en los Derechos forales. El art. 158.2 CC da cobertura legal desde el ámbito sustantivo del Derecho a la implantación del coordinador parental al establecer que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la potestad de guarda”. Termina el artículo resaltando que “Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”<sup>30</sup>.

Y así mismo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña el art. 12.2 de la Ley 14/2010, de 17 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia<sup>31</sup>, sobre el respeto y el apoyo a las responsabilidades parentales establece que “Los poderes públicos competentes deben proporcionar la protección y la asistencia necesarias a las familias para que puedan asumir plenamente sus responsabilidades”; y la Ley 25/2010, de 29 de julio que aprobó el Código Civil Catalán, anteriormente citada en su art. 233-13 n.º 1. establece “Que la autoridad judicial puede adoptar, por razones fundamentadas, medidas para que las relaciones personales del menor con el progenitor que no ejerce la guarda o con los abuelos, hermanos o demás personas próximas se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional” y en el n.º 2 señala que “Si existe una situación de riesgo social o peligro, puede confiarse la supervisión de la relación a la red de servicios sociales o a un punto de encuentro familiar”<sup>32</sup>.

29 AA.VV.: *Manual de Coordinación de Parentalidad. Abordaje de familias con hijos atrapadas en rupturas conflictivas*, EOS Psicología jurídica, 2018, pp. 10-11 contestando a la pregunta ¿De dónde procede?

30 De nueva redacción por el art. 2.9 de la Ley 26/2015 de 28 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29/07/2015 (Referencia: BOE-A-2015-8470).

31 DOGC núm. 5641, de 02/06/2010, BOE núm. 156, de 28/06/2010 (Referencia: A-2010-20213).

32 La Disposición Adicional séptima del Libro II del CCCat, de acuerdo con la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, dice que la autoridad judicial podrá confiar a la red de servicios sociales el seguimiento de la situación familiar, y si se dispone de un punto de encuentro familiar, se deberá concretar la modalidad de intervención.

También existen normas procesales como el art. 748 a 755 de Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Lec) 1/2000, de 7 de enero<sup>33</sup>, que van otorgando a los jueces un amplio margen de actuación de oficio cuando se trata de tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, o bien para conocer la real situación familiar; que les permitan tomar las decisiones más adecuadas, entre las que se podría incluir la figura del coordinador parental, sobre la base del superior interés del menor que es el que siempre debe prevalecer teniendo en cuenta el caso concreto. Así mismo, el art. 335.I Lec, ante la obsolescencia de los instrumentos procesales ofrecidos para solucionar las controversias que surgen en estos procesos, ha advertido el papel cada vez más relevante de estos profesionales no jurídicos especialistas en la materia o como evaluadores de la situación familiar y asesores del juzgado (art. 90 CC y DA 6 y 7 del Libro II CCCat<sup>34</sup>) o incluso en casos conflictivos como supervisores de las medidas adoptadas judicialmente en el ejercicio de las facultades parentales de los padres en relación con los hijos menores.

Existen varios planes pilotos destinados a la incorporación del coordinador parental. El primero de ellos se logró en mayo de 2013 gracias a la firma del acuerdo de colaboración entre el Juzgado n.º 8 de Sabadell y el equipo de Logos Media para la implementación en ese partido judicial de un proyecto piloto de Coordinación de Parentalidad, contando con la ayuda de la Magistrada Carla Arias. Será en 2014 cuando a través del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña se implantó un programa piloto en Barcelona de 2015 a 2017. Así mismo, en 2016 Castellón desarrolló un programa piloto con la Asociación para la Atención de las Necesidades de Familia y Mayores de la Comunidad Valenciana (ANEFAM) y la Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (ASEMIP). Valencia promoverá un proyecto piloto en 2017 y en 2018 lo están haciendo Alicante y Madrid.

Será la Jurisprudencia la que sienta las bases mínimas relacionadas con el coordinador parental al considerarlo como una medida de auxilio judicial en asuntos donde existe un elevado conflicto interparental que coloca al menor en riesgo<sup>35</sup>. Hay que resaltar la labor de la Sección n.º 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Magistrado Pascual Ortuño. La STSJ de Cataluña 26 febrero 2015, que será considerada referente en esta materia, en su fundamento cuarto aclara el plano jurídico del coordinador parental presentándolo como "... un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de una nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la

33 BOE núm. 7, de 08/01/2000 (Referencia: BOE-A-2000-323).

34 Tener en cuenta el desarrollo reglamentario aprobado por Decreto 357/2011 de 21 de junio, de los servicios técnicos de punto de encuentro. DOGC núm. 5906 de 23 de junio de 2011.

35 Vid. AA.VV.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción psicológica*, vol. 14, núm. 2, diciembre 2017, pp. 157-170.

familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos el coordinador parental puede tomar decisiones vinculantes para la familia. Se organiza bajo los principios de especialidad, neutralidad y confidencialidad salvo la información que deba darse al tribunal”<sup>36</sup>.

Las características que debe tener un coordinador de parentalidad están ligadas al problema que intenta solucionar que no es otro que “... la efectiva implantación de las medidas judiciales que afecten a las relaciones personales entre la familia conflictiva de la manera más consensuada y pacífica posible, en evitación de todo riesgo emocional en los menores que pueda perjudicar su vida presente y condicionar el desarrollo futuro de su personalidad”<sup>37</sup>.

Estos profesionales deberán elaborar un informe cuando el tribunal entienda que los medios probatorios aportados por las partes relativos al régimen de guarda y de relaciones personales no ofrecen suficientes elementos de jurídico, y dicho informe tendrá por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse y fijar las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores.

Como propuesta de *lege ferenda* se considera apropiado la inclusión de la figura del coordinador parental en el ordenamiento jurídico estatal y siempre se deberá efectuar en un procedimiento de ejecución de resolución judicial<sup>38</sup>, siendo la base jurídica el art. 158.2 CC a fin de apartar al menor de todo peligro o de evitarle perjuicios. Así lo propone también la STSJ de Cataluña 26 febrero 2015, antes citada, al disponer que ello se haga, pero sólo “... en los casos de grave conflicto y por tanto, excepcionales pero siempre acomodando su actuación en ejecución de sentencia a lo ordenado por los jueces”.

Conocidos los beneficios del plan de parentalidad y del coordinador parental, así como la necesidad de que nuestro ordenamiento reconozca ambas herramientas,

36 STSJ de Cataluña 26 febrero 2015 (ROJ 2015, 551). El fundamento octavo de esta sentencia considera que el coordinador parental también tendrá que tener habilidades comunicativas y de consenso para llevar a cabo su función al disponer que deberá contar “... con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con los menores, con los miembros de la familia extensa, profesores y con los médicos psiquiatras o psicólogos que atiendan a los padres o a los hijos, (...). Debe intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación paterno - filial) que entienda adecuadas, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partan hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias de los menores con el padre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que éste adopte la oportuna decisión”.

37 Vid., el fundamento quinto de la STSJ de Barcelona, Sala de lo Civil y Penal 26 febrero 2015, ya citada.

38 Vid., COSTA, M. J.: “Aspectos procesales y prácticos de la derivación a coordinación de Parentalidad”, *Familia y Sucesiones*, Sepín, Monográfico de julio 2018, cuando establece que esta expresión no podrá interpretarse de manera rígida que impida que se practique en un procedimiento de carácter declarativo, siempre y cuando exista una resolución judicial previa, que establezca las pautas de parentalidad que deban ser aplicadas.

es apropiado ahora comprobar, sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo de la mediación familiar, las virtudes que ésta puede tener para proteger a los menores que se encuentren con el deseo de estar con ambos progenitores tras la ruptura matrimonial, e incluso determinar cuándo será apropiado acudir a la mediación familiar ante la implantación en la vida real del plan de parentalidad o valorar si el coordinador parental es un verdadero mediador.

#### IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y DERECHO COLABORATIVO ANTE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES.

No podemos olvidar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>39</sup> en nuevo art.2, titulado “interés superior del menor”, nos recuerda en el apartado 1 que el menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado primordial en todas las acciones o decisiones que le conciernen y en el apartado 2 de este artículo enumera los criterios a valorar (como protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo de los menores y la satisfacción de sus necesidades básicas, la consideración de sus deseos, sentimientos etc.). Entre estos criterios, en concreto nos interesa el enunciado en la letra c que dispone que también se deberá valorar “la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor (...)”. Sin perjuicio de que estos criterios se deben ponderar con otros elementos generales como la edad, la madurez, la necesidad de garantizar su igual y no discriminación, entre otros, siempre teniendo en cuenta los principios de necesidad y de proporcionalidad, consideramos que merece una valoración positiva el seguir un sistema de números apertus a la hora de determinar los parámetros del este interés superior del menor para que deje de ser un concepto jurídico indeterminado<sup>40</sup>.

39 La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015. Referencia: BOE-A- 2015-8222) reforma la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Referencia: BOE-A-1996-1069). El art. 2.1 establece “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones públicas y privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

40 Esta misma consideración positiva la tiene MAYOR DEL HOYO, M.V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuterse Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 71-72. La referencia a la desaparición de interés superior del menor como concepto indeterminado, se ve reflejada en la Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, disponible en <http://www.observatoriodelainfancia.es> (fecha de consulta: 25/03/2019), y en concreto, el art. 3, párr. 1 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el interés superior del menor pasa de ser un concepto jurídico indeterminado a abarcar una triple dimensión, es decir, como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento.

Haced primar el interés superior del menor y su protección ante crisis matrimoniales, facilitando lo máximo posible la convivencia familiar, se puede lograr recurriendo a la mediación familiar. Sin perjuicio de las leyes autonómicas existentes en el ámbito de la mediación familiar y como dice el preámbulo apartado III de la Ley 5/2012, de 6 de julio<sup>41</sup> la mediación se basa en la voluntariedad y la libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes, lo que se califica de autocomposición. Es cierto que dentro de su ámbito de aplicación (art. 2.1) se comprenden asuntos civiles y mercantiles, pero puede ser interesante delimitar de manera más amplia los conflictos interfamiliares que se podrían someter a mediación entre los que se deberían incluir los producidos en supuestos de ruptura matrimonial (nulidad, separación o divorcio)<sup>42</sup>.

Nuestro Código civil, modificando el art. 91 CC<sup>43</sup>, debería reconocer la posibilidad de que los progenitores recurran a la mediación familiar para resolver las discrepancias en cualquier fase del procedimiento matrimonial<sup>44</sup> y en cualquier instancia para intentar llegar a un acuerdo (como hace el art. 233-6 CCCat.) e incluso para resolver las diferencias derivadas de la aplicación a su vida real del plan de parentalidad o para modificar su contenido y amoldarlo así a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de sus hijos, como lo hace el art. 233-9.3 CCCat.

Si la mediación familiar podría ser beneficiosa para resolver las discrepancias entre los progenitores a la hora de implementar el plan de parentalidad, debemos comprobar ahora la relación entre la coordinación de parentalidad y la mediación familiar. Recordad que hemos acudido a la figura del coordinador parental cuando el conflicto entre los padres era elevado y hemos comprobado que éste era un

41 BOE, núm., 162, de 7 de julio de 2012 (Referencia: BOE-A-2012-9112). Vid., SOLETO MUÑOZ, H.: *El abogado colaborativo*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 73 cuando estudia la situación legislativa en España anterior a 2012 y en concreto, a la legislación autonómica.

42 En este mismo sentido, el Anteproyecto de 2014 de ejercicio de la corresponsabilidad parental también propone en su art. 5.1 incluir un art. 2 bis en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en relación con ámbito de aplicación que en su apartado 2 en relación a los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley destaca " a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante la tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas".

43 El Anteproyecto de Ley antes citado de ejercicio de la corresponsabilidad familiar en su art. 2 propone incluir un tercer apartado al art. 91. CC que dispondría "A los efectos de presente artículo, los padres podrán someter voluntariamente sus discrepancias a mediación familiar con vistas a lograr un acuerdo, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales o en cualquier momento con posterioridad. Asimismo, el Juez podrá igualmente proponer una solución de mediación en caso de presentación de demanda judicial si atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el convenio regulador".

44 La STSJ de Cataluña de 28 julio 2016 (ROJ 2016, 6067) en relación a la terapia familiar (lo que podríamos hacer extensible a la mediación familiar) vino a indicar que ningún precepto legal permite compeler (salvos supuestos excepcionales) a una persona a recibir, sin su consentimiento tratamientos terapéuticos de carácter familiar. Esto mismo se podría extender a someter a las partes obligatoriamente a la mediación familiar.



verdadero auxiliador judicial o experto pericial. Discutimos ahora si el coordinador puede llegar a ser calificado de un verdadero mediador y para ello, hay que valorar el origen de esta figura y sus principales funciones.

La gran diferencia entre la mediación familiar y el coordinador parental se puede encontrar en la voluntariedad de la primera y en la potestad del juez para obligar a los progenitores a someterse a la coordinación parental<sup>45</sup>. La clave de la mediación es la voluntariedad, lo que no existe al implementarse el coordinador parental. Por lo tanto, la mediación familiar es incompatible en su origen con este auxiliador judicial que sólo surge ante graves conflictos familiares y donde la capacidad de dialogo entre las partes no está asegurada. Puede que éste sea un simple problema de denominación porque el coordinador parental tiene, entre sus funciones, la de mediar por el interés familiar y garantizar la protección de los menores en situaciones de elevada conflictividad familiar; ayudándoles incluso en la elaboración de un plan de parentalidad.

A todo ello, debemos sumar la aparición del llamado "Derecho Colaborativo" en donde el abogado colaborativo o cooperativo tiene tres grandes áreas de actividad en relación a la mediación: en primer lugar evaluar la adecuación del procedimiento de mediación tendiendo como protagonistas en este caso a los progenitores, con el correspondiente diseño y determinación de la forma de desarrollar la mediación; en segundo lugar asesorar al cliente (los progenitores) y por último determinar las actividades para dotar de eficacia el acuerdo adoptado sin olvidar la protección del menor o menores afectados por la ruptura matrimonial<sup>46</sup>.

## V. CONCLUSIONES.

Los menores están viéndose afectados por la nulidad, separación y divorcio de sus padres. Hay que buscar soluciones basadas en la igualdad e inmediatez en todos los procesos para evitarles perjuicios innecesarios por la rigidez de aquellos, garantizándoles cierta normalidad familiar y total protección.

Las herramientas jurídicas, como el plan de parentalidad y el coordinador parental, pueden ser la solución para garantizar la estabilidad de las relaciones familiares, incluso después de las rupturas matrimoniales. Si el grado de conflictividad de los progenitores lo permite al ser poco elevado, éstos deberían elaborar conjuntamente un plan contradictorio, complementario al convenio regulador; que de manera precisa determine la relación que a partir de ahora tendrán con sus hijos. No se

45 Vid., AA.VV.: *Manual de coordinación de parentalidad*, cit., p. 18 cuando trata de responder a la pregunta ¿Por qué puede una resolución judicial obligar a someterse a una coordinación de parentalidad y no a una mediación o una terapia?

46 Vid., SOLETO MUÑOZ, H.: *El abogado colaborativo*, cit., pp. 127 y ss. en torno a las tres actividades del abogado colaborativo ante la mediación.

debe simplemente cumplimentar un modelo de plan ni se puede poner límites al contenido de este plan porque ello equivaldría a encorsetarlo. El plan debe ser distinto en su contenido para cada caso concreto y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor que ha dejado de ser un concepto indeterminado. No hay que olvidar que cualquier discrepancia entre los padres relacionada con el cumplimiento del plan contradictorio podrá ser resuelta a través de la mediación familiar.

Sin embargo, si el grado de conflictividad de los padres es elevado el Juez podrá adoptar como medida la incorporación del coordinador parental para que medie entre los progenitores y los menores e incluso para ayudarles a elaborar un plan de parentalidad. Esta figura, que puede ser asumida por el abogado colaborativo, por un trabajador social o psicólogo, formado en negociación y mediación, será clave para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del menor y por ende, su protección.

Aun cuando muchos de los Derechos forales ya regulan el plan contradictorio y existen varios planes pilotos a nivel judicial de implantación del coordinador parental, la legislación común no reconoce de manera explícita ninguna de estas dos figuras, a pesar de que también nuestra jurisprudencia recomienda en múltiples sentencias los beneficios de ambas. Vuelve a ser cierto que el Derecho y en este caso, nuestro Código civil, no se adapta a la realidad. Se propone incluir el plan de parentalidad o bien como complemento del convenio regulador o como parte de su contenido, como ya propone el Anteproyecto de 14 de abril de 2014 del ejercicio de la corresponsabilidad parental. Así mismo, la figura del coordinador parental tiene cabida en el art. 158.2 CC a fin de apartar al menor de todo peligro o de evitarle perjuicios.

Si hay que mantener o reconstruir las relaciones familiares tras la ruptura para que no se vean rotos los vínculos familiares, la mediación familiar puede ser una buena herramienta que ayude ante las discrepancias de los progenitores, en cualquier fase del procedimiento matrimonial. Ante las dificultades que puedan surgir con la implantación real del plan de parentalidad, si la relación de los progenitores lo permite, se puede acudir también a la mediación familiar. Será el coordinador parental el que medie, como auxiliador judicial, para la resolución de conflictos más graves y siempre en interés del menor. Es hora de que se de valor a la mediación familiar en el Código civil, redactando un nuevo art. 91 CC, como ya lo hace el Código Civil de Cataluña. También se podría concretar el ámbito de aplicación de la Ley de Mediación familiar, incluyendo entre los conflictos interfamiliares los derivados de una nulidad, separación y divorcio. A todo ello puede ayudar el abogado colaborativo que, manejando adecuadamente la negociación, sepa trabajar con la mediación y resolver así los conflictos familiares, protegiendo los intereses de sus clientes y priorizando los de los menores implicados.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La coordinación de parentalidad: Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.

AA.VV.: "Intervenciones con familias tras la ruptura de pareja con enfoque de Justicia Terapéutica: Programas de apoyo y coordinación de parentalidad", en MARCHIORI, H. (dir.): *Victimología*, vol. 20, *Violencia familiar: Protección víctimas niños*, Encuentro Grupo Editor, Argentina, 2017.

AA.VV.: "El coordinador de parentalidad: un análisis de las resoluciones judiciales en España", *Acción psicológica*, vol. 14, núm. 2, diciembre 2017.

AA.VV.: *Manual de Coordinación de Parentalidad. Abordaje de familias con hijos atrapadas en rupturas conflictivas*, EOS Psicología jurídica, 2018.

AA.VV.: "La coordinación parental, rol del trabajador/a social", *Colegio Oficial de Trabajo social de Madrid*, Julio 2018.

BECERRIL, D. y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid, 2017.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012.

COSTA, M. J.: "Aspectos procesales y prácticos de la derivación a coordinación de Parentalidad", *Familia y Sucesiones*, Sepin, Monográfico de julio-2018.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, (t. I) *Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C. y SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

LAUROBA LACASA, E.: "Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil Cataluñá", *Revista Jurídica de Cataluñá*, núm. 4.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

ORDUÑO MUÑOZ, P.: "La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 263-3 CC Cat.)", Sepin, diciembre 2013.

PINTO ANDRADE, C.: *El convenio regulador y su aplicación práctica*, Bosch Barcelona, núm. 138, 2013.

PRIETO, T.: "Guía para elaborar una propuesta de Plan de Parentalidad", <https://www.amediar.info/guia-para-elaborar-una-propuesta-de-plan-de-parentalidad/>, (fecha de consulta: 08/04/2019).

SOLETO MUÑOZ, H.: *El abogado colaborativo*, Tecnos, Madrid, 2017.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: "El convenio regulador y su aprobación judicial", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 8, 3, Época, noviembre 1997.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.



UNIFICANDO CRITERIOS PARA LA  
RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES ERRÓNEAS  
RESPECTO DE TERCEROS

*UNIFYING CRITERIA FOR LIABILITY REGARDING  
MISINFORMATION BY THIRD PARTIES*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 134-167*



Álex  
ZÚÑIGA TEJOS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende reconocer lineamientos comunes entre los distintos sistemas jurídicos en cuanto a la responsabilidad civil por informaciones erróneas respecto de terceros. En este sentido, se revisan legislaciones europeas y americanas, en conjunto con instrumentos de soft law, con el objeto de establecer el estándar de conducta exigible a los emisores. Con posterioridad, se analiza cuál sería el fundamento de política jurídica para sustentar dicha posición, concluyendo con algunas consideraciones referentes a los consejos o expresiones formuladas con ligereza.

**PALABRAS CLAVE:** Culpa grave; eficiencia; daño patrimonial puro; información errónea.

**ABSTRACT:** *The present work tries to recognize common lineaments between the different legal systems regarding the civil liability for misinformation respect to third parties. In this sense, European and American laws are reviewed, together with soft law instruments, in order to establish the standard of conduct required of issuers. Subsequently, we analyze what would be the foundation of legal policy to support this position, concluding with some considerations referring to the advice or expressions formulated with lightness.*

**KEY WORDS:** *Gross negligence; efficiency; pure economic loss; misinformation.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFORMACIÓN ERRÓNEA RESPECTO DE TERCEROS.- 1. Los conflictos entre intereses y adopción de posiciones.- 2. Del tipo de daño que se configuraría: daño patrimonial puro.- 3. La culpa grave como estándar para atribuir responsabilidad.- III. LA EFICIENCIA COMO VALOR O FUNDAMENTO DE POLÍTICA JURÍDICA PARA JUSTIFICAR ESTA SOLUCIÓN.- 1. Aproximación a la eficiencia como criterio de política jurídica.- 2. Una revisión de la eficiencia en los sistemas jurídicos.- 3. La eficiencia como valor para fijar el estándar.- IV. UNA MIRADA AL CONSEJO (O EXPRESIONES FORMULADAS CON LIGEREZA).- 1. Breve noticia de esta hipótesis.- 2. Articulación de la culpa grave con el consejo.- V. ALGUNAS CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

En lo referente a los *derechos* o *intereses* que un ordenamiento jurídico tutela, lo que hoy en día -en lenguaje comúnmente aceptado- recibe el nombre de “intereses jurídicamente protegidos”<sup>1</sup>, hay algunos que tienen una mayor protección universal, como son la vida, la integridad personal y la propiedad, pues son los más “obvios”<sup>2</sup>, mientras que otros no tienen tal entidad, como ocurre con los *daños puramente económicos* o *de relaciones contractuales*<sup>3</sup>. Por lo tanto, no todos los intereses están protegidos en un plano de igualdad, sino que su tutela será más amplia cuanto mayor sea su valor; la precisión de su definición y su obviedad<sup>4</sup>.

El cuándo y cómo la Responsabilidad Civil reaccionará frente a la afectación indebida de estos valores, dependerá si el “sistema” –llámese ordenamiento jurídico nacional, instrumento de *soft law*, etc.- haya establecido, o no, una forma de enfrentarlo. El tratamiento en los ordenamientos jurídicos occidentales es disímil, pues si bien

1 VON BAR, C., CLIVE, E., SHULTE-NÖLKE, H., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J, STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZLANO, A., ZOLL, F.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común De Referencia (DCFR)*, (Coord. por C. Jerez Delgado), Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2015, p. 314; y EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (Coord. por M. MARTIN-CASALS): *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 63-64 y ZIMMERMANN, R.: *Law of obligations*, Oxford University Press, Oxford (Great Britain) 1996, pp. 1036 y 1040.

2 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 65.

3 *Ibid.*, p. 66.

4 Así, el Art. 2:102 (I) de los PETL. Con un “sistema” distinto, pero apuntando a la existencia de derechos más protegidos que otros, el DCFR en los Arts. VI.- 2:101 al VI.- 2:111.

### • Alex Zúñiga Tejos

Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster © oficial en Derecho de Daños, Universitat de Girona, España. Postítulo en Tendencias modernas de Responsabilidad Civil, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Profesor de Derecho Civil y Coordinador del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Andrés Bello. Facultad de Derecho. Bellavista 0121, Providencia, Santiago de Chile. Chile. Coautor y editor del libro “Estudios de Derecho Privado”, publicado por la Editorial Jurídica de Chile el año 2011. Además, trabajó en la actualización de la octava edición del libro “Derecho Sucesorio” de Don Manuel Somarriva U, publicado en enero del 2012 por la Editorial Jurídica de Chile y en la sexta edición del Tratado de “Las Obligaciones” de René Abeliuk M., publicado por la Editorial Thomson Reuters Legal Publishing el año 2014. Correo electrónico: alexzuniga@unab.cl alexzunigatejos@gmail.com



algunos establecen cuándo se activará el Derecho, como ocurre en el alemán que será cuando se pruebe que se ha infringido alguno de los derechos contenidos en el §823<sup>5</sup>, o en el derecho inglés, si se ha vulnerado un deber de cuidado (*duty of care*) fijado por el Derecho<sup>6</sup>; en otros, como el francés y los que siguieron su modelo con la técnica de cláusula general de responsabilidad<sup>7</sup>, “todo daño” deberá ser reparado, dejando más abierta la posibilidad del debate y extensión.

En este orden de ideas, un tema aún más complejo tiene lugar cuando entran en colisión los intereses protegidos. La manera de abordarlo dependerá de la fórmula que tenga el respectivo sistema para solucionar dicha pugna. En lo referente a los ordenamientos jurídicos, éstos no contienen normas explícitas que permitan solucionar abiertamente dichos conflictos, por lo que se debe recurrir a “fundamentos” o “valores” interpretativos (entendidos como fines a los que tiende la ciencia jurídica y la legislación en un sector)<sup>8</sup>; mientras que de los instrumentos de *soft law*, algunos como los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil” (en adelante los “PETL”) dan una solución más recta, al establecer un orden y extensión de protección (Art. 2:102), así como *factores relevantes* para determinar su amparo, entre los que encontramos: el valor del interés, la precisión de su definición, su obviedad, la naturaleza de la responsabilidad (dolosa o culpable), el interés del agente en su libertad de acción y ejercicio de sus derechos y en el interés público<sup>9</sup>. En la búsqueda de similares idearios, el “Marco Común de Referencias” (en adelante “DCFR”) en su parte introductoria, intitulada “Principios” y en los Arts.VI.- 2:101 al VI.- 2:111 presenta características afines<sup>10</sup>.

De esta manera, la solución a los conflictos entre intereses jurídicamente protegidos puede ser esencialmente de dos tipos:

a) aquellos en que se produce una colisión tal, en que optar por un “interés” implique anular al otro. En estos casos, el Derecho –cuando hay razones de justicia– busca los equilibrios a través de otros mecanismos, como otorgar acciones de “enriquecimiento sin causa” y no por la vía de responsabilidad (o solo parcialmente)<sup>11</sup>, como ocurre con el “estado de necesidad” (para que no sea el afectado quien

5 VAN DAM, C.: *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 168.

6 BUCKLAND, W. y MCNAIR, A.: *Derecho romano y «Common Law»*, (trad. I. Cremades Ugarte), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 317.

7 CHABAS, F.: *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van dier éditeur, Paris, 2004, p. 20.

8 En la literatura inglesa hablan de “filosofía”, “fundamentos” o “presupuestos”, mientras que en el derecho continental se habla de “valores” o “política jurídica”. ALPA, G.: *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Legales ediciones, Lima, 2016, pp. 175-177.

9 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 67.

10 Explicando sus diferencias de “técnica”, MARTÍN-CASALS, M.: “La ‘modernización’ del derecho de la responsabilidad extracontractual”, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pp. 42-43.

11 ZIMMERMANN, R.: “Enriquecimiento sin causa: la moderna orientación de los ordenamientos jurídicos occidentales” en *Derecho de Obligaciones*, Legales Ediciones, Lima, 2012, pp. 254-256.

soporte el provecho obtenido por otro), o simplemente, da prioridad a uno de los intereses sobre otro, por cuanto la víctima no tiene por qué aceptar injerencias cuando no concurre una razón suficiente, como es en la legítima defensa<sup>12</sup>; y,

b) aquellos en que los intereses jurídicos deben coexistir, por lo que se establecen los límites de actuación de cada uno de ellos, dando lugar en gran medida a la “función de demarcación” de la responsabilidad civil, como manifestación del problema fundamental del *derecho de daños* que consiste en la relación de tensión entre la protección de bienes jurídicos y la libertad de acción<sup>13</sup>.

Esta última manera de resolver es la que nos interesa, pues hay derechos que tienen una protección mayor (vida, integridad personal, libertad y dignidad), pero que habitualmente pueden entrar en colisión con otros derechos que en un Estado Democrático también son altamente relevantes, como sucede con la libertad de expresión y de información<sup>14</sup>, la libre competencia<sup>15</sup> y la libertad de emprendimiento<sup>16</sup>, por lo que la preferencia por unos u otros no está solucionado normativamente. Así lo expresa el DCFR en el apartado de los “Principios”, que considera que un atributo característico de ellos es que entren en conflicto entre sí, concluyendo que no puedan aplicarse de forma rígida ni monolítica, y que además muchas veces se superponen en para abordar un mismo problema<sup>17</sup>. Algo similar ponen de manifiesto los instrumentos de *soft law* como los PETL que si bien establecen un orden de prelación de intereses, implementando factores que articulan dichos intereses, muchas veces el peso total de factores hará que derechos superiores no tengan protección frente a otros de nivel inferior; v.g. cuando un daño a la salud sería muy leve, mientras que el daño en la propiedad sería muy alto si tuviera que respetar la integridad física<sup>18</sup>.

12 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 67.

13 FLEMING, J.: *The Law of torts*, Thomson Reuters, Sydney, 2011, p. 8. De igual forma, DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T. V, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 22-23, reconociendo que es una expresión proveniente del derecho alemán.

14 Por todos, SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado de las ideas* (Director: P. Salvador Coderch), Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 26.

15 VAN DAM, C.: *European Tort*, cit., p. 254.

16 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: “Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe”, en *Cuadernos de extensión jurídica (U de los Andes)*, N°6, Andros Impresores, Santiago, 2002, p. 39.

17 VON BAR, C. et al.: *Los principios*, cit., p. 30.

18 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., pp. 67-68. Poniendo de manifiesto la dificultad de articular estos intereses en el hecho propio, V. BARRIA DÍAZ, R.: “La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho europeo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, núm. 2, Talca, 2014, pp. 275–306.

## II. RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFORMACIÓN ERRÓNEA RESPECTO DE TERCEROS.

En este orden de ideas, la “libertad de expresión y de información”, además del valor cognoscitivo, permite el desarrollo de la personalidad de quien la emite, y el respeto de ambas sería una consecuencia de nuestra propia creencia en la dignidad individual<sup>19</sup>. Asimismo, es representativa de la faz positiva de la libertad humana<sup>20</sup> y es uno de los pilares de un Estado Democrático que trae beneficios económicos, pues las ideas son bienes útiles si se producen en cantidades enormes en un mercado competitivo<sup>21</sup>. Como contrapartida puede colisionar en varias ocasiones con el “derecho al honor y a la intimidad”, que tiene contornos poco claros<sup>22</sup>, o con información que puede resultar errónea (provocando *daños puramente patrimoniales* a terceros).

En el contexto de los análisis previos, esto es, relacionado con la libertad de “expresión e información” y del bienestar social que conlleva que fluya la información<sup>23</sup> es razonable sostener que, por regla general, no dé lugar a responsabilidad los posibles perjuicios que pudiera ocasionar proporcionar información errónea<sup>24</sup>. Esto está doblemente justificado si, además, concluimos que mayoritariamente no fluye información “pura”, sino que va acompañado de juicios de valor, que *per se* no son ni veraces ni falsos<sup>25</sup>. A mayor abundamiento, si concluimos que incluso cuando se está en una etapa precontractual (donde todavía no hay contrato) sólo se responderá por conductas constitutivas de “dolo” o “culpa grave”<sup>26</sup>, más fuerza toma para aquellos casos en que ni siquiera está en miras un posible contrato que proyecte beneficios recíprocos<sup>27</sup>. Advertimos, por consiguiente, que las líneas

19 SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado*, cit., pp. 28-29.

20 FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 313.

21 POSNER, R.: *El análisis económico del Derecho*, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 2013, p. 1041.

22 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 68.

23 SHAVELL, S.: *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 153.

24 Comentario al DCFR, VI. - 2:207 letra a) del DCFR, “Planteamiento general”.

25 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas Thomson Reuters. Pamplona, 2011, pp. 315-317, diciendo que el estatuto será dependiendo qué es lo que predomine entre información u opinión.

26 Esto es dolo malo y también si el vendedor ha afirmado o asegurado, creyendo que es así, sin intención de engañar, algo que no le consta. De esta forma, sería una responsabilidad que surge de las propias afirmaciones. En estos términos, MORALES MORENO, A.: “Tres modelos de vinculación del vendedor con las cualidades de la cosa”, *ADC*, tomo LXV, Madrid, 2012, p. 11. De manera similar, BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 983. Por otra parte, en una materia tan disímil como es el Derecho de Familia, se ha explorado –con fuerte discusión– que en ciertas instituciones procederían sumas de dinero si interviene el “factor” de la mala fe. V. RIVERA RESTREPO, J. y BARCIA LEHMANN, R.: “¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?”, *Revista Ius et Praxis*, Año 21, núm. 2, Talca, 2015, pp. 19–60 y LEPIN MOLINA, C.: *Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: la compensación económica*, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, disponible en [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/de-lepin\\_c.pdf?sequence=3](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/de-lepin_c.pdf?sequence=3), fecha de consulta 15 de enero del 2019.

27 Que generalmente es lo que justifica una transmisión de información entre partes asimétricas. V. ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil, Parte II*, Vol. 2, Editorial Bosch, Barcelona, p. 618.

que siguen son por *consejos* o *informaciones erróneas* en el ámbito extracontractual, porque de mediar contrato, se regirá por las reglas del mismo<sup>28</sup>.

### I. Los conflictos entre intereses y adopción de posiciones.

Si tomamos como punto de partida que la información en una sociedad moderna es un activo o *bien*, deberíamos admitir, entonces, que el Derecho tendría que asentar los flujos de información, pues estos mejorarían la competitividad, el consumo y, en definitiva, el ejercicio de las libertades<sup>29</sup>. Por lo tanto, la dificultad se presentará en buscar un justo equilibrio entre admitir que fluya la información, por una parte, e imponer responsabilidad cuando se cause daño en virtud de ella, por otro. El problema tiene más complejidad cuando es un tercero quien acciona de responsabilidad, toda vez que por la información que obtiene de otro con respecto del cual no ha estado en tratativas preliminares, pretendería después que se le reparen los perjuicios que ha sufrido por la información errada que ha recibido. Este problema está más íntimamente relacionado con aquellos que deben dar información por su profesión u oficio, como los abogados que informan del estado de una empresa o de un inmueble; o de auditores de sociedades, por la dolosa o negligente información que dan en los informes respectivos, etc<sup>30</sup>.

Por ello, en primer lugar, la responsabilidad extracontractual derivada por consejos e informaciones admitiría una subdistinción entre (i) aquella que se causaría sin que exista un contrato u obligación legal, y (ii) la que se provoca del cumplimiento de una obligación legal o contractual, en que un tercero del que no fue parte se ve perjudicado<sup>31</sup>. Respecto al primero de estos tópicos nos referiremos como otro supuesto (el mero consejo) (capítulo tercero), por lo que nos avocaremos primeramente a la información que se da en el cumplimiento de un contrato u obligación legal.

28 ENNECERUS, L.: *Tratado de*, Parte II, Vol. 2, cit., p. 618.

29 Un espléndido análisis de los diversos ámbitos de la información, y aplicándola a la propiedad sobre ella, V. SHAVELL, S.: *Fundamentos del*, cit., pp. 151-166.

30 Estudios que han sido elaborados para enfrentar los asuntos vinculados con los auditores, entre otros, sin ánimo de acuciosidad, PANTALEÓN PRIETO, A.: *La responsabilidad civil de los auditores*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 67-141; OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Aranzadi, Pamplona, 2013 pp. 223-268; GRIMALDOS GARCÍA, M.: *Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 377-384; DEL OLMO, P.: "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *ADC*, Vol. 54, núm. 1, Madrid, 2001, pp. 310-320; GARRETA SUCH, J.: *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 176-192; RIBOT IGUALADA, J.: *La responsabilidad extracontractual de los auditores en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro*, Aranzadi Civil, Madrid, pp. 2297-2327; DE ÁNGEL YAGUEZ, R.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de octubre de 2008" en *Comentarios a las sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2°, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 247-289; y BUSTO LAGO, J.: "Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de terceros de confianza", *AFDUC*, núm. 18, 2014, pp. 31-64.

31 Esta distinción puede apreciarse en DEL OLMO, P.: "Responsabilidad por", cit. pp. 260-261.

Las tesis tradicionales han oscilado entre cerrar la puerta a la reparación de los daños causados a terceros que no eran los destinatarios de ellos<sup>32</sup> hasta los más benevolentes, que sustentándolo en principios como el de “protección a la parte más débil” dan lugar a su resarcimiento a cualquier tercero que acredite la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad extracontractual<sup>33</sup>. Por nuestra parte, los planteamientos los haremos desde los siguientes pivotes: *primero*, intentaremos dar un cuadro panorámico del problema, viendo cómo los sistemas concuerdan en ciertos criterios comunes que se pueden extraer (y no amarrándonos con las redacciones legales existentes de cada país); y *segundo*, intentaremos hacer precisiones que permitirán idear soluciones más cercanas a la “veracidad” que se espera de ellas.

De esta manera, tenemos que asentar como punto de partida que los informes que son fruto de una obligación contractual (como la que realiza el abogado sobre el estado de una empresa o de un terreno) o legales (como los auditores de cuentas en la mayoría de los países occidentales)<sup>34</sup> *generalmente* podrán llegar a manos de terceros de forma legítima, y que inicialmente no eran sus destinatarios contractuales o legales. Por consiguiente, esta es una primera idea que permitiría ser proclives a que otras personas (terceros) que no eran inicialmente los destinatarios de dichas memorias pudieran acceder a dicha información (y eventualmente buscar su responsabilidad). Se debe reconocer que aquí están en juego y pueden plantearse pugnas entre el “efecto relativo de los contratos”, “el fin de protección de la norma”, el “incentivo por el flujo de la información”, la “reparación integral de los daños” e incluso el “principio de protección a la fe (pública)”. Si se toma como valores preponderantes un apego irrestricto a la relatividad contractual<sup>35</sup> y al “fin de protección de la norma”, el acceso a esa información no podría ser un sustento suficiente para dar lugar a responsabilidad civil por los perjuicios sufridos por terceros<sup>36</sup>. Por el contrario, si se adopta una posición partidaria a la “reparación integral de los daños”, especialmente en los sistemas de responsabilidad extracontractual que son de cláusula general (“todo daño debe ser reparado”)<sup>37</sup> y por las ventajas económicas-sociales que permite el “flujo de información”<sup>38</sup>, la balanza se inclinaría en favor de la reparación de estos perjuicios, cuando se acreditaran los requisitos de la responsabilidad civil (daño-causalidad-factor de imputación subjetivo)<sup>39</sup>.

32 Esta posición la encabezaría PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 79-80.

33 OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 236-237.

34 Así, en España la ley N° 22/2015, del 20 de julio; la ley 18.046 de Sociedades Anónimas en Chile.

35 Una explicación puede verse en LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 341 ss. y DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de*, cit., pp. 522-526.

36 En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 111-120.

37 Así se observa en los Códigos Civiles latinos, como el francés (Art. 1382), español (Art. 1902) y chileno (Art. 2314 y 2329).

38 SHAVELL, S.: *Fundamentos de*, cit., pp. 152-155.

39 Este habría sido el fundamento de la STS 9 octubre 2008 [R] 2008, 6042], en que distinguía, para dar lugar a acciones contra los auditores, si se acreditaba, o no, que habían invertido basándose en esos informes.

Creemos que realizando los matices que más adelante veremos y que servirán de límite para evitar una extensión en demasía, *hay que favorecer la idea de que terceros puedan acceder legítimamente a esa información* y que, eventualmente, pueda perseguir una responsabilidad civil, por las siguientes razones:

1. Porque el denominado “efecto relativo de los negocios jurídicos” hay que ponderarlo con el principio que lo atenúa: el “efecto absoluto de los contratos”, que consiste en reconocer que los contratos constituye un “hecho” que se inserta en la realidad jurídica y que como tal es oponible a los terceros, quienes no pueden ignorarle y le deben respeto, pudiendo éstos beneficiarse, en algunos casos, y, en otros, verse perjudicados o desfavorecidos<sup>40</sup>. Estos hechos dan lugar a informes que se incorporan en el mundo jurídico, que conforme al contexto en que son emitidos –por expertos– adicionan una *legítima expectativa* a los que pueden acceder a ellos, pues si un contrato es capaz de generarla<sup>41</sup> con mayor razón las memorias emitidas por un profesional.

2. Porque en una comunidad global de información y atendiendo a los beneficios que reporta para la sociedad el flujo que se haga de la misma una vez que ésta ya ha sido creada<sup>42</sup>, permite sostener que debe favorecerse su circulación, aunque no sea el *destinatario natural* quien la utiliza, pues la libre circulación de los “bienes” genera progreso social<sup>43</sup>.

3. Por el “principio de confianza”, que reconoce que si bien sabemos que todos cometemos errores, por lo general podemos confiar que la conducta ajena será la correcta<sup>44</sup>. Una de las mejores válvulas para moderar la tensión en comento es recurriendo a este criterio, toda vez que las medidas de precaución propias serán en consideración a que los demás también adopten las suyas, por lo que la confianza se sustenta en que una situación preexistente ha sido preparada correctamente por quien le correspondía<sup>45</sup>. Así las cosas, quien accede legítimamente a estos informes tiene una justa confianza en que hayan sido correctamente realizados.

---

Con ello, cumpliéndose los requisitos generales de la responsabilidad civil, dio lugar a las acciones incoadas. Algo parecido habría ocurrido en la jurisprudencia francesa, en Cass. Com. 17.10.1984 (JCP 1985 II 20458), por lo que bastaría acreditar la concurrencia de los requisitos de responsabilidad civil. BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 1032.

40 VIDAL OLIVARES, Á.: “El efecto absoluto de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, 2006, p. 52.

41 En la parte introductoria del DCFR, se deja expresamente señalado cómo un contrato sí genera respeto y confianza de los terceros, y que son amparables en las disposiciones de responsabilidad extracontractual. V. VON BAR, C. et al.: *Los principios*, cit., pp. 29-65.

42 SHAVELL, S.: *Fundamentos de*, cit., pp. 153-155.

43 DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil. Parte Preliminar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 24-28.

44 SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A.: “Causalidad y responsabilidad”, *Indret, Working Paper n° 329*, Barcelona, 2006, pp. 14-15.

45 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de*, cit., T. V, p. 369.

4. Porque si bien el “fin de protección de la norma” es aplicable en cualquier sistema jurídico (ya sea de enumeración de intereses protegidos o de cláusula general) es más difícil limitarlo en estos últimos, y, además, sería doblemente contrario a nuestros fines, pues nos obligaría a entrar en un análisis exegético de cada legislación, en vez de extraer criterios razonables que fueren aplicables a la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto –como contrapeso- que es plausible tolerar un mayor grado de negligencia ajena en estas circunstancias, toda vez que esta información –en la inmensa mayoría de los casos- no ha sido costosa para él (que accede como tercero), puesto que no despliega una especial diligencia ni destina recursos para ello<sup>46</sup>, lo que unido a que no era un destinatario (determinado) de la misma, confirmaría que el grado de imputabilidad debe ser más aquilatado.

Una segunda idea que habría que asentar es que quien emite un informe bajo estas condiciones sabe o debe saber que influirá en otros. En efecto, si bien hay discusión sobre cuál es el alcance de la responsabilidad derivada por las expresiones o consejos<sup>47</sup> existe consenso en que podrá concurrir responsabilidad civil cuando el emisor sabía o razonablemente pudiera esperar que el receptor confiaría en el consejo o información<sup>48</sup>. Debe recordarse que toda persona que emite un informe sabe que tiene un destinatario, y que aquel lo ha pedido (y con mayor razón si ha sido la ley quien lo requiere) es para que se adopten decisiones debidamente informadas. Lo anterior, se ve reforzado si tenemos presente el Considerando 9º de la Directiva del Parlamento Europeo relativo a las Auditorías legales, que atendiendo a “su función de interés público, su integridad y objetividad” [...] significa que una amplia comunidad de personas e instituciones confían en la calidad del trabajo de un auditor legal. La buena calidad de las auditorías contribuye al correcto funcionamiento de los mercados al incrementar la integridad y la eficiencia de los estados financieros<sup>49</sup>. Dicho con otras palabras, los alcances de estos informes no sólo se limitan a sus destinatarios iniciales.

Así, creemos que atendiendo a que son “expertos” quienes emiten estos informes generan una legítima expectativa en las personas que pudieren acceder

46 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, Distribuciones de La Ley, Madrid, 1994, p. 132 y CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2017, pp. 342-343.

47 A modo ejemplar, el C.C. chileno, en el artículo 2119 dice: “El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna. / Pero si este consejo se da maliciosamente, obliga a la indemnización de perjuicios” (igual disposición en el C.C colombiano y ecuatoriano que adoptaron el C.C. chileno) que limita la responsabilidad sólo al dolo (o culpa grave). Como contrapartida, está el Art. VI-2:207 del DCFR que da un alcance más extendido de la responsabilidad por consejos incorrectos.

48 En este sentido, el DCFR en el Art. VI-2:207 b) dice: “el emisor sabía, o se podía esperar razonablemente que supiera, que el receptor confiaría en el consejo o en la información a la hora de adoptar una decisión como la que se ha adoptado”. Sobre similares fundamentos se sustenta el Art. 2119 del C.C. Chileno. STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 235-238.

49 Directiva 2006/44/CE, del Parlamento Europeo y su Consejo, Considerando 9º.

a esta información, asimilable a quien da un consejo a otra persona, sin que esté contractualmente obligado a darlo. El DCFR (VI.- 2:207) razona sobre esta idea, lo que también ha estado presente en Códigos latinos con raigambre histórica<sup>50</sup>. Confirma nuestros asertos que el emisor, además, lo hace en el ejercicio de su oficio o profesión, que es otro factor que es tenido en cuenta por textos de derecho comparado (DCFR) para atribuir responsabilidad por la información<sup>51</sup>. La explicación de ello puede ser encontrada en que desde el derecho romano<sup>52</sup> se exige al que ejerce una profesión u oficio que deba cumplir con la diligencia de su respectivo arte<sup>53</sup>, por lo que permite asentar una razonable confianza que el experto haya cumplido con un correcto estándar de cuidado<sup>54</sup>. En consecuencia, debido al rol o función que desempeña en la sociedad (“de experto en el ejercicio de su profesión”) genera una legítima confianza en el que accede a dicha información.

## 2. Del tipo de daño que se configuraría: daño patrimonial puro.

Cuando una persona realiza actos o contratos basándose en información errónea, normalmente sufre daños patrimoniales puros. Este concepto no ha sido pacífico en la doctrina de los distintos países, empero, se ha ido abriendo espacio hasta ser hoy en día aceptado en la mayoría de las naciones europeas, llegándose a encontrar completísimos trabajos en idioma castellano, como el de los catedráticos MARTÍN-CASALS Y RIBOT<sup>55</sup>.

Esta realidad fue consagrada en los PETL, en el Art. 2:102 N° 4), que aborda los “intereses jurídicamente protegidos”, señalando primero que estos daños tienen una menor protección que otros, lo que es posteriormente complementado por el párrafo 5) de dicha disposición, que explica que en caso de lesión dolosa la tutela a ese interés es más amplia que en los demás casos. En los COMENTARIOS A LOS PETL son definidos como “la pérdida económica que no resulta de un daño físico a la propia persona del demandante o a sus bienes”<sup>56</sup>.

50 Así, el C.C. chileno, en el Art. 2119 dice: “El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna. / Pero si este consejo se da maliciosamente, obliga a la indemnización de perjuicios”. Igual disposición en el C.C colombiano y ecuatoriano que adoptaron el C.C. chileno.

51 El Art. VI-2:207 letra a) del DCFR dice: “El consejo o información lo proporciona una persona en el ejercicio de su profesión o en el curso de una actividad remunerada”.

52 D. 19, II, 9,5.

53 MORALES MORENO, A.: “El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa”, ADC, Vol. 35, núm. 3, Madrid, 1982, p. 654 y CARRASCO PERERA, A.: “Comentarios al Artículo 1105” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por M. Albaladejo), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1989, pp. 608-609.

54 Así en los Comentarios al DCFR, VI.- 2:207 letra b) del DCFR, “Consejo o información profesional”, dice: Debe existir un daño directamente provocado por información facilitada “en el ejercicio de una profesión o en una operación comercial”. Los consejos que se dan de manera informal quedan excluidos porque no basta que la información o consejo proceda de un profesional, sino que también deberá proporcionarla en el ejercicio de su profesión”.

55 MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Pure Economic Loss: La indemnización de los daños patrimoniales puros”, *Derecho Privado europeo*, Cóllex, Madrid, 2003, pp. 883-921.

56 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 66.



La relevancia de esta noción radica en que para que sean resarcibles estos perjuicios debe tratarse de conductas que impliquen un factor de atribución más intenso y que logre demostrarse la certidumbre del daño con el hecho que le dio origen<sup>57</sup>, por lo que todo esto daría cuenta de una cierta jerarquía entre los distintos bienes protegidos, otorgando preferencia a la indemnización de daños a las personas o a las cosas frente al “puramente patrimonial”, así como demarcaría el ámbito de la responsabilidad contractual del extracontractual<sup>58</sup>.

Conforme al objeto de nuestra presentación de buscar criterios comunes, la categoría de “daños patrimoniales puros” adquiere especial relevancia cuando la conducta del agente ha sido realizada con desconsideración de los intereses ajenos, toda vez que tratándose de información errónea, en principio, algunos de estos daños sólo serían reparados cuando, atendiendo a las circunstancias, el emisor ha obrado con dolo o culpa grave, como lo que pasamos a revisar en el siguiente numeral.

### 3. La culpa grave como estándar para atribuir responsabilidad.

Si consideramos los distintos factores, por una parte, que los daños a que dan lugar las informaciones erróneas son “patrimoniales puros”, y por otra, los beneficios sociales que permiten los flujos de información, la *legítima confianza y expectativa* que genera en todo aquel que accede a informes que han sido realizados por expertos en el ejercicio de sus funciones, pero, como contrapartida, que quien toma conocimiento de éstos no era un destinatario determinado y que además no ha sido para él costosa esta información, nos permitiría concluir que el justo equilibrio de responsabilidad estará dado cuando estos terceros (no determinados) se hayan visto perjudicados por memorias o folletos elaborados con *culpa grave* por parte de sus informantes, recurriendo -*mutatis mutandis*- al criterio de “imputación objetiva” denominado *principio de confianza*<sup>59</sup>. En efecto, este último pondera adecuadamente las dos ideas antagónicas que pudieran confluir; estas son, por una parte, el riesgo *per se* que implican las inversiones (en general) y, por otra, el rechazo a las conductas dolosas o gravemente descuidadas por quienes deben dar fe de hechos o estados en el ejercicio de sus funciones, haciéndolo con grosera desaprensión de las reglas del arte.

Por ello, cuando la doctrina explica el “principio de confianza” lo hace correctamente diciendo que en éste se *dan cita* el riesgo permitido y la prohibición

57 Así se entendería de parte de la jurisprudencia alemana, en la sentencia del BHG de 26 noviembre 1986 (NJW, 1987, 1758), como lo plantean MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Pure economics”, cit., p. 904. De manera próxima, ZIMMERMANN, R.: *Law of*, cit., p. 1041, cita 272, en que señala que de forma alternativa las Cortes tienden a requerir el nivel del §826 del BGB, esto es, intencionalidad o contrariedad a las buenas costumbres, estando en el mismo estándar la culpa grave.

58 MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Pure economic”, cit., p. 884.

59 En términos similares, BUSTO LAGO, J.: “Materiales para”, cit., p. 45-46.

de regreso, porque sin él la división del trabajo se haría inviable<sup>60</sup>. Efectivamente, aplicando adecuadamente este principio concurren balanceadamente los riesgos que son propios de la vida comercial y que deben ser soportados por quien los sufre<sup>61</sup> (porque la posibilidad de pérdida está siempre latente en los negocios), pero por otro lado, el Derecho no puede amparar las conductas gravemente negligentes o dolosas de otros<sup>62</sup>, porque no solo es un imperativo jurídico-moral rechazarlo, sino que permite el correcto desenvolvimiento de la economía, toda vez que cada agente económico buscará desarrollar su actividad sobre la base de las intervenciones que hace el resto de los agentes del mercado, lo que se conoce como la “teoría de los juegos”<sup>63</sup>.

Por consiguiente, el inversionista (tercero) que basándose en estos informes se arriesga, no puede arremeter *en principio* contra quien los había confeccionado, pues inicialmente no era el natural destinatario ni financió aquellos, es decir, aun cuando haya existido culpa leve en estos informes hacemos prevalecer la irresponsabilidad del emisor; pues de lo contrario sería una verdadera cortapisa para un adecuado flujo de la información, en donde nadie se atrevería a dar conocimiento adquirido ante el temor de ser luego demandado<sup>64</sup>, a lo que se agregaría la amplitud de posibles afectados, que es precisamente el fundamento para limitar la extensión de los daños puramente patrimoniales<sup>65</sup>.

Pero ese rango de tolerancia que debemos permitir por la culpa ajena (y que permite la vida informada en sociedad) tiene como límite que el que desarrolla una actividad como experto, certificando autenticidad y confianza de actos, no los realice con grave negligencia o dolosamente, pues la mala fe no es amparable en el Derecho<sup>66</sup>. De esta forma, el que así obra está consciente que lo hace con total desapego de la *lex artis*, realizando afirmaciones temerarias, lo que es constitutivo de culpa grave<sup>67</sup> y para parte de la doctrina, de dolo eventual<sup>68</sup>.

60 SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A.: “Causalidad y”, cit., p. 14.

61 Explicando la distribución de los infortunios, por todos, DIEZ PICAZO, L.: *Fundamento de*, cit., p. 21. Una referencia en MARTÍN-CASALS, M.: “La modernización”, cit., p. 40.

62 ALPA, G.: *Tratado de*, cit., p. 326.

63 POSNER, R.: *El análisis*, cit., pp. 50-51.

64 Precisamente, una persona puede dar gratis una información que puede ser muy útil para los demás, porque actúa pensando que no tendría responsabilidades ulteriores, DEL OLMO, Pedro, “Responsabilidad por”, cit., p. 294.

65 PALMER, V. y BUSSANI, M.: *Pure economic loss*, Routledges-Cavendish, London and New York, 2009, pp. 11-14 y p. 315.

66 Como enseñaba Pothier “...comprende bajo el término *dolus*, no solamente la malicia y el deseo de perjudicar, sino también la culpa grave, lata culpa, como ésta opuesta a la buena fe requerida...”. POTHIER, R.: *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliesta S.R.L., Buenos Aires. 1993, p. 554.

67 MORALES MORENO, A.: “El dolo”, cit., pp. 651-652.

68 DEL OLMO, P.: “Responsabilidad por”, cit., p. 368, el que señala que constituye dolo afirmar como indudable algo cuando faltan datos serios.

Es aquí donde entra en juego el otro criterio que se *da cita*: la “prohibición de regreso”<sup>69</sup>, que aplicándolo -*mutatis mutandis*- para el *principio de confianza*, consistirá en que el perjuicio sufrido por una persona, que realizó una inversión sobre la base de una situación preexistente (la que fue realizada dolosa o gravemente culpable) pueda “imputarse causalmente” esos menoscabos económicos al que actuó con grave desconsideración de las reglas del arte, y no al que hizo uso de esa situación, pues dicha conducta supera los rangos de tolerancia permitido de negligencia ajena, o en otras palabras, el riesgo permitido<sup>70</sup>.

A esta misma solución discurrirían los PETL, cuando en el Art. 2:102 en sus numerales 4) y 5) señalan primeramente que la protección de los intereses puramente patrimoniales tendrá un alcance más limitado, pero que serán proclives a su amparo cuando el agente es consciente de que causará un daño a la víctima y ha actuado dolosamente<sup>71</sup>. Creemos que ambas condiciones se cumplen en la forma como lo hemos venido planteando. Como bien sabemos, los PETL no reconocen como un criterio autónomo la “prohibición de regreso” porque sus supuestos pueden resolverse con criterios de causalidad adecuada y por el fin de protección de la norma<sup>72</sup>, pero se llega a la misma solución, pues la cadena causal de perjuicios que se ha iniciado no debe limitarse a lo previsible cuando se ha obrado con dolo o culpa grave, permitiendo que los daños puramente patrimoniales sufridos por terceros (que tienen una protección más limitada) sean reparados en estos casos cuando se cumplan con todos los requisitos de la responsabilidad civil, según lo ha entendido la egregia doctrina moderna<sup>73</sup>.

Esta solución, entonces, no sólo respeta ideas de derecho suficientemente aceptadas (legítima expectativa, promoción al flujo de información y libre circulación de bienes, principio de confianza, riesgo permitido, repudio a la mala fe -ya sea por dolo o culpa grave-, etc.), sino que es un punto convergente entre las posiciones antagónicas. Así, para quienes postulan que el círculo de responsables se debe restringir al círculo de destinatarios del informe de auditoría<sup>74</sup> (y análogicamente aplicable al resto de los profesionales que emiten informes y otros similares)<sup>75</sup>, esto es, a los

69 Explicando con las visiones que implica este criterio de imputación, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de*, cit., T. V, p. 369. Para casos jurisprudenciales, SALVADOR CODERCH, P.: “Causalidad y”, cit., pp. 14-15, quien pone como límite la culpa grave y PANTALEÓN PRIETO, Á.: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación” en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1568-1575.

70 BUSTO LAGO, J.: “Materiales para”, cit., pp. 37-41.

71 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 67.

72 MARTÍN-CASALS, M.: “La modernización”, cit., p. 55.

73 REGLERO CAMPOS, L.: “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, T. I. Pamplona, 2013, p. 304 y en 799 y 800; BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 164-166; 392-401 y 404-405; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson S.A., Madrid, 2017 pp. 288 y 289; CLERK & LINDSELL: *On Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2006, pp. 46-47.

74 PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 151-153.

75 GARRETA SUCH, J.: *La responsabilidad*, cit., pp. 179-181 y en parte GRIMALDÓS GARCÍA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., pp. 379-381.

que el auditor sabía al tiempo del contrato o los podía deducir de las negociaciones previas o de la finalidad del contrato, no dudan que en caso de existir dolo o dolo eventual -y comprendiendo que esta última categoría es civilmente equivalente a la *culpa grave*, al igual como lo entiende el *Restatement*)<sup>76</sup> y la doctrina<sup>77</sup>- debe extenderse la reparación a todos los terceros que se hayan perjudicado con dichas memorias gravemente extendidas<sup>78</sup>. Por su parte, para que proceda esta pretensión indemnizatoria es necesario que concurren todos los requisitos de responsabilidad civil, que teniendo como factor de imputación subjetiva la *culpa grave* para que puedan accionar estos terceros deben acreditar la relación de causalidad entre el informe y sus daños puramente económicos sufridos<sup>79</sup>.

Es coincidente con lo anterior la distinguida doctrina comparada, en cuanto a aceptar que dichos *terceros indeterminados* tendrían acción en contra de estos profesionales, cuando aquellos han invertido fundándose en informes emitidos con culpa grave<sup>80</sup>, sosteniendo que si la información está en *opiniones* o informes dirigidos *al público en general* o *encargados por otros*, se puede asumir que el estándar de veracidad es el de la "culpa grave", puesto que dicho contenido carece de destinatario determinado, además que afectaría negativamente los flujos de información sobre los negocios si fuera más exigente el grado de negligencia requerido<sup>81</sup>.

En el panorama comparado, si bien es bastante disímil, en el *Common Law* advertimos que la discusión está centrada en dirimir si la *culpa leve* del auditor permite, o no, a los terceros ejercer acciones indemnizatorias, concluyéndose que la responsabilidad estaría limitada, en este caso, al grupo de personas al que estarían dirigidos esos informes<sup>82</sup>. Algo similar ocurriría en el derecho alemán, que por aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, el *daño puramente económico* no está dentro de los derechos subjetivos absolutos protegidos por el §823 I del BGB, por lo que la protección a terceros sólo concurrirá si hay daño doloso contrario a las buenas costumbres (§826)<sup>83</sup>.

76 Debemos recordar, que el *Restatement* estadounidense trata en el §2 el denominado *Recklessness*, que jurídicamente aglutina casos constitutivos de dolo eventual y culpa grave.

77 CORRAL TALCIANI, H.: *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. 210 y BANFI DEL RIO, C.: "Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: Una relectura desde el derecho inglés", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, RDUCN [online]. 2017, p. 73.

78 PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 79-80.

79 Hace un análisis de los requisitos, OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad*, cit., pp. 252 y ss.

80 Así lo deja abierto, ALPA. G.: *La responsabilidad*, cit., T. II, p. 1020. Haciendo interesantes distinciones, BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 1031.

81 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 1031.

82 Así ocurre en el derecho inglés en el caso líder *Caparo Industries Plc v. Dickman* (1990) 2 AC 605 y en el derecho estadounidense, conforme al *Restatement II*, aún publicado en la materia.

83 VON THUR, A.: *Tratado de las Obligaciones*, T. I., Editorial Reus, Madrid 1934, cit., p. 269 extrapolable a este caso, y PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 81-82.

Sin embargo, cuando han sido realizados estos informes con absoluto desprecio por la veracidad y con injustificable ligereza, las diversas legislaciones son coincidentes en permitir la procedencia del *daño puramente económico* derivado de estos informes efectuados con *negligencia grave*<sup>84</sup>. En efecto, si ha habido “fraude” o “tergiversación intencional” por parte de auditores, se extendería el círculo de perjudicados a los terceros que invirtieron en razón de esas informaciones<sup>85</sup>. Como señalan los “Comentarios” al *Restatement*: “[e]l daño físico simplemente no viaja tan ampliamente como la pérdida económica”<sup>86</sup>, en alusión a la amplia protección de víctimas y de perjuicios que se les podría dar lugar si no se contuviera con este estándar. Igualmente ocurriría en el derecho alemán, puesto que al configurarse un actuar con desprecio a los intereses ajenos (por dolo o culpa grave) estaría bajo el ámbito de aplicación del §826<sup>87</sup>, como lo ha señalado también la jurisprudencia<sup>88</sup>.

En el derecho español el análisis es complejo, toda vez que la jurisprudencia, además que estaba inicialmente empatada en número en cuanto a las condenas<sup>89</sup> ninguna se ha configurado entendiendo que haya concurrido “culpa grave” de parte de la auditora. Por ello, ha sido la doctrina que lo ha planteado, diciendo RIBOT IGUALADA que en caso de concurrir una actuación dolosa, la reparación de los daños puramente patrimoniales debe ser más extendida<sup>90</sup>, citando como criterio iluminador a los PETL (Art. 2:102 (5)). Conforme a la equiparación al dolo, a igual conclusión deberíamos llegar con la *culpa grave*<sup>91</sup>.

Habiendo coincidencia en que el análisis debe ser desde la perspectiva extracontractual cuando son terceros los que demandan<sup>92</sup>, la forma de enfrentarlo ha sido muy diferente, pasando por quienes plantean una responsabilidad bastante abierta cuando se producen daños a “terceros”, fundándose en la protección al

84 EPSTEIN, R.: *Torts*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 569, quien plantea cuáles eran errores que se deberían detectar.

85 Así lo expresa en el caso líder *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 [N.Y. 1931]), redactado por el juez Cardozo de los Estados Unidos: “Por el momento, dejamos de lado cualquier declaración en el certificado que implique la representación [fraude] de un hecho como verdadero para el conocimiento de los auditores. Si tal declaración se hizo, si se cree que es cierto o no, los demandados son responsables del engaño en caso de que fuera falso. El demandante no necesita la invención de una doctrina nueva para ayudarlo en tales condiciones”.

86 THE AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the law Third*, St. Paul, Mn, American Law Institute Publishers, 2010, §41, Vol. 2°, p. 90.

87 Así también lo entiendo, comentando el derecho comparado, PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., p. 80.

88 BGH del 26 noviembre 1986 (NJW, 1987, 1758) y de alguna forma en BGH de 2 abril 1998 (ZIP, 1998, 826).

89 En contra de condenar a las auditoras, pueden observarse la STS 6 febrero 2008 [RJ 2008, 2660]; STS 9 octubre 2008 [RJ 2008, 6042]; mientras que favoreciendo a los acreedores sociales y socios, STS 14 octubre 2008 [RJ 2008, 6913] y 5 marzo 2009 [2009, 1631]. Posteriormente a favor de la condena, STS 27 mayo 2009 [RJ 2009, 3044]; STS 15 diciembre 2010 [RJ 2011, 1550] y STS 7 junio 2012 [RJ 2012, 7408].

90 RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad”, cit., pp. 2310- 2311.

91 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 161.

92 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de*, cit., p. 622; PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., p. 67; RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad”, p. 2298; y OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad*, cit., p. 240.

más débil y en criterios flexibles de los requisitos de responsabilidad<sup>93</sup>, a otros que se inclinan de forma muy restrictiva, basados en el coste insostenible que podría conllevar hacer responsable a un profesional por información que ha llegado a un tercero indeterminado, así como tampoco debería buscarse la absoluta eliminación de un riesgo que implica un negocio, o en fin, de rechazar la idea que cualquier negocio fracasado debe tener un culpable externo<sup>94</sup>; no obstante, ninguno pone en duda que existiendo “culpa grave” procederá responsabilidad civil en favor de terceros indeterminados<sup>95</sup>.

Creemos que utilizando el “principio de confianza” como criterio de imputación objetiva –como ya lo desarrollamos– se encuentran una mejor solución a las zigzagueantes soluciones que ha dado la jurisprudencia del TS, muchas veces con un claro sesgo protector a los inversionistas más débiles<sup>96</sup> o utilizando de forma poco clara el criterio de “protección de la norma”, algunas para negarlo y otras para aceptarlo, indistintamente<sup>97</sup>. Sin embargo, esta reparación debe ser matizada que de parte de la víctima (tercero) no haya culpa, como ocurre cuando ha confiado exclusivamente en esa información habiendo otros medios a los que pudo haber acudido con facilidad; o el tercero haya sido un experto que se le pudo exigir que haya verificado los datos; o que el perjudicado haya podido deducir, de forma sencilla y objetiva, los errores cometidos por el auditor<sup>98</sup>. La razón es muy sencilla: el deber de protección adecuada de los propios intereses<sup>99</sup> que dependiendo del grado de negligencia en que haya incurrido el afectado, puede llegar a producir una verdadera “compensación de culpas”.

Por lo anterior, para que estos “terceros indeterminados” puedan demandar responsabilidad debe concurrir como elemento modulador la “culpa grave” del profesional, en que no concurra alguna de las hipótesis de culpa de la víctima, y que acredite su perjuicio con relación de causalidad, v.g., haber modificado sus inversiones en atención a la calificación errónea, donde la indemnización será próxima a una pérdida de chance<sup>100</sup> o por el total, conforme a la integridad de reparación que alcanza una conducta dolosa o gravemente culpable<sup>101</sup>.

93 Por todos, OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad*, cit., pp. 233-234.

94 GARRETA SUCH, J.: *La responsabilidad*, cit., pp. 181-182 y PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 130-136.

95 PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad*, cit., pp. 130-136; RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad”, cit., pp. 2310-2311.

96 DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.: “Comentario de”, cit., pp. 285-286 y OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad*, cit., pp. 233-234.

97 CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de*, cit., p. 621.

98 BUSTO LAGO, J.: “Materiales para”, cit., p. 55 y RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad”, cit., pp. 2311-2312.

99 RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad”, cit., p. 2311.

100 BUSTO LAGO, J.: “Materiales para”, cit., p. 63.

101 Por aplicación extensiva de los Arts. 1107, 1150 y 1558 de los C.C. de España, Francia y Chile, respectivamente, si lo entendemos aplicable también a sede extracontractual.

El DCFR toma mucho de los criterios que hemos esbozado, tales como que debe acreditarse la causalidad “psicológica” entre la decisión del afectado y la información errónea<sup>102</sup>, la confianza razonable que podía deducirse de estos<sup>103</sup>, así como que no es suficiente la culpa del emisor, sino que también deberá analizarse si hubo culpa concurrente por no comprobar la información suministrada<sup>104</sup>. Sin embargo, el enfoque que da el DCFR está dirigido a un receptor-víctima que forma parte de un círculo determinado de destinatarios, y no cuando se trata de “terceros indeterminados”<sup>105</sup>, como tampoco hace referencia a distinciones de culpas. Esto último tiene sentido si el DCFR sólo centra su estudio en receptores determinados, pues respecto de ellos sería plausible la responsabilidad por culpa leve; empero, deja indemne nuestra posición respecto de terceros indeterminados y el estándar de “culpa grave”.

En la legislación chilena, al no existir una legislación especial que regule la responsabilidad de los profesionales, la doctrina se inclina por considerar que tratándose de informes de expertos, éstos se harán responsables respecto de aquellos que forman parte de la categoría de terceros protegidos por el derecho, cuando en el ejercicio de su profesión y respecto de los precisos negocios en que pretende influir, causen un daño por su negligencia<sup>106</sup>. En los demás casos, esto es, de “terceros indeterminados”, sólo los expertos-emisores serán responsables por informar dolosa o gravemente culpable, toda vez que de lo contrario, se impondría un riesgo inconmensurable al emisor, afectando dramáticamente los flujos de información<sup>107</sup>.

Por lo tanto, todos los planteamientos anteriores son consistentes que al tratarse de “daños puramente patrimoniales” tendrán un alcance de protección mucho más limitado, toda vez que la extensión de éstos puede ser indeterminados respecto del monto, tiempo y clase<sup>108</sup>. No obstante, en caso de lesión dolosa (o con “culpa grave”) el interés podrá ser amparado más ampliamente, como se observa en este caso, en que la frontera entre la libre circulación de la información y la legítima expectativa tiene como moduladora a la “culpa grave” para que los *terceros en general* sean indemnizados. Dicho con otras palabras, aquí estamos frente a un supuesto en que el estándar para que proceda responsabilidad civil es el de la culpa grave, pues sirve para cifrar los límites de los intereses que estarían en pugna.

102 Comentarios al DCFR, VI.- 2:207 letra b) del DCFR, “Causalidad”.

103 *Ibid.*, letra c) “confianza”.

104 *Ibid.*, letra d), “imputabilidad”.

105 *Ibid.*, letra b) “un receptor determinado”.

106 SCHOPF OLEA, A.: “La responsabilidad civil de los auditores” en *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Legal Publishing, 2011, pp. 344-346 y BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 1033.

107 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 1031 y SCHOPF OLEA, A.: “La responsabilidad”, cit., p. 339-341.

108 ZIMMERMANN, R.: *Law of*, cit., p. 1037.

### III. LA EFICIENCIA COMO VALOR O FUNDAMENTO DE POLÍTICA JURÍDICA PARA JUSTIFICAR ESTA SOLUCIÓN.

#### I. Aproximación a la eficiencia como criterio de política jurídica.

Como decíamos, hay intereses jurídicamente protegidos que tienen una protección mayor (vida, integridad personal, libertad y dignidad), pero que habitualmente pueden entrar en colisión con otros que en un Estado Democrático también son altamente relevantes, como sucede con la libertad de expresión y de información<sup>109</sup>, la libre competencia<sup>110</sup> y la libertad de emprendimiento<sup>111</sup>, por lo que la preferencia por unos u otros no está resuelto apriorísticamente.

En la búsqueda de soluciones, debemos decir que el orden jerárquico de los bienes lesionados está dictado por la moral, las exigencias económicas y otras consideraciones de orden práctico<sup>112</sup>. Esta es la razón por la que, coincidiendo con Kant<sup>113</sup>, los autores modernos otorgan una preeminencia a la libertad sobre la utilidad<sup>114</sup>. No obstante, el Derecho también fomenta otros valores o filosofías, en que se combinan criterios de *política jurídica* existentes antes de la sociedad industrializada que hoy vivimos, como son la protección a la persona y a la propiedad, con valores actuales de una economía de mercado, como la libertad de organización de la empresa y la libertad de desarrollo de la actividad económica<sup>115</sup>. En este contexto es donde emerge la *eficiencia* como un “valor” o “filosofía”, que está referido a la organización óptima de producción de recursos, así como a la distribución adecuada de riesgos<sup>116</sup>.

Haciendo una breve síntesis de la *eficiencia*, debemos decir que ésta es la versión económica de la filosofía “utilitarista”<sup>117</sup>, que se caracteriza por considerar como “utilidad” cualquier cosa que aumente lo que a un individuo le importe, no sólo sus deseos materiales o económicos, sino también sus gustos estéticos, sentimientos altruistas, satisfacción de su noción de justicia, etc.<sup>118</sup>. Ahora bien, cuando es visto desde una perspectiva económica, implicaría que los seres humanos procuran en

109 Por todos, SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado*, cit., p. 26.

110 VAN DAM, C.: *European Tort*, cit., p. 254.

111 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: “Fundamentos constitucionales”, cit., p. 39.

112 ALPA, G.: *La responsabilidad*, cit., T. I. p. 181.

113 KANT, I.: *Principios metafísicos del Derecho* (traducción de G. Lizagarra), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873. p. 54.

114 Por todos, JANSEN, N.: “Los fundamentos normativos de la ponderación racional” en *La Teoría principalista de los Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 60.

115 ALPA, G.: *La responsabilidad*, cit., T. I. p. 178.

116 *Ibid.*, p. 180.

117 OWEN, D.: “Fundamentos filosóficos de la culpa en el Derecho de la Responsabilidad Civil extracontractual”, en *Teoría de la Responsabilidad Civil extracontractual*, Biblioteca Universitaria de Ciencias Sociales y Humanidades, Bogotá, 2014, pp. 141-142.

118 SHAVELL, S.: *Fundamentos de*, cit., p. 2.



forma racional aumentar al máximo sus fines y satisfacciones de vida<sup>119</sup>, lo que se hace tomando como referencia un determinado nivel de bienestar social<sup>120</sup>. Así, esta ética se analiza en función de su contribución a la maximización del bienestar promedio (o agregado) de todos los miembros de la sociedad<sup>121</sup>.

Es de considerar que la mayor parte de las conductas socialmente relevantes producen beneficios y pérdidas, por lo que la racionalidad con que debe medirse es que los hombres se esfuerzan por aumentar los beneficios<sup>122</sup> y disminuir las pérdidas. Por consiguiente, la eficiencia económica busca maximizar la riqueza comunitaria<sup>123</sup> lo que repercutirá en la utilidad personal, pues si bien la libertad es la misma para todos, el valor que a ella se le asigna no es la misma en los distintos individuos, porque al tener algunos más autoridad y más riqueza gozan de más medios para alcanzar sus objetivos<sup>124</sup>, siendo más dueños de sí mismos<sup>125</sup> lo que permitirá de mejor manera la autodeterminación, como un derecho de la personalidad ampliamente reconocido<sup>126</sup>. En definitiva, el Derecho Civil tiene también como objetivo general promover el bienestar económico<sup>127</sup>.

Por lo tanto, la conducta que ocasiona un perjuicio se justifica si como resultado de ella el beneficio social deseado es superior al perjuicio social razonablemente esperado<sup>128</sup> y *en este mismo sentido*, entre mayor sea la utilidad anhelada para el desarrollo de una actividad, mayor tendrá que ser el grado de flexibilidad o tolerancia que establezca el sistema jurídico si con ello se provocan daños a otros.

Bajo este prisma puede analizarse aquella expresión que dice que una demanda de responsabilidad civil es más un combate de boxeo que una carrera de obstáculos, porque para el éxito depende de la cantidad de puntos que hagas en general, obteniendo el demandante puntos adicionales si el daño que ha sufrido es de naturaleza grave, especialmente lesiones personales, o si es particularmente merecedor o dependiente del acusado, o si la conducta del demandado era muy reprehensible<sup>129</sup>, etc.; y a *contrario sensu*, puede no llegar a ser compensado, si la conducta desplegada por el dañador tiene un alto valor para la eficiencia social (y

---

119 POSNER, R.: *El análisis*, cit., p. 25.

120 SHAVELL, S.: *Fundamentos del*, cit., p. 2.

121 OWEN, D.: "Fundamentos filosóficos", cit., pp. 141-142.

122 POSNER, R.: *El análisis*, cit., p. 26.

123 OWEN, D.: "Fundamentos filosóficos", cit., p. 142.

124 RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia* (Trad. M. Dolores González), Fondo de Cultura Económica, reimpresión, México, 2006, p. 195.

125 KANT, I.: *Principios metafísicos*, cit., p. 54.

126 Por todos, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., pp. 65-67.

127 Así también puede observarse, refiriéndose al DCFR, VON BAR, C. et al.: "Los principios", cit., p. 62.

128 OWEN, D.: "Fundamentos filosóficos", cit., p. 142.

129 VAN DAM, C.: *European Tort*, cit., p. 220.

muy poco perjuicio ajeno), o la acción iba en el sólo beneficio del que se vio dañado, y la *lesión al interés protegido* se debió a descuidos moderados.

## 2. Una revisión de la eficiencia en los sistemas jurídicos.

En los ordenamientos jurídicos el *criterio de la utilidad* está presente en diversas instituciones jurídicas. Así puede observarse en los Códigos inspirados en el *Code Napoléonico*, como ocurre con el principio de la libre circulación de los bienes, que incentiva al mercado para trasladar los recursos a sus usos más valiosos<sup>130</sup>, del cual derivan variadas normas jurídicas, tales como la prohibición de establecer mayorazgos, la no constitución de usufructos sucesivos, etc.<sup>131</sup>; pasando por otorgar prioridad valorativa a la *seguridad dinámica* por sobre la seguridad estática, como quedó abiertamente instaurado en la codificación alemana<sup>132</sup>, pero con varios ribetes en las legislaciones de inspiración francesa<sup>133</sup>; llegando hasta las normas de interpretación, tales como dar preferencia al *sentido* de una cláusula que produzca algún alcance, en desmedro del que no produzca efecto alguno<sup>134</sup> (v.g., Art. 1562 del C.C. Chileno)<sup>135</sup>.

En el plano de la Responsabilidad Civil, ya encontramos en las fuentes de los Códigos Modernos que se empleaba este criterio, como sucede en la obra de DOMAT que planteaba a la *utilidad* como razón inspiradora de todas las leyes<sup>136</sup> y a POTHIER, que en materia contractual establecía el factor de la *utilitas contrahendi*, para precisar la diligencia que debía responder el deudor: el contrato que iba en el sólo beneficio del acreedor (como en el depósito) se responde de culpa grave; si es en favor de ambas partes, como la compraventa y el arriendo, de culpa leve; y si sólo del deudor (como el comodato), de culpa grave<sup>137</sup>. Como es sabido, si bien en su obra POTHIER trataba aspectos de la responsabilidad civil bajo el rótulo del “Efecto de las obligaciones”, donde principalmente se mencionan ejemplos contractuales, muchos principios que de ellos dimanaban son también aplicables para el plano extracontractual<sup>138</sup>. Lo anterior, se explica porque hasta ese entonces la gran fuente

130 COLEMAN, J.: *Riesgos y Daños* (Trad. Diego Papayannis, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010, p. 29.

131 Disposiciones del Código Civil chileno que las abordan son los arts. 739, 745, 747, 769 y 962.

132 PEÑAILILLO ARÉVALO, D.: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 63.

133 Así, v.g., la validez del pago hecho al poseedor del crédito; el mandato aparente; el matrimonio putativo, etc. *Ibid.*, p. 63-64.

134 DUCCI CLARO, C., *Derecho Civil*, cit., pp. 95-99.

135 Dice esta disposición: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

136 DOMAT, J.: *Las leyes civiles en el orden natural*, T. II, Barcelona, 1844, pp. 65-66.

137 POTHIER, R.: *Tratado de*, cit., pp. 83-84 y pp. 553-554.

138 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de*, cit., T. V, p. 82, en que menciona, de modo meramente ejemplar, la distinción entre daño emergente y lucro cesante, así como la limitación de perjuicios cuando no se obra con dolo.

de obligaciones era el contrato<sup>139</sup>, pero también porque si atendemos a la lógica de la estructura interna de ese *Traité*, primero son explicadas las “fuentes” de las obligaciones (en donde esboza varios rasgos generales de los delitos y cuasidelitos) y posteriormente habla en términos genéricos del “Efecto de las Obligaciones”, es decir, se desarrollan las consecuencias de aquellas obligaciones que pueden derivar de cualquiera de dichas “fuentes”, entre otras, las de un hecho ilícito.

Los Códigos Civiles que siguieron más de cerca la obra de POTHIER, como el de don Andrés Bello, replicaron disposiciones referentes al *utilitas contrahendum* (Art. 1547 del C.C. de Chile), pero también quedó reflejado el principio de la eficiencia en normas extracontractuales, pues aquello que no presta mayor utilidad impone a quien controla el riesgo un estatuto de responsabilidad más estricta<sup>140</sup>, como elocuentemente lo expone el Art. 2327 del C.C. Chileno, que señala: “El daño causado por un animal fiero, de que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no fue posible evitar el daño, no será oído”. Otra disposición que asimismo tiene su origen en el jurista francés<sup>141</sup> y que pueden vislumbrarse fundamentos de eficiencia es el Art. 2318 del C.C. de Bello, que dice: “El ebrio es siempre responsable del daño causado por su delito o cuasidelito”, pues si bien es por su *culpa* encontrarse en tan “deplorable estado”<sup>142</sup>, no es menos cierto que esa “conducta” no reporta utilidad social alguna, por lo que no hay razón para que sea tratado con mayor indulgencia aquel agente que en ese estado no adopta precauciones suficientes para evitar interferir en la esfera ajena, causando perjuicios.

En el derecho alemán también se observan grados distintos atendiendo a la utilidad, tanto en la órbita contractual como extracontractual. En la primera sede, sólo se responderá por culpa lata o dolo cuando se realiza una prestación a título gratuito y que puede ser exigida al dador, como el donante (§521) y el prestador (§599)<sup>143</sup>, pues están en el sólo beneficio del acreedor. En responsabilidad aquiliana, el §826 exige un actuar doloso para reparar los daños infringidos por conductas contraria a las buenas costumbres, al igual de lo que ocurre con las recomendaciones o consejos (§676 del BGB) sin mediar contrato alguno, toda vez que sólo se responde si han sido realizados a sabiendas de su inexactitud (o una afirmación temeraria), es decir, si se ha obrado con dolo<sup>144</sup> o con “culpa grave”. La razón sería la misma: como el único beneficiario de un consejo es quien lo recibe, el estándar de responsabilidad será únicamente cuando se incurre en dolo o culpa grave. Algo

139 BARROS BOURIE, E.: “Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales, en *Estudios de Derecho Civil Jornada III*, (Editor A. Guzmán Brito), Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 403.

140 BARROS BOURIE, E.: *Tratado de*, cit., p. 113.

141 POTHIER, R.: *Tratado de*, cit., N° 119, p. 73.

142 *Ibidem*.

143 HEDEMANN, J. W.: *Derecho de obligaciones*, Vol. III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 160.

144 ENNECCERUS, L.: *Tratado de*, cit., p. 620.

parecido acontece con los actos contrarios a las *buenas costumbres*, porque como promover de la libertad individual es un bienpreciado, mientras que las *buenas costumbres* no tienen contornos claros, existe una razón de utilidad para restringir su infracción exclusivamente a conductas dolosas o gravemente negligentes, en beneficio de permitir una libertad de actuación.

En el derecho inglés la eficiencia es utilizada como criterio para establecer los niveles de conducta esperados, como puede apreciarse en el caso BOLTON AND STONE, en que *no se consideraron culpables* a los administradores de un estadio de cricket por no instalar una valla más alta para impedir que alguna pelota saliera del estadio y que golpeó a una mujer<sup>145</sup>. Probablemente, entre otras consideraciones, los jueces evaluaron como una actividad útil –bajo una perspectiva inglesa– al cricket, que justificaba el que pudieran existir algunos riesgos que se debían asumir por el que los padecía<sup>146</sup>.

Por lo antes expuesto, podemos decir que si bien algunos sistemas fueron más explícitos que otros, la eficiencia ha sido un “valor” o “filosofía” con reconocimiento en los Derechos occidentales, cosa que también se advierte en instrumentos de *soft law*, como es en el DCFR<sup>147</sup> y el Restatement (Third) estadounidense<sup>148</sup>. Los PETL, si bien establecen diversos factores, la protección que brindará el “sistema” dependerá del peso de ellos y de su relación con los otros<sup>149</sup>. Empero, un análisis más detallado permite observar que el factor referido al “*interés del agente en su libertad de acción y del ejercicio de sus derechos*” es una variable de eficiencia, entendida como satisfacción de un interés que al individuo le importa desarrollar<sup>150</sup>. En el mismo orden de ideas, la variable del “*interés público*”, también tributaría a la eficiencia, puesto que si entendemos que en una sociedad moderna la libertad de desarrollar actividades económicas es uno de los fines del Derecho<sup>151</sup>, entonces, existe un interés público en promover actividades que produzcan un mayor bienestar social.

### 3. La eficiencia como valor para fijar el estándar.

La *utilidad* como “valor” o “filosofía” –conforme a los alcances antes expresados– será la que incline la balanza ante la pugna de ciertos intereses protegidos, cuando los derechos que están tutelados sólo intervienen de forma muy secundaria, o

145 BOLTON AND STONE [1951] AC, 850.

146 En similares términos, VAN DAM, C.: *European Tort*, cit., p. 237.

147 Basta observar que ellos explicitan que uno de los cuatro principios inspiradores es la eficiencia. VON BAR, C. et al., “Los principios”, cit., p. 29.

148 En general, ya la misma fórmula de Learned Hand. V. OWEN, D.: “Fundamentos filosóficos”, cit., p. 143.

149 Los factores son: el *valor del interés*, la *precisión de su definición*, su *obiedad*, la *naturaleza de la responsabilidad* (dolosa o culpable), el *interés del agente en su libertad de acción y ejercicio de sus derechos* y en el *interés público*. V. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 67.

150 SHAVELL, S.: *Fundamentos de*, cit., pp. 2 y 665.

151 ALPA, G.: *La responsabilidad*, cit., T. I. p. 178.

porque ese valor abstracto (con mayor frecuencia que la eficiencia) simplemente no ofrece una solución específica al problema basado en esos principios<sup>152</sup>, o porque no tiene contornos claros<sup>153</sup>. Lo anterior resulta concluyente si los intereses en pugna son igualmente correctos y protegidos desde una perspectiva jurídica-moral, no indicando ninguno de ellos un curso de acción<sup>154</sup>.

La manera en que esto repercutirá en clave de responsabilidad civil, dice relación con que la culpa, como moduladora o delimitadora de carácter general entre la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos<sup>155</sup>, cifrará los límites externos de esa libertad de actuación, esto es, que dicha conducta se permitirá –limitando la actuación del Derecho- mientras no se haya incurrido en el estándar de la “culpa grave”. Si el desarrollo de una actividad aumenta muy considerablemente el bienestar social -entendido en su relación con el bienestar individual<sup>156</sup>- es racional y razonable permitir mayores márgenes de tolerancia que favorezcan su desenvolvimiento, y hasta cierto límite, deben ser soportados los perjuicios en quienes recaigan.

Aplicándolo al problema concreto, es lo que acontece con los daños por informaciones erróneas, por lo que en esta tensión de intereses (v.g., libertad de expresión y de información, derecho al honor y a la intimidad, daños puramente patrimoniales, beneficios sociales y económicos, etc.) los ordenamientos se inclinan por dar preferencia a la libertad de expresión, estableciendo como límite una conducta que demuestre desconsideración por los intereses ajenos (dolo o culpa grave)<sup>157</sup>, puesto que analizados los diversos “factores” (v.g., conforme a los PETL) la libertad de expresión *puntúa* una mayor cantidad de ellos, especialmente, por el interés del agente en su libertad de acción y ejercicio de sus derechos, como en el interés público que tiene su impulso.

En definitiva, considerar la utilidad de una actividad (en un amplio sentido como lo hemos analizado) para establecer el estándar de culpa que se debe exigir –como “moduladora” o “frontera” de esta permanente pugna entre libertad de actuación e intereses protegidos- es una aplicación del factor “carácter y beneficio de la conducta” de amplio reconocimiento en los estudios analíticos y comparatistas sobre la conducta exigible<sup>158</sup>, encontrando en la “culpa grave” el estándar para determinar cuándo existirá Responsabilidad Civil por informaciones erróneas respecto de

152 OWEN, D.: “Fundamentos filosóficos”, cit., p. 142.

153 Así se entiende, por ejemplo, respecto del derecho al honor o a la reputación. V. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., p. 68.

154 NINO, C.: *Una teoría de la justicia para la democracia*, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013, p. 124.

155 FLEMING, J.: *The Law*, cit., p. 8 y DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de*, cit., T. V, pp. 22-23.

156 Como observa SHAVELL, S.: *Fundamentos de*, cit., p. 667.

157 Un revisión del derecho estadounidense, en DOBBS, D.: *Hornbook on torts*, West Academic Publishing, St. Paul, 2016, p. 936 ss.

158 Por todos, VAN DAM, C.: *European Tort*, cit., p. 253-254.

terceros. El fundamento último ya lo encontramos en la filosofía moral, en cuanto a que la utilidad fortalece la autonomía personal como principio agregativo, que asigna valor a estados de cosas y a bienes instrumentales que nos direccionan a producir tanto del valor que ellos definen como sea posible<sup>159</sup>, cuyo límite natural y obvio será incurrir en conductas rayanas en dolo o culpa grave.

#### IV. UNA MIRADA AL CONSEJO (O EXPRESIONES FORMULADAS CON LIGEREZA).

##### I. Breve noticia de esta hipótesis.

Una línea de pensamiento que ha influido para matizar esta discusión es el caso inglés *HADLEY BYRNE CO. LTD. v. HELLER & PARTNERS LTD.*<sup>160</sup>, que estableció la existencia de deberes de cuidado cuando se da información o consejos, basado en una asunción de responsabilidad atendiendo a la especial relación que se formaba<sup>161</sup>, lo que se concretó en gran medida en el VI.- 2:207 del DCFR que, bajo ciertas circunstancias ahí descritas, procedería la indemnización por información o consejos erróneos. Si bien concretamente en el *leading case* se eximió de responsabilidad al informante porque advirtió que “excluía su responsabilidad” al dar la referencia, dejó entreabierta esta disputa. Si agregamos que esta postura, además de no ser uniforme<sup>162</sup> es muy criticada actualmente por la más distinguida doctrina británica que considera que este criterio debe ser visto para sede contractual, pero no extracontractual<sup>163</sup>, abre aún más la brecha que el nivel exigible no puede ser el de la “mera negligencia”.

Por ello, partiendo de la base que la libertad de expresión e información protege otros valores, como la búsqueda de la verdad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>164</sup> y que, por regla general, proporcionar información o aconsejar no conllevan responsabilidad alguna -como lo reconocen derechamente los “Comentarios” del DCFR<sup>165</sup>- es razonable que se deberá resarcir cuando ese consejo o información errónea se realice con “desconsideración con los intereses ajenos” (“culpa grave” o “dolo”).

Esta solución tiene una fuerte raigambre desde las fuentes del Derecho Continental. En efecto, ya en “Las Siete Partidas” del Rey Alfonso X “El Sabio”, decía: “*Ca, si esto fiziesse por consejo, por mandado de otri, maguer le viniessse daño de*

159 NINO, C.: *Una teoría*, cit., pp. 113 y 124.

160 *Hadley Byrne Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] AC 465.

161 MCGREGOR, H.: *On Damages*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2017, pp. 81 y 768.

162 Como veremos del derecho histórico, alemán, chileno, entre otros.

163 MCGREGOR, H.: *On Damages*, cit., p. 768.

164 DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *Sistema de*, cit., p. 314.

165 Comentario al DCFR, VI.- 2:207 letra a) del DCFR, “Planteamiento general”.

tal consejo, o mandamiento, non sería tenuto de gelo pechar, el que lo amando fazer. E esto es, porque el mandamiento como este, mas es consejo que mandamiento”<sup>166</sup>. Como se puede apreciar, desde el derecho antiguo, dar un consejo no generaba responsabilidad alguna. Más interesante eso sí, es la excepción: “Fuera ende, si fuesse fallado en verdad, que tal mandamiento, o consejo, auia dado maliciosamente, o con engaño. Ca entonces, quanto daño le viniessse por razón del engaño, sería tenuto de lo pechar”<sup>167</sup>. Dicho de otra manera, ese consejo sólo dará lugar a responsabilidad cuando se haya dado “maliciosamente”.

La expresión “maliciosamente” debe entenderse comprensiva también de “culpa grave”, puesto que en el *ius commune*, conforme a “Las Partidas” se exponía que: “[l]o mismo tendremos, si este no hubiera de otra suerte verificado lo que se le aconsejaba, l. 6 §5. D. *mandat.*, y allí la Glos. y DD., y Bart. en l. 1 l. § 3. D. *de injur. Col. Últ. Vers. Praedicta vera.*”<sup>168</sup>; es decir, aseverar algo sin cumplir con una mínima verificación de lo que se decía, es una conducta típicamente de grave negligencia<sup>169</sup>.

Una nueva matización se hace por los autores franceses, donde destaca POTHIER, que aseverando una vez más que “al dar o recibir un consejo ninguno de los que median se obliga”<sup>170</sup>, señala como límite cualificado que el consejo no se haya dado de mala fe<sup>171</sup>. Lo interesante que se agrega es lo siguiente: cuando el consejo es doloso no cabe duda que procederá indemnización, pero si se hizo una aseveración temeraria, *en principio* no procedería, salvo que el “aconsejado” no haya tenido cómo comprobar lo que se le aseveraba<sup>172</sup>. Estas sutilezas enriquecen las reflexiones, pues permiten sostener que el consejo dará responsabilidad cuando: i) haya dolo; o, ii) “culpa grave”, si el receptor no tenía cómo acceder a la respuesta que se le estaba dando, ya sea por la asimetría de la información, el status del que la emite, etc.<sup>173</sup>.

Creemos que estas reflexiones están en la dirección de lo que dice el DCFR, cuando señala, como segunda condición, en el VI.- 2:207 letra b): “el emisor sabía, o se podía esperar razonablemente que supiera, que el receptor confiaría en el consejo o en la información a la hora de adoptar una decisión como la que se ha

166 Partida 5, 12, 23, conforme a versión española publicada en Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 285.

167 Partida 5, 12, 23, conforme a versión española publicada en Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 285.

168 Partida 5, 12, 23, cita N° 121, conforme a versión española publicada en Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 285.

169 Así también, MORALES MORENO, A.: “Tres modelos de vinculación”, cit., p. 11.

170 POTHIER, R.: *Tratado de los contratos de beneficencia*, Imprenta y Litografía J. Roger, Barcelona, 1845, N° 20, p. 185.

171 *Ibid.*, N° 21, p. 186.

172 Así se puede desprender de V. *Ibidem*, en relación con Partida 5, 12, 23, cita N° 121, conforme a versión española publicada en Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1843, p. 285

173 Comentario al DCFR, VI.- 2:207 letra a) del DCFR, “Previsibilidad de confianza razonable”.

adoptado”. La distribución de riesgos es evidente: los perjuicios –en este caso- los debe pechar en quien recaen, salvo que otro haya actuado desconsideradamente.

## 2. Articulación de la culpa grave con el consejo.

El justo equilibrio que otorga el estándar de “culpa grave” -que permite las bondades del flujo de información, pero poniendo como límite el obrar con desprecio de los demás- es también consistente con las posiciones adoptadas en Alemania y Latinoamérica (Chile, Colombia y Ecuador) referentes al consejo. En efecto, en el sistema germánico se plantea que una recomendación o una información en sí considerados, aunque medie negligencia, no obligan a resarcir los daños por ellos causados<sup>174</sup>, aclarando que procedería acción de responsabilidad sólo si han sido dados a sabiendas de su inexactitud con intención de perjudicar o constitutivos de engaño punible, por lo que el estándar está fijado por el §826 (atentado contra las buenas costumbres) y el §823 II (violación de una ley de protección, por ejemplo, el §263 del C. Penal)<sup>175</sup>. En Chile, el Art. 2119 del C.C. dice: “El negocio que interesa al mandatario solo, es un mero consejo, que no produce obligación alguna. / Pero si este consejo se da maliciosamente, obliga a la indemnización de perjuicios”. Igual disposición existe en el C.C colombiano y ecuatoriano que adoptaron el C.C. chileno. Conforme a las fuentes utilizadas por don Andrés Bello, se siguió la posición de POTHIER y TROP LONG, que establecieron un estándar doloso o gravemente negligente para que procediera indemnización<sup>176</sup>.

Por su parte, si bien algunos instrumentos de *soft law* se refirieron sobre la responsabilidad por consejos (DCFR)<sup>177</sup>, otros como los PETL no hacen una referencia específica a lo que abordamos; empero, distintas disposiciones apuntan en igual sentido, como el Art. 2:102 que reconoce que los *daños patrimoniales puros* tienen una protección más limitada, y que se considerará especialmente cuando se trate de una conducta dolosa (párrafo 5); lo que unido a que si el “interés de la actividad” es de mayor entidad, entonces, puede hasta cierto sentido justificar su conducta, y de acuerdo con ello, contribuir a rebajar el estándar de diligencia<sup>178</sup>. Por tanto, debemos concluir que el valor preponderante de la “libertad de expresión y de información” en una sociedad democrática<sup>179</sup> fija como nivel de diligencia exigible

174 ENNECERUS, L.: *Tratado de*, Parte II, Vol. 2, p. 618.

175 *Ibid.*, p. 619.

176 REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENA, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 392-393. A TROP LONG cita como: “Troplong, *Mandat*, n. 15 y siguientes” y “Troplong, *Mandat*, n. 37”.

177 En el VI.- 2:207, que dice: “[I]os daños causados a una persona por adoptar una decisión basada en la confianza razonable depositada en una información o en un consejo incorrecto constituyen un daño jurídicamente relevante si: a) el consejo o información los proporciona una persona en el ejercicio de su profesión o en el curso de una actividad comercial; y b) el emisor sabía, o se podía esperar razonablemente que supiera, que el receptor confiaría en el consejo o en la información a la hora de adoptar una decisión como la que se ha adoptado”.

178 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de*, cit., pp. 116-117.

179 STEDH 15 marzo 2011, *Otegi Mondragón C. España*, 2034/07, §48.



para que proceda responsabilidad civil por consejos sólo si concurre “dolo” o “culpa grave” del emisor; lo que estaría conforme con los criterios de diligencia sugeridos en los PETL (4:102), especialmente, “la naturaleza y el valor del interés protegido” y “de los costes de las medidas de precaución y métodos alternativos”.

## V. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. Es posible concluir que cuando dos bienes jurídicos que merecen protección están en pugna, los ordenamientos jurídicos no contienen normas explícitas que permitan solucionar abiertamente dichos conflictos. De esta manera, ante un conflicto de intereses, el Derecho tiene dos maneras de resolver esta colisión: a) que un “interés” implique anular al otro: en estos casos, el Derecho –cuando hay razones de justicia- busca los equilibrios a través de otros mecanismos, o simplemente, da prioridad a uno de los intereses por sobre otro, y b) aquellos en que los intereses jurídicos deben coexistir; por lo que se deben establecer los límites de actuación de cada uno de ellos, dando lugar en gran medida a la denominada “función de demarcación” que cumple la Responsabilidad Civil.

2. Es en este último tipo de colisión en donde la “culpa grave” tiene una función delimitadora, pues será la moduladora en la ponderación de los intereses en juego. El fundamento es encontrado en la eficiencia como un “valor” o “filosofía” (fundamento de política jurídica), en cuanto está referido a la organización próspera en la producción de recursos, así como a la distribución óptima de riesgos. En consecuencia, la “culpa grave” cifrará los límites externos de esa libertad de actuación, esto es, que la actividad eficiente se permitirá –limitando la intervención de la responsabilidad civil- mientras no se haya incurrido en el estándar de la “culpa grave”. Si el desarrollo de una actividad aumenta muy considerablemente el bienestar social -entendido en su relación con el bienestar individual- es racional y razonable permitir mayores márgenes de tolerancia que favorezcan su desenvolvimiento, y hasta cierto límite, deben ser soportados los perjuicios en quienes recaigan, salvo que haya culpa lata o dolo.

3. Si tomamos como punto de partida que la información en una sociedad moderna es un activo o bien, debemos admitir que el Derecho tendrá que asentir los flujos de información, pues estos mejoran el ejercicio de las libertades. Por lo tanto, la dificultad que se presentaría en buscar un equilibrio entre el intercambio de información e imponer responsabilidad cuando se cause daños a terceros, estará determinado si se incurre en conductas que denoten desconsideración con los intereses ajenos.

4. Lo anterior toma más fuerza si tenemos presente que los perjuicios que pueden ocasionarse por informaciones erróneas son daños patrimoniales puros, que por regla general no serán indemnizables, a menos que el agente haya obrado

conforme al estándar de conducta de culpa grave o dolo y que logren acreditarse los demás requisitos de la responsabilidad civil.

## BIBLIOGRAFÍA

ALPA, G.: *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Legales ediciones, Lima, 2016.

BANFI DEL RIO, C.: "Relevancia del dolo en la Responsabilidad Extracontractual Chilena: Una relectura desde el derecho inglés", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2017.

BARRÍA DÍAZ, R.: "La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho europeo", *Revista Ius et Praxis*, Año 20, núm. 2, Talca, 2014.

BARROS BOURIE, E.: "Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales", en *Estudios de Derecho Civil Jornada III*, (Editor A. Guzmán Brito), Legal Publishing, Santiago, 2008.

BARROS BOURIE, E.: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BUCKLAND, W. y MCNAIR, A.: *Derecho romano y «Common Law»* (trad. I. Cremades Ugarte), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1994.

BUSTO LAGO, J.: "Materiales para la construcción de la responsabilidad civil de terceros de confianza", *AFDUC*, núm. 18, 2014.

CARRASCO PERERA, Á.: "Comentarios al Artículo 1105" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dirigidos por M. Albaladejo), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.

CHABAS, F.: *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Van dier éditeur, Paris, 2004.

CLERK & LINDSELL: *On Torts*, Sweet & Maxwell, London, 2006.

COLEMAN, J.: *Riesgos y Daños* (Trad. Diego Papayannis, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2010.

CORRAL TALCIANI, H.: *Lecciones de Responsabilidad Civil extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2013.

De ÁNGEL YÁGUEZ, R.: "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de octubre de 2008" en *Comentarios a las sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 2º, Dykinson, Madrid, 2008.

DEL OLMO, P.: "Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas", *ADC*, Vol. 54, núm. 1, Madrid, 2001.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas Thomson Reuters. Pamplona, 2011.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, T.V, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DOBBS, D.: *Hornbook on torts*, West Academic Publishing, St. Paul, 2016.

DOMAT, J.: *Las leyes civiles en el orden natural*, T. II, Editorial José Taulo, Barcelona, 1844.

DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil. Parte Preliminar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil, Parte II*, Vol. 2, Editorial Bosch, Barcelona, 1954.

EPSTEIN, R.: *Torts*, Aspen Law & Business, New York, 1999.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, (Coord. M. MARTÍN-CASALS): *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.: "Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe", en *Cuadernos de extensión jurídica (U de los Andes)*, núm. 6, Andros Impresores, Santiago, 2002.

FERRAJOLI, L.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

FLEMING, J.: *The Law of torts*, Thomson Reuters, Sydney, 2011.

GARRETA SUCH, J.: *La responsabilidad de los auditores por no detección de fraudes y errores*, Marcial Pons, Barcelona, 2002.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, Distribuciones de La Ley, Madrid, 1994.

GRIMALDÓS GARCÍA, M.: *Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

HEDEMANN, J., *Derecho de obligaciones*, Vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

JANSEN, N.: "Los fundamentos normativos de la ponderación racional" en *La Teoría principalista de los Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.

KANT, I.: *Principios metafísicos del Derecho* (traducción de G. Lizagarra), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1873.

*Las Partidas de D. Alfonso X, El Sabio*, Versión española publicada en Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844.

LEPIN MOLINA, C.: *Efectos patrimoniales de la terminación del matrimonio: la compensación económica*, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, disponible en [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/de-lepin\\_c.pdf?sequence=3](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106722/de-lepin_c.pdf?sequence=3), fecha de consulta 15 de enero del 2019.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

MARTÍN-CASALS, M.: "La 'modernización' del derecho de la responsabilidad extracontractual", en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2011.

MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: "Pure Economic Loss: La indemnización de los daños patrimoniales puros" *Revista de Derecho Privado europeo*, Cóllex, Madrid, 2003.

MCGREGOR, H.: *On Damages*, Sweet & Maxwell Thomson Reuters, London, 2017.

MORALES MORENO, A.: "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", *ADC*, Vol. 35, núm. 3, Madrid, 1982.

MORALES MORENO, A.: "Tres modelos de vinculación del vendedor con las cualidades de la cosa" *ADC*, tomo LXV, Madrid, 2012.

NINO, C.: *Una teoría de la justicia para la democracia*, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013.

OTERO CRESPO, M.: *La responsabilidad civil de los auditores de cuentas*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

OWEN, D.: "Fundamentos filosóficos de la culpa en el Derecho de la Responsabilidad Civil extracontractual", en *Teoría de la Responsabilidad Civil extracontractual*, Biblioteca Universitaria de Ciencias Sociales y Humanidades, Bogotá, 2014.

PALMER, V. y BUSSANI, M.: *Pure economic loss*, Routledges-Cavendish, London and New York, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, Á.: *La responsabilidad civil de los auditores*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

PANTALEÓN PRIETO, Á.: "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

PEÑAILILLO ARÉVALO, D.: *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

POSNER, R.: *El análisis económico del Derecho*, Fondo de cultura económica, Ciudad de México, 2013.

POTHIER, R.: *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliesta S.R.L, Buenos Aires, 1993.

POTHIER, R.: *Tratado de los contratos de beneficencia*, Imprenta y Litografía J. Roger, Barcelona, 1845.

RAWLS, J.: *Teoría de la Justicia* (Trad. M. Dolores González), Fondo de Cultura Económica, reimpresión, México, 2006.

REGLERO CAMPOS, L.: "Los sistemas de responsabilidad civil", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, T. I. Pamplona, 2013.

REPATORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENA, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

RIBOT IGUALADA, J.: *La responsabilidad extracontractual de los auditores en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro*, Aranzadi Civil, Madrid, 2009.

RIVERA RESTREPO, J. y BARCIA LEHMANN, R.: "¿En qué casos el incumplimiento de deberes del matrimonio genera responsabilidad civil?", *Revista Ius et Praxis*, Año 21, núm. 2, Talca, 2015.

SALVADOR CODERCH, P. y Fernández Crende, A.: "Causalidad y responsabilidad" *Indret, Working Paper n° 329*, Barcelona, 2006.

SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado de las ideas* (Director: P. Salvador Coderch), Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SCHOPF OLEA, A.: "La responsabilidad civil de los auditores" en *Estudios de Derecho Civil*, T. III, Legal Publishing, 2011.

SHAVELL, S. *Fundamentos del Análisis Económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law Third*, St. Paul, Mn., American Law Institute Publishers, 2010.

VAN DAM, C.: *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

VIDAL OLIVARES, Á.: "El efecto absoluto de los contratos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 6, Santiago, 2006.

VON BAR, C., CLIVE, E., SHULTE-NÖLKE, H., BEALE, H., HERRE, J., HUET, J, STORME, M., SWANN, S., VARUL, P., VENEZLANO, A., ZOLL, F.: *Principios, Definiciones y Reglas de un Derecho Civil Europeo: El Marco Común De Referencia (DCFR)*, (Coord. C. Jerez Delgado), Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2015.

VON THUR, A.: *Tratado de las Obligaciones*, T. I., Editorial Reus, Madrid, 1934.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson S.A., Madrid, 2017.

ZIMMERMANN, R.: "Enriquecimiento sin causa: la moderna orientación de los ordenamientos jurídicos occidentales" en *Derecho de Obligaciones*, Legales Ediciones, Lima, 2012.

ZIMMERMANN, R.: *Law of obligations*, Oxford University Press, Oxford (Great Britain) 1996.



# NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA: EL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL\*

## NOVATION AND MODIFICATION OF THE OBLIGATION: ARTICLE 1203 OF THE CIVIL CODE

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 168-203*

Este trabajo se enmarca en el ámbito del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, del Proyecto DER2017-86292-P del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, de la Agencia Estatal de Investigación y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, cuya dirección corresponde al Dr. D. Gorka Galicia Aizpurua y del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1239-19 - Persona, Familia y Patrimonio, del que es investigador principal el Dr. D. Jacinto Gil Rodríguez.





Sandra  
CASTELLANOS  
CÁMARA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** El artículo 1203 del Código civil español es invocado como el principal soporte de aquella tesis, predominante en doctrina y jurisprudencia, que atribuye a la novación una eficacia distinta de la típicamente extintiva, al reconocerse junto a ella la existencia de una novación modificativa. Este trabajo tiene por objeto el replanteamiento de dicha conclusión a través de un detenido análisis de la letra de la norma y de los supuestos que engloba.

**PALABRAS CLAVE:** Obligación, relación obligatoria, novación extintiva, novación modificativa, asunción de deuda, subrogación por pago.

**ABSTRACT:** *Article 1203 of the Spanish Civil Code is generally used as a support to the main thesis in doctrine and civil law jurisprudence that gives the novation a different effectiveness from its traditional one, creating the so-called modificatory novation. The aim of this paper is to reconsider that conclusion, by means of analyzing not only the text of the law but also the different cases it provides.*

**KEY WORDS:** *Obligation, mandatory relationship, extinctive novation, modificatory novation, debt assumption, subrogation by payment*

**SUMARIO.-** I. DE LA NOVACIÓN EXTINTIVO-CONSTITUTIVA A LA MERAMENTE MODIFICATIVA: EXÉGESIS PREDOMINANTE.- II. REPLANTEAMIENTO: EL EXACTO SENTIDO DEL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL.- 1. La “modificación”: ¿efecto o mecanismo jurídico?- 2. Los supuestos de hecho que contempla la norma.- A) La sustitución de la persona del deudor: ¿subsistencia o extinción de la deuda?- B) La naturaleza jurídica de la subrogación.- C) La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación.- III. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1203 Y 1255 DEL CÓDIGO.

---

## **I. DE LA NOVACIÓN EXTINTIVO-CONSTITUTIVA A LA MERAMENTE MODIFICATIVA: EXÉGESIS PREDOMINANTE.**

Entre los distintos modos de extinción de las obligaciones se encuentra, a tenor del art. 1156 del Código Civil español, la novación, a cuya regulación se consagran los arts. 1203 a 1213, que conforman la Sección 6ª del Capítulo IV que trata “*De la extinción de las obligaciones*”. Además, fuera de estos preceptos, alude a ella el art. 1143 CC en materia de solidaridad, cuando señala que “[l]a novación... hecha(s) por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, *extingue(n) la obligación*”. El marco que ofrecen estas normas y su misma ubicación sistemática sugiere por tanto, a primera vista, que debe pensarse en esta institución como un medio extintivo de las obligaciones, en sintonía con su tradición histórica<sup>1</sup>.

La *novatio obligationis* encuentra en el Derecho romano clásico su punto de partida, en el que ya se concibe como la sustitución de una obligación por otra, a través del complejo e inescindible efecto “extinción-creación” que ha trascendido hasta nuestros días. La novación tiene en aquella primera etapa un papel decisivo en tanto que principal vía para articular jurídicamente la “transmisión” de la *obligatio* romana que, de otro modo, no puede producirse dada su concepción como vínculo estrictamente personal entre dos sujetos. Así, aunque en sentido técnico-jurídico se traduce en la extinción de una obligación y el nacimiento de otra destinada a

---

1 Vid. un estudio detallado de los antecedentes históricos de la institución en SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964, pp. 15-142 y FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 17-214.

### • Sandra Castellanos Cámara

Graduada en Derecho por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) con Premio Extraordinario Fin de Carrera correspondiente al curso 2013/14 y Máster Universitario en Abogacía por la UPV/EHU (2016). Actualmente es investigadora predoctoral en el Departamento de Derecho Civil de la UPV/EHU y beneficiaria de una Beca Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor del Gobierno Vasco. Correo electrónico: sandra.castellanos@ehu.es.

ocupar su lugar; desde una perspectiva económica y social se muestra como la manera de trasladar el contenido de la obligación de un sujeto a otro y satisfacer con ello la demanda presente en la práctica. Por ello se dice que la institución surge automáticamente de la idea de la *inmutabilidad del vínculo obligatorio*<sup>2</sup>.

Su singular operativa explica la caracterización de la novación como medio *extintivo-constitutivo*: la válida extinción de la obligación primitiva requiere que de forma correlativa nazca un nuevo vínculo obligatorio, el cual, por tomar para sí algunos elementos de aquella, viene a sustituirla [*transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, según la conocidísima definición de ULPIANO que se conserva de las fuentes clásicas (Digesto 46, 2, 1, pr.)]. De ahí se extrae uno de los principales caracteres de la novación, que encontramos ya en época clásica: el cambio de un elemento de la *obligatio civilis* en forma de modificación, introducida para que la *prior obligatio* se transforme en *nova obligatio* mediante la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*)<sup>3</sup>. Junto a estos tres elementos (obligación previa a extinguir, obligación nueva que sustituya a aquella y elemento discrepante entre ambas), destaca en aquel periodo la presencia de otro requisito esencial del acto novatorio, el *idem debitum* o identidad en el objeto de la obligación, que se suprime sin embargo en su evolución posterior al tiempo que la decadencia de las formas clásicas romanas –entre ellas, la del instrumento que sirve de soporte a la novación (la *stipulatio*)– hace que la *voluntas* de las partes pase a ser determinante de los efectos jurídicos del acto; se consagra así el *animus novandi* como presupuesto fundamental de la novación. En otras palabras: cuando el acuerdo verbal solemne en que consiste la *stipulatio* se transforma en una promesa documentada que no debe revestir una forma específica, la *novatio* solo puede quedar determinada por el *consensus* de las partes en torno a la extinción de la obligación primitiva, del que de algún modo debe quedar constancia en el negocio jurídico<sup>4</sup>. Las ulteriores etapas giran, en fin, fundamentalmente en torno a la forma en la que debe manifestarse este último requisito, para tratar de dilucidar cuándo el nuevo convenio sustituye el vínculo obligatorio anterior o cuándo, en cambio, crea una nueva obligación que subsiste junto a él.

De ahí posiblemente la ubicación sistemática elegida por nuestro legislador y esa conclusión a la que una primera aproximación a la institución conduce. Sin embargo, la novación no suele entenderse hoy si no es por relación o por contraste con la modificación de las obligaciones, a la que ha terminado por convertirse en una subespecie de aquella. Tan es así que, según la exégesis que actualmente predomina en doctrina y jurisprudencia, junto a la novación *romana*, *extintiva* o *propia* coexiste otra

2 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN), t. III, 2ª ed., Reus, Madrid, 1943, p. 224.

3 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., p. 23.

4 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., pp. 120 y ss.

*impropia* o *modificativa*, la cual entraña la subsistencia de la obligación primitiva con el nuevo contenido que resulte de la alteración de alguno de sus elementos. Dicho más claramente, hoy es comúnmente aceptado que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico efecto destructor de una obligación por creación de otra nueva y, por otro y de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único<sup>5</sup>. De esta guisa, los arts. 1203 a 1213 del Código no solo se conciben como reguladores de uno de los medios extintivos de las obligaciones, sino, asimismo, como el marco normativo de aplicación a la *modificación convencional de las obligaciones*, admitida sin discusión en nuestro Derecho como manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, como complemento y desarrollo del art. 1255 CC.

- 5 A salvo contadas excepciones (SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 155 y ss.; FUENTESSECA DEGENEFTE, M.: *El problema*, cit., pp. 230 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A.: "La llamada novación modificativa en el Derecho civil español", *RCDI*, núm. 498, 1973, pp. 1167-1220; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 303-320), los autores se decantan por admitir que la novación puede tener por efecto la modificación de la obligación. Entre ellos y sin ánimo de exhaustividad: CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 268 y ss.; AZURZA, P. J.: "Notas sobre novación", *RDP*, núm. XXXIV, 1950, pp. 590-615; HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito de la novación objetiva modificativa", *RDP*, núm. XLV, 1961, pp. 797-807; ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho civil*, t. II, v. I (estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER), 2ª ed. (al cuidado de J. PUIG BRUTAU), Bosch, Barcelona, 1966, pp. 222-226; REYES MONTERREAL, J. Mª: "Esencia de la novación", *RJC*, núm. 5, 1960, pp. 601-609; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I, 6ª ed. (revisada por M. MORENO MOCHOLI), Reus, Madrid, 1967, p. 855 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 17ª ed. (revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 2008, pp. 501 y ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 958 y ss.; MUÑIZ ESPADA, E.: *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011, *passim*; SACRISTÁN REPRESA, G.: "Novación", en AA.VV., *Acciones civiles*, t. II (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2013, pp. 1-56; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H.: "Notas sobre la denominada novación de las obligaciones", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. CUENA CASAS, L. A. ÁNGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 427-434.

Son igualmente reiteradas las declaraciones de nuestro Tribunal Supremo en las que reconoce abiertamente que el concepto de novación se ha ampliado de forma considerable en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano. Suele señalarse como punto de partida en esta andadura la STS 29 abril 1947 (RJ 607), en la que se sientan las bases para la admisibilidad de la llamada novación modificativa cuando se afirma abiertamente que "si bien el mencionado artículo 1204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto —novación extintiva— no a la meramente modificativa, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente "a sensu contrario" del texto del artículo 1207". Esta tendencia se confirma en la jurisprudencia posterior: SSTS 20 diciembre 1960 (RJ 4104), 14 octubre 1967 (RJ 3821), 16 febrero 1973 (RJ 475), 29 enero 1982 (RJ 1982, 335), 11 noviembre 1983 (RJ 1983, 6110), 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1150), 21 octubre 1991 (RJ 1991, 7229), 7 marzo 1992 (RJ 1992, 2007); y más recientemente, SSTS 13 octubre 1993 (RJ 1993, 7513), 31 mayo 1994 (1994, 3769), 23 febrero 1995 (1995, 1108), 15 marzo 1996 (RJ 1996, 2181), 25 febrero 1999 (RJ 1999, 1132), 24 octubre 2000 (RJ 2000, 9587), 29 diciembre 2003 (RJ 2004, 358), 4 marzo 2005 (RJ 2005, 1778), 16 marzo 2006 (RJ 2006, 5724), 7 noviembre 2008 (RJ 2008, 7701), 12 marzo 2009 (2009, 1645), 11 julio 2011 (RJ 2011, 5014), 21 febrero 2013 (RJ 2013, 2149), 11 febrero 2015 (2015, 335) y 11 febrero 2016 (RJ 2016, 236). Aunque se trata de contadas excepciones, hay también algunas resoluciones que con mayor rigor técnico se inclinan por contraponer a la novación, como medio extintivo de obligaciones, el fenómeno de su modificación, llegando a poner en duda que la figura de la novación sea compatible con la producción de efectos modificativos; entre ellas sobresalen las SSTS 24 febrero 1992 (RJ 1992, 1425) y 20 enero 2000 (RJ 2000, 223).

Huelga decir que nada en común comparten ambas “modalidades”, más allá del dato objetivo de que solo por medio de la alteración de una relación obligatoria ya existente puede llegar a alcanzarse alguno de los dos efectos jurídicos apuntados. Ahora bien, mientras la novación “propia” presupone la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de una nueva que viene a sustituirla, la “impropia” implica la pervivencia de la primera; cuestión en absoluto baladí si se tienen en cuenta sus consecuencias tanto desde el punto de vista de la indisociable extinción o *aparente* subsistencia de los derechos accesorios (entre ellos, claro está, los de garantía), como de la exigibilidad de la obligación resultante desde la perspectiva de la prescripción de la acción de que esté revestida e, incluso, de la distinta capacidad requerida para uno u otro acto, según sea de disposición o de administración.

Tras esta intelección de la ley, tan extendida hoy en el pensamiento jurídico, descansan dos líneas de razonamiento de índole diversa: una de ellas de orden práctico, presidida por la autonomía de la voluntad y ligada a la flexibilidad con que aspira a dotarse a los derechos de crédito en la vida económica moderna; y la otra de orden legal, que se alimenta de la imprecisión técnica del legislador para extraer de la confusión una interpretación acorde al fin recién apuntado<sup>6</sup>.

En cuanto a la primera, sobresale la idea de que las actuales necesidades del mercado no deben quedar encorsetadas por la rigidez de una institución que se muestra de otra época, obsoleta, *superviviente*<sup>7</sup>, acorde al rigor y formalismo que caracterizaba el Derecho romano (cuna de la novación) pero completamente alejada de los principios que inspiran el Derecho moderno, en el que la libertad de contratación y la autonomía privada protagonizan el devenir de las relaciones. Este cambio de paradigma, unido a la evolución que ha sufrido el concepto de obligación desde su entendimiento como un vínculo entre personas determinadas hacia su progresiva despersonalización, se utiliza para justificar la admisión de otros mecanismos jurídicos que, sin comprometer la identidad de la obligación primitiva, permitan articular la alteración deseada en una relación obligatoria tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo: la cesión de créditos o *de deudas*, la subrogación, la dación en pago y la novación *modificativa*<sup>8</sup>. Nótese, empero, que a salvo la cesión de créditos (arts. 1526 y ss. CC), el alcance que se otorgue a las restantes instituciones depende precisamente de la interpretación que se sostenga

6 Así lo reconoce HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., p. 51, cuando escribe que posiblemente la manera de expresarse el Código civil no hubiera sido suficiente por sí sola para dar entrada a la novación meramente modificativa, a lo que ha coadyuvado la búsqueda de instrumentos jurídicos acordes a las actuales necesidades del mercado. En la misma dirección apunta CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., pp. 504-505, quien, a pesar de reconocer los inconvenientes sistemáticos que presenta este actual sentido de la novación, lo estima práctico y ventajoso porque permite adaptar con sencillez las soluciones jurídicas a la voluntad de las partes y a las necesidades del tráfico.

7 COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental*, cit., p. 223.

8 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECERUS, cit., pp. 222 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 98 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., pp. 51 y ss.; y ESPÍN CANOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pp. 148 y ss.

de las normas sobre novación y así, v. gr., de los arts. 1205 y 1206 CC (asunción de deuda) y del 1212 CC (subrogación).

La interpretación predominante de la norma viene, en fin, alentada por unos aires de flexibilización que encuentran en la ambigüedad del legislador el marco perfecto para su desenvolvimiento. Atendido el dato normativo, la idea de que la modificación puede ser uno de los dos efectos jurídicos que cabe asignar a la novación dice sustentarse principalmente en la afirmación con la que el art. 1203 CC abre la regulación de la figura: “[l]as obligaciones pueden *modificarse*: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales; 2º Sustituyendo la persona del deudor; 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”. La literalidad de la norma ofrece así una de las claves en las que se sustenta la novación impropia, admitida la teoría de que el precepto en cuestión predica una única consecuencia jurídica para el caso de que concurra alguno de los tres supuestos que describe: su modificación<sup>9</sup>. Esta forma de expresarse el legislador revela, según el parecer dominante, que no está pensando en absoluto en la destrucción de la obligación sino, por el contrario, en su pervivencia, que es lo que en todo caso significa gramaticalmente el verbo *modificar*: la novación, conforme establece en su comienzo el art. 1203 CC, implica “modificación” y modificación no es extinción, ni esta es secuela necesaria de aquella<sup>10</sup>. Esta tesis trata de reforzarse, además, aludiendo a la forma en la que se describen los elementos sobre los que de modo específico puede versar la alteración, a cuyo fin se emplean expresiones que denotan no tanto la extinción, sino más bien la subsistencia de lo modificado: *variando, sustituyendo, subrogando*<sup>11</sup>.

Este argumento gramatical se acompaña, además, de uno de índole sustancial: del mismo modo en que la subrogación por pago no extingue la obligación, no tendría por qué hacerlo la alteración en el objeto o condiciones principales de la obligación, ni, por la misma razón, la transmisión a título singular de la deuda; es decir, dado que el supuesto que el art. 1203 CC describe en su ordinal tercero no conlleva extinción, sino subsistencia de la obligación, el precepto debe leerse en clave de modificación<sup>12</sup>.

9 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, p. 224; HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., p. 804; AZURZA, P. J.: “Notas sobre”, cit., pp. 599 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de*, cit., p. 149; PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 121. Argumento al que igualmente se acoge el TS en la consagración de la llamada novación modificativa [SSTS 29 abril 1947 (RJ 607), 29 enero 1982 (RJ 1982, 335) y 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1150), entre otras].

10 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222 y 225.

11 Aunque se muestra contrario a la existencia de una novación *modificativa*, reconoce SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 158-159, que la descripción que el precepto realiza de cada una de las tres especies de novación más parece referible a la modificación de la *prior obligatio* cuyo vínculo, alterado, subsiste, que a la extinción mediante creación de otra nueva en su lugar. En el mismo sentido, aunque ahora sí como partidarios de aquella: CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 283-284; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 417; HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., pp. 804-805; REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 605.

12 En opinión de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222, 408 y 420, “basta leer el artículo 1212 para percatarse de que la novación puede significar sucesión o modificación subjetiva”. Reafirma esta idea, según CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 277-278, el contraste entre el Código español y el francés e italiano que le sirvieron de modelo, pues mientras estos últimos sentaban

Ahora bien, este argumento remite, a su vez, a la regulación que de la subrogación contiene el art. 1212 CC, en virtud del cual “[l]a subrogación *transfiere* al subrogado el crédito con los derechos a él anexos”. Una vez más, la propia literalidad de la norma, que habla de *transferencia del crédito*, unida a la idea de que, si ordena la transmisión de *los derechos a él anexos*, es porque está contemplando el efecto contrario al que derivaría de regir la novación *extintiva* (art. 1207 CC), lleva a muchos autores a defender que la subrogación no entraña la extinción de la obligación sino su mera transmisión. El emplazamiento de la institución en sede de novación se percibe, por ende, como uno de los síntomas de la idea ambivalente que sobre esta última tiene el Código civil español. El razonamiento descansa, no obstante, en una premisa que nos conduce a otra discusión: la relativa a la naturaleza jurídica de la subrogación, que abordaremos después.

La conclusión que sobre el art. 1203 CC se acaba de exponer, se completa finalmente con la dicción del precepto que en orden le precede, el cual resuelve según el sentir mayoritario la tensión sobre cuándo debe producirse uno u otro efecto. El inciso inicial “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya*” se reputa así sinónimo de “*para que haya novación extintiva*” y a él se vinculan los dos requisitos que seguidamente señala la norma, a saber: “*que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*” (regla esta última, por lo demás, de muy difícil intelección). En la ausencia de los mismos ve la doctrina una puerta de entrada a la novación *modificativa*: si no concurre declaración terminante de las partes ni incompatibilidad a todo trance (art. 1204 CC), la novación no producirá extinción de la primitiva y creación de una nueva sino, muy al contrario, modificación de la primera y única. En fin, como regla general se asume que mientras el art. 1203 CC prevé en qué circunstancias la novación *modifica*, el precepto que le sigue establece cuándo esa modificación alcanza el estadio de *extinción-constitución* y, por consiguiente, la novación propia solo se producirá como resultado del doble juego e interrelación entre el *aliquid novi* (la *modificación* del 1203) y el *animus novandi* (1204), persistiendo en caso contrario el vínculo modificado (novación impropia o modificativa)<sup>13</sup>.

Aún más, si atendemos a las distintas modalidades de novación existentes en función de cuál sea el elemento sobre el que recae la alteración, observamos que el test de incompatibilidad que predica el art. 1204 CC únicamente se pone en relación con aquella que afecta al objeto de la obligación; o sea, cuando se lleva a cabo una modificación en algún aspecto objetivo de la obligación *inter easdem personas*,

---

como tercer caso de novación aquel en que, en virtud de una nueva obligación, un nuevo acreedor venía sustituido al antiguo (recogiendo así el efecto extintivo clásico de la novación), el español se aleja de una forma de expresión tan elocuente: en vez de “*en fuerza de una nueva obligación*” dice “*subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*”, lo cual evoca la idea de transmisión.

13 GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000, p. 115.

faltando ánimo extintivo, es cuando se pondera la eventual incompatibilidad para asignar uno u otro efecto al convenio. No así cuando la alteración se produce en el aspecto subjetivo de la obligación. Y es que, entendido el art. 1203 CC como sinónimo de modificación y “admitida” la transmisibilidad de las obligaciones al amparo de la autonomía de la voluntad, la doctrina mayoritaria alega no encontrar óbice para que los supuestos comprendidos en los apartados segundo y tercero puedan articularse sin solución de continuidad en el vínculo obligatorio.

En resumen, admitida como categoría específica la novación “modificativa”, su deslinde con la *típicamente* extintiva se rige, según la *communis opinio*, por los siguientes parámetros: la novación subjetiva activa por cambio de acreedor (art. 1203.3 CC), vía subrogación, se concibe como transmisión del crédito primitivo (art. 1212 CC), en un plano equivalente a la cesión (arts. 1526 y ss.) y, por tanto, como novación *modificativa* que solo mediando voluntad expresa y terminante de las partes podrá ser *extintiva* (art. 1204 CC); la novación subjetiva pasiva por cambio de deudor (art. 1203.2 CC) se regula en principio como extintiva, pero nada impide a las partes convenir la “sucesión” en la deuda ex art. 1255 CC; y por último, la novación objetiva (art. 1203.1 CC) es la única que, en determinados supuestos, será extintiva como consecuencia de la entidad de lo alterado e independientemente del *animus* de las partes. Esto ocurrirá, según una corriente doctrinal, cuando la variación afecte a un elemento *esencial* de la obligación primitiva (léase el objeto o las condiciones principales), mientras que, conforme a otra línea de pensamiento, alejada de reglas predeterminadas, dependerá de la *significación económica* de la modificación, que resolverá cuándo dos obligaciones, por no poder coexistir, son incompatibles ex art. 1204 CC. De lo recién expuesto se percibe el marcado protagonismo que en esta materia se concede a la autonomía de la voluntad, prácticamente concluyente del alcance de la “novación”, de la que, dicho sea de paso, y entendida propiamente como extinción por creación, queda bien poco<sup>14</sup>.

A la desafortunada redacción de los arts. 1203 y 1204 CC se le coloca, por último, el broche que ofrece el art. 1255 CC, exponente de libertad y flexibilidad. Se concluye así que, frente a la voluntad *declarada* de las partes de no querer extinguir la obligación existente (sino de modificarla) y considerando que no se produce lesión a lo prescrito por las leyes (a la *modificación* alude expresamente el art. 1203), ni habiendo afectación a la moral o al orden público ni perjuicio a tercero, “debe autorizarse tal modificación sin calificarla de novación en su sentido estricto”<sup>15</sup>. Sin embargo, resulta harto discutible que la modificación no cause, en efecto, perjuicio a terceros en determinados supuestos, hasta el punto de que tal vez y, precisamente por ello, los arts. 1203 y ss. del Código deban leerse no en clave de lo que autorizan o permiten sino, antes bien, de lo que proscriben o limitan.

14 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 204.

15 PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 223.



## II. REPLANTEAMIENTO: EL EXACTO SENTIDO DEL ARTÍCULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL.

### I. La “modificación”: ¿efecto o mecanismo jurídico?

Conforme ha quedado expuesto, del tenor y contenido del art. 1203 CC se extraen dos argumentos en apoyo de ese *extraño híbrido*<sup>16</sup> en que consiste la novación modificativa: uno primero meramente gramatical y formal, que se aferra con firmeza a la afirmación de que “las obligaciones pueden *modificarse*” para concluir que la novación puede tener ese efecto precisamente; y uno segundo de carácter sustantivo que, atendiendo a la naturaleza jurídica de las diferentes instituciones que el precepto regula (principalmente la subrogación, aunque también, por extensión, la llamada “asunción de deuda”), y supuesto que no entrañan extinción sino subsistencia del vínculo obligatorio, refuerza la idea de que la norma no ha de leerse en clave de extinción.

Atendida dicha tesis, no deja de causar empero cierta perplejidad que la regulación de una figura tradicionalmente vinculada con la producción de un efecto jurídico muy concreto, consistente en la extinción de la obligación, comience su desarrollo legal con la previsión en el art. 1203 CC de un efecto alternativo que exceptúa tal regla general. Antes bien, parece más lógico pensar que mediante aquel primer artículo debería, por el contrario, describirse en qué consiste la novación o cuáles son los supuestos de hecho que pueden dar lugar a un efecto que se da por sentado a tenor de la propia ubicación sistemática de la institución (Cap. IV: “De la extinción de las obligaciones”).

La pregunta es: ¿puede sostenerse que la novación consiste en la *modificación* de una obligación? Ya se sabe que, entendida desde la perspectiva de su eficacia extintiva, la novación solo se produce en virtud de la sustitución de una obligación por otra, es decir, que para que una obligación se extinga por novación es condición necesaria el nacimiento de otra nueva que ocupe su lugar. Sin embargo, esta última no surge *ex novo*, sino que toma como base una relación obligatoria ya existente en la realidad material y jurídica (cfr. art. 1208 CC): la obligación anterior es tanto presupuesto ineludible como parte necesaria de la nueva relación obligatoria. Vistas las cosas desde esta perspectiva, la *nova obligatio* siempre parte de una obligación preexistente cuyo contenido necesariamente *modifica* en su aspecto objetivo y/o subjetivo para la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*). Dicho de otra forma, para que exista novación se exige en todo caso la *modificación* de la obligación a extinguir; pues solo a su través puede alcanzarse el efecto jurídico novatorio. Así, la “modificación”, lejos quizás de ser uno de los efectos que cabe atribuir a la novación, lo que sin duda constituye es el mecanismo jurídico a través del cual se alcanza:

<sup>16</sup> CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1171.

toda novación requiere de la *modificación* de una obligación preexistente, aunque no toda modificación comporte novación. Resulta más apropiado colegir, por tanto, con GETE-ALONSO Y CALERA, que mediante el art. 1203 CC el legislador no está confiriendo a la novación una eficacia distinta a la extintiva, sino aludiendo al medio del que han de valerse las partes para alcanzar tal efecto jurídico<sup>17</sup>.

MANRESA Y NAVARRO nos ofrece una pista más al respecto: la “modificación” de que habla el Código hace alusión a la particularidad que presenta la novación respecto de los restantes modos de extinción de las obligaciones; y es que, si bien en ellos se produce una extinción “absoluta”, entendida en el sentido de que, si subsisten tras de sí relaciones jurídicas, será solo por accidente (v. gr., la repetición contra el deudor en el pago hecho por un tercero), en la novación esa subsistencia de relaciones es indispensable y un resultado directo de ella. Por ello, la novación, más que *extinguir* las obligaciones, lo que hace es *cambiarlas* en otras<sup>18</sup>. Esto explica, a nuestro juicio, que el Código se refiera a ella como “modificación”: solo mediante la modificación de la primera obligación puede nacer aquella destinada a reemplazarla.

Si se echa la vista atrás, se observará que esta forma de expresarse el legislador evoca a las fórmulas previamente utilizadas tanto en el Proyecto de Código Civil de 1851 como en el de 1836. Este último daba comienzo a la regulación de la novación mediante un artículo (el 1950) que preveía lo siguiente: “[e]ntiéndase por novación la *alteración* que las personas interesadas efectúan en una obligación cualquiera, ya sea *variándola* en su esencia, ya sujetándola a nuevas condiciones, o *modificándola de cualquier modo*”. No obstante, acto seguido consagraba el carácter extintivo de la institución: “[e] efecto de la novación es *extinguir absolutamente la obligación principal y las accesorias* que la corroboran” (art. 1951). De esta forma, la novación se describía aludiendo al mecanismo modificador necesario para alcanzar su particular efecto extinción-creación.

Idéntica conclusión se extrae del art. 1134 del Proyecto isabelino, en virtud del cual “[h]ay novación de contrato<sup>19</sup>, cuando las partes en él interesadas *lo alteran*,

17 GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: “Apuntes para”, cit., p. 306.

18 MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>o</sup>: *Comentarios al*, cit., p. 855. Parecidos términos emplean las SSTs 11 junio 1947 (RJ 770), 1 diciembre 1951 (RJ 2619) y 18 marzo 1992 (RJ 1992, 2206). Por su parte, RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”, *ADC*, 1987, núm. 3, pp. 910-911, pone de manifiesto que la novación se diferencia de otras figuras jurídicas en la presencia de *continuidad* y *discontinuidad* que hacen de ella un complejo fenómeno: la finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica “independiente” de la anterior sino *incidir* en ella, variando alguno o algunos de sus elementos y consiguiendo así una *adaptación* de la relación obligatoria a sus actuales intereses.

19 Se habla impropriamente de novación *de contrato* cuando en realidad, a la vista del resto del articulado y del capítulo en el que se integra, lo es de la obligación, lo que se achaca generalmente a un error de redacción (FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., p. 211 y MORETÓN SANZ, F.: *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 139), si bien SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 125, propone que tal vez no se quiso decir “novación de contrato” sino “novación por contrato”, en alusión al acto novativo del que deriva. Sin embargo, con ello estaría limitándose expresamente la novación a la libre convención de las partes, excluyendo que pueda tener también otras fuentes: *vid.* un estudio sobre el particular en GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999, *passim*.

sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo *cualquier otra alteración sustancial* que demuestre claramente la intención de novar". Pues bien, la elección en el uso del verbo *alterar* no suponía consagración de un efecto distinto de aquel que derivaba de la tradición romanística. El precepto se limitaba, en realidad, a describir qué circunstancias daban lugar a la novación, sin prejuzgar su consecuencia jurídica, expresamente contemplada después en el art. 1138: "[p]or la novación se *extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias*" y, en coherencia con aquel, en el art. 1137 en materia de obligaciones solidarias, en el que se reiteraba la fórmula utilizada respecto del pago (art. 1063), medio extintivo por excelencia, lo que demuestra la pareja eficacia que se asignaba a ambos. A ello apunta además la fórmula genérica con la que se cierra el precepto: solo su lectura en clave de extinción explica que la variación deba ser de notable entidad ("*cualquier otra alteración sustancial*"), así como que el ánimo de novar deba aparecer con absoluta claridad ("*que demuestre claramente la intención de novar*"), lo cual no sería preciso si la novación comprendiese la mera modificación de la obligación primitiva<sup>20</sup>.

FUENTESECA DEGENEFÉ se remonta aún más atrás: la "modificación" que predica el Código en el art. 1203 podría considerarse un residuo de la *novatio* postclásico-justiniana, tal y como se recoge en la C. 8, 42, (41), 8, en la que la modificación de determinadas condiciones de las obligaciones también implicaba *novatio* si las partes así lo manifestaban expresamente<sup>21</sup>. Sea como fuere, entendida de esta forma, la modificación de la que habla el Código no es incompatible con el concepto de extinción romano, más bien al contrario: el cambio o modificación de la relación obligatoria primitiva ha estado siempre presente en la novación como parte necesaria de ella.

Además, concebido así el art. 1203 CC cobra sentido que se limite a enumerar aquellas tres circunstancias: alteración en el contenido esencial, sea el objeto sean las condiciones principales, o en los sujetos que conforman la relación obligatoria, pues se trata de "modificaciones" de una entidad tal que son perfectamente susceptibles

20 Lo anterior queda confirmado a la vista de los antecedentes y concordancias que a la norma anuda GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 153. Entre los antecedentes destaca la definición ulpiana del Digesto (46, 2, 1) y la alusión al *renovamiento* de las Siete Partidas (P. 5, 14, 15), de cuyas fuentes en ningún momento se infiere que la novación pueda traducirse en una tal *modificación*. A ello se suman afirmaciones del principal autor del texto isabelino como las que siguen: "la novación, cuando queda el mismo deudor, supone *dos obligaciones, la antigua que se extingue y la nueva substituida* en lugar de aquella"; "la renuncia a los derechos que daba la *obligación primitiva* no debe pender de una presunción"; "la opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutiois (non obligationis)*, no por esto hay *novación*", lo mismo que "según las leyes Romanas *no había novación* por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior" (nótese que si "no la hay" es porque se piensa en ella como extinción, pues si se contemplase también el presunto efecto modificativo, "sí la habría"). Lo mismo se infiere cuando analiza la "novabilidad" de una obligación pura en otra condicional y viceversa: no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en alguna de ellas, porque en ese caso "no hay más que una sola obligación, y *toda novación requiere dos*".

21 FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema*, cit., pp. 171-173.

de provocar la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de la nueva. La interpretación contraria, es decir, aquella que ve en el art. 1203 CC una relación de los supuestos en los que una obligación se modifica, no resulta por el contrario satisfactoria: no solo por la total evidencia de que las partes puedan alterar la obligación con eficacia modificativa en aspectos no contemplados en el precepto<sup>22</sup>, sino porque, pudiendo hacerlo precisamente al amparo del principio de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 CC, ninguna lógica guarda que el legislador regule en sede de novación manifestaciones concretas de esa libertad si no es, precisamente, para limitarla.

En definitiva, todo indica que cuando el legislador se sirve de los verbos “modificar” y “variar”, no busca con ello atribuir a la novación un efecto distinto, sino únicamente describir el medio a través del cual se alcanza: mediante la *modificación* de los *aspectos sustanciales* de una obligación. Ahora bien, sentado lo anterior, procede a continuación valorar si los tres supuestos que el precepto enumera confirman la tesis sostenida y refutan, así, el segundo de los argumentos expuestos al inicio. Para ello se hace necesario ahondar en la naturaleza jurídica de las dos instituciones que se relacionan en los apartados segundo y tercero de la norma, y buscar respuesta a los dos siguientes interrogantes: ¿puede sustituirse la persona del deudor con subsistencia de la obligación primitiva?; ¿puede subrogarse un tercero en los derechos del acreedor sin comprometer con ello la identidad en el crédito? Una vez resueltas tales cuestiones, estaremos en disposición de abordar el análisis de su apartado primero y concluir, en fin, el sentido que consideremos más adecuado para tan controvertido precepto.

## 2. Los supuestos de hecho que contempla la norma.

### A) La sustitución de la persona del deudor: ¿subsistencia o extinción de la deuda?

El reemplazo del deudor, que el art. 1203 CC enuncia en el apartado segundo, nos coloca de nuevo ante la disyuntiva de su naturaleza extintiva o modificativa: ¿puede llevarse a cabo sin solución de continuidad en la obligación primitiva o, por el contrario, extingue inevitablemente la deuda contraída en primer lugar y hace nacer una distinta a cargo del nuevo obligado? Esta cuestión, indiscutida en la doctrina tradicional<sup>23</sup>, que encontraba en la novación (*extintiva*) el único cauce para procurar

22 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, v. II-1, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 238.

23 Vid. por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2ª ed., Madrid, 1899, pp. 424 y ss. Posteriormente, a pesar del giro interpretativo, continúan mostrándose como partidarios de esta tesis DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Cesión del arrendamiento y subarriendo”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 97-123; SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 163-164, 393 y ss.; REY PORTOLÉS, J. M.: “La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 117-153; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de Derecho civil*, II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 189-194; ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG

la sustitución de un elemento que se consideraba esencial a la relación obligatoria y sin el que por tanto no podía subsistir, se percibe hoy de manera muy distinta. A partir de la aportación de CLEMENTE DE DIEGO, numerosos autores han seguido sus pasos mostrándose favorables a la sucesión de deuda convencional, es decir, a la transmisión de deuda sin novación, al amparo de la libertad de pacto que rige en nuestro Derecho: ninguna razón se opone, a su juicio, a que el cambio de deudor pueda realizarse sin pérdida de identidad de la obligación primitiva, que perdurará con la única salvedad que supone el cambio en la persona del sujeto pasivo que integra la relación<sup>24</sup>.

Esta nueva orientación de la cuestión se nutre de una serie de argumentos de orden doctrinal y legal<sup>25</sup>. En cuanto a los primeros, y partiendo de la conveniencia de admitir la transmisibilidad de las deudas para la vida útil, se alega que la desaparición de la concepción personalista del vínculo obligatorio que regía en Derecho clásico permite desvincularlo de los sujetos que integran la relación, en un entendimiento enteramente patrimonialista de aquel. Además, si pueden transmitirse las deudas a título universal, ¿por qué no a título singular? Y admitida la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas? En segundo lugar y por lo que hace a los argumentos legales, no existe un criterio unánime respecto de las normas que sirven de soporte a la figura, es decir, sobre si puede construirse al amparo de las que regulan la novación (arts. 1203.2º, en relación con el 1204, 1205 y 1206 CC), considerando que

BRUTAU, J.): "La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 361-388, si bien este autor parece desvincularse de aquella tesis en el análisis que al respecto del art. 118 LH realiza en ROCA SASTRE, R. M. et al., *Derecho hipotecario*, t. VIII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 226 y ss.; y, por último, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 255-290.

- 24 A CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., *passim*, principal precursor de esta corriente, se le suman, entre otros muchos, los siguientes autores: VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4ª. ed., Valladolid, 1937, pp. 156 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, A.: "La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular", AAMN, núm. 1, 1945, pp. 183-206; JORDANO BAREA, J. B.: "Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950", ADC, núm. 4, 1950, pp. 1372-1382; GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 227-246; CRISTÓBAL MONTES, A.: "La cesión de contrato", ADC, núm. 4, 1968, pp. 851-890; GARCÍA VALDECASAS, G.: "La sucesión en las deudas a título singular", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 209-226; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: "Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español", *La Ley*, núm. 4, 1987, pp. 1089-1116; ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996, pp. 20 y ss.; BASOZABAL ARRUE, X.: "El contrato de asunción de deuda", ADC, núm. 1, 2000, pp. 83-160; GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 22-35; HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 59-65, 505 y ss., y de la misma autora, "Transmisión pasiva de las obligaciones", en AA.VV., *Acciones civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO) t. II, *La Ley*, Madrid, 2013, pp. 59-174.

Por su parte, si bien la jurisprudencia inicialmente estimó axiomático que toda novación por cambio subjetivo de deudor era rigurosamente extintiva, posteriormente ha venido a admitir la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*. Esta moderna concepción se plasma por primera vez en la STS 22 febrero 1946 (RJ 254) y, de forma decisiva, en la 10 febrero 1950 (RJ 194), a las que les siguen numerosas resoluciones: SSTS 11 diciembre 1979 (RJ 1979, 4359), 7 junio 1982 (RJ 1982, 3407), 1 diciembre 1989 (RJ 1989, 8786), 23 diciembre 1992 (RJ 1992, 10687), 20 febrero 1995 (1995, 887), 16 marzo 1995 (RJ 1995, 2659), 10 junio 2003 (RJ 2003, 4595), 8 noviembre 2007 (RJ 2007, 8105) y 30 enero 2015 (2015, 317), entre otras muchas. Para un resumen de la posición de la jurisprudencia, *vid.* BATUECAS CALETRIO, A.: "La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RDP, núm. 2, 2007, pp. 71-92.

- 25 Se sigue en este punto la exposición de SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 310 y ss.

la doctrina actual atribuye a esta figura una posible eficacia modificativa, o si debe acudir, a falta de una regulación específica al modo del Derecho alemán (arts. 414 a 418 del B.G.B.), al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Sea como fuere, según esta segunda tesis, la sustitución de la persona del deudor tendrá una eficacia extintiva o modificativa respecto de la primera obligación en función de cuál sea el *animus* o voluntad de las partes, incluyendo no solo la de los deudores llamados a suceder, sino asimismo la del acreedor, sin cuya anuencia no puede llevarse a cabo la alteración por exigencia del art. 1205 CC: “[I]a novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor”. Pues bien, si el acreedor, a quien más directamente afecta el cambio en la persona del deudor, pues con él muta el entero patrimonio que queda respondiendo de la deuda, presta su consentimiento, no a la alteración (lo cual es exigencia insoslayable ex art. 1205), sino a que el cambio revista efectos modificativos, ¿por qué no habría de permanecer la misma deuda?<sup>26</sup>.

A todo lo anterior se opone, desde el punto de vista dogmático, el concepto mismo y la significación económica de la deuda como valor negativo, que hace de su identidad con la cesión de créditos mera apariencia. El crédito constituye un activo en el patrimonio del acreedor sobre el que este tiene derecho de disposición y que por ello es susceptible de transmisión, mientras que la deuda forma parte del pasivo, es una sujeción o limitación de la libertad de acción del deudor de la que no puede liberarse sino pagando<sup>27</sup>. En suma: el hecho de que pueda transmitirse un crédito no significa que pueda hacerse lo mismo con una deuda, porque su naturaleza es bien distinta. De ahí que el acreedor pueda prescindir del consentimiento del deudor en la cesión de su crédito (arts. 1526 y ss. CC) y, en cambio, la presencia del primero sea necesaria en la cesión de deuda, que puede realizarse, sin embargo, intervenga o no la voluntad del deudor (art. 1205 CC), lo que demuestra claramente que no es el antiguo sujeto pasivo quien “cede” su deuda ni el nuevo quien “sucede” jurídicamente al anterior, sino el acreedor quien, como verdadero titular del derecho, puede consentir la recepción de la prestación de otro sujeto distinto del deudor originario<sup>28</sup>. Del mismo modo, el que las deudas puedan transmitirse a título universal no significa que puedan hacerlo a título particular: en los supuestos de sucesión universal *mortis causa*, por la evidente razón de que el heredero no solo recibe las deudas, sino que lo hace conjuntamente con el resto de bienes del causante; así, el patrimonio que queda afecto al pago de aquellas es el mismo (el del finado) antes y después de la sucesión, al que además podrá unirse el del heredero en aquellos

26 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., p. 287.

27 LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011, p. 311.

28 ROCA SASTRE, R. M. Y PUIG BRUTAU, J.: “La transmisión”, cit., p. 365.

casos en los que no se limite su responsabilidad<sup>29</sup>. Por esta razón el acreedor no ha de consentir la sucesión, al contrario de lo que sí ocurre, como ya hemos apuntado, cuando el cambio de deudor tiene lugar *inter vivos* y a título singular. E idéntica razón subyace cuando la transmisión se produce a título universal *inter vivos*: las deudas solo son transmisibles en tanto en cuanto lo sean con el patrimonio al que gravan, pero no aisladamente consideradas<sup>30</sup>.

Desde el punto de vista legal, la regulación del Código Civil en materia de novación no parece ofrecer alternativa en este punto diferente a la del efecto extintivo-creativo. Así, el art. 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para que pueda operar “la novación”, que consiste en sustituirse un “nuevo deudor” en lugar del “primitivo”, mientras que el 1206 prevé como regla general la extinción de la acción del acreedor contra el deudor “primitivo” si el “nuevo deudor” deviene insolvente, con la única excepción de que dicha insolvencia hubiera sido “anterior y pública o conocida del deudor”, en cuyo caso la acción frente al primero *revive*. Súmese a lo anterior el art. 1207 CC, sistemáticamente ubicado en la regulación del cambio de deudor y que impone la extinción de las obligaciones accesorias cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, así como el 1208, que convierte en nula la novación si lo fuere también la obligación “primitiva”, por la elemental exigencia que impone la concurrencia de una *prior* y una *nova obligatio* válidas<sup>31</sup>.

Mas ¿*quid* respecto del art. 1255 CC? ¿Podría servir de soporte a la admisibilidad de la figura? En principio, nada parece oponerse a ello. Ahora bien, ¿frente a quienes resultaría, en realidad, oponible el pacto? Ya se ha dicho que el convenio celebrado entre el deudor y el tercero que se obliga a asumir la deuda carece de virtualidad (más allá de sus relaciones internas) frente al acreedor que no preste su anuencia (art. 1205)<sup>32</sup>. Si este consiente, seguirá no obstante resultando inoponible frente a

29 *Vid.* un estudio reciente y detallado de esta materia en AA.VV.: *Deudas y herencia* (dir. por G. GALICIA AIZPURUA), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

30 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 317, con cita, a modo ilustrativo, de un ejemplo de LACRUZ BERDEJO respecto de la imposibilidad de un camión de transportar un agujero: en sí mismos, los agujeros no pueden transportarse porque no tienen existencia aislada, pero practicados en la materia sí; de hecho, un camión transporta muchos agujeros cuando lleva una carga de regaderas.

31 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 319.

32 El convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo constituye una disposición de derecho ajeno que, como tal, queda subordinada a la *ratihabito* del acreedor que subsana el defecto de legitimación [STS 11 diciembre 1979 (RJ 1979, 4359)]. Cuestión distinta es que, a pesar de la negativa del acreedor al cambio de deudor, la asunción de deuda por un sujeto ajeno a la relación obligatoria pueda constituir una *asunción cumulativa de deuda*, “que no libera al deudor originario sino que supone la incorporación de un nuevo obligado que refuerza la garantía de pago” [STS 5 noviembre 2015 (RJ 2015, 4789)]. Algunas sentencias inducen a confusión cuando califican de “novación modificativa” a esta última [*vid.* a modo de ejemplo, las SSTS 27 noviembre 1990 (RJ 1990, 9056) y 27 junio 1991 (RJ 1991, 4631)], pero es importante tener en cuenta que en estos supuestos no hay en rigor novación de ningún tipo, pues ni siquiera concurre el supuesto de hecho que prevé el art. 1203.2 CC: la sustitución de la persona del deudor. En ella, ni se extingue ni se modifica la obligación prístina, que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago, en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca [STS 22 marzo 1991 (RJ 1991, 2428)].

los titulares de los derechos accesorios constituidos en garantía de la deuda, que se extinguirán ex art. 1207 CC salvo que acepten su subsistencia, pues de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor (sobre todo si el nuevo resulta insolvente), teniendo en cuenta que cuando concedieron la fianza, prenda o hipoteca lo hicieron en atención a la persona del deudor garantizado y a sus características personales o patrimoniales<sup>33</sup>. Y aun cuando todos los anteriores se mostraran favorables a la identidad sucesoria, el pacto continuaría resultando inoponible frente a los acreedores del nuevo deudor; los cuales no podrían ser pospuestos en el cobro de su derecho en un hipotético concurso de acreedores sino a partir de la fecha en la que el nuevo obligado hubiese contraído el débito (art. 1924.3 CC), que es el instante a partir del cual queda gravado su patrimonio (garantía común de los acreedores en virtud del principio de responsabilidad universal ex art. 1911 CC)<sup>34</sup>. Por lo demás, esta misma solución es la que rige en el sistema alemán, en el que por imperativo del párrafo 418, se extinguen los derechos de garantía inicialmente creados, salvo consentimiento en contrario del garante, y desaparecen los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido oponer en el concurso de acreedores contra el deudor; que no pueden hacerse valer en el concurso del asumente.

Lo recién expuesto pone en evidencia, entonces, que la pretendida sucesión en la deuda necesita de los mismos requisitos y ofrece la misma estructura que la novación subjetiva por cambio de deudor; es decir, demanda el mismo grado de consentimiento por parte de todos los sujetos (deudor, acreedor, terceros garantes, etc.) que el exigido para el nacimiento de una nueva obligación de *idem debitum* con distinto sujeto obligado. Y ¿acaso cabe asignar a dos instituciones con idénticos presupuestos efectos tan dispares como la extinción y la conservación de la obligación primitiva? ¿De qué sirve llamarla *asunción de deuda* en vez de *novación*, si precisa las mismas condiciones y comporta idénticas consecuencias prácticas? En fin, como acertadamente apunta SANCHO REBULLIDA, lo único que se consigue en realidad es cambiar de nombre a la vieja novación, dándole el de *sucesión*, para añadir que no se trata de verdadera sucesión jurídica<sup>35</sup>, lo que se pone de manifiesto siempre que alguno de los sujetos antes apuntados se oponga al pacto: entonces aflorará la novación (extintiva) enmascarada por la convención de los interesados, para actuar como salvaguarda de los derechos de dichos terceros, frente a quienes se entenderá extinguida la deuda.

En definitiva, las partes podrán en el marco de su libertad contractual configurar la nueva obligación “como si se tratase de la antigua” a todos los efectos relacionados

33 ROCA SASTRE, R. M. y PUIG BRUTAU, J., “La transmisión”, cit., pp. 366-367.

34 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 406; BASOZABAL ARRUE, X.: “El contrato”, cit., pp. 146-149.

35 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 182. En un sentido parecido, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., p. 382.



para con ellas, pero mantener que la deuda no ha cambiado después de que pase a otro deudor; de que se halle respaldada por un patrimonio distinto e incluso de que pierda los privilegios y garantías que le servían anteriormente de refuerzo, se queda, cuando menos, en intento infructuoso<sup>36</sup>.

## B) La naturaleza jurídica de la subrogación.

La subrogación, enunciada en el apartado tercero del art. 1203 CC y con desarrollo en los arts. 1209 a 1213 CC, sirve sin lugar a dudas como principal argumento a quienes abogan por una novación *modificativa*. Sin embargo, el recurso a esta figura solo es posible en la medida en que se dé por válido el presupuesto de que la subrogación opera una transmisión del crédito en favor de un tercero, lo que no resulta en absoluto doctrinalmente pacífico.

La *subrogación por pago* o el *pago con subrogación* es un efecto complementario que, en determinadas circunstancias, se anuda bien al pago de débito ajeno realizado por tercero (arts. 1158, 1159, 1209 y 1210 CC) bien al efectuado por el propio deudor cuando para ello haya tomado prestado el dinero también de un tercero (art. 1211 CC). Pues bien, más allá de la relación interna que medie entre el deudor y dicho tercero en función de si este último ha intervenido como mandatario, prestamista, etc., puede producirse en estas hipótesis, como consecuencia jurídica añadida, la de la subrogación, o sea, el ingreso del tercero en el lugar que ocupaba el primitivo acreedor. Ahora: ¿en qué se subroga exactamente?, ¿adquiere por mor de la subrogación la titularidad del crédito que, aunque pagado, subsiste, o únicamente los privilegios y garantías de aquel para refuerzo del crédito del que ha devenido titular como consecuencia del pago?

La subrogación plantea, entonces, la siguiente disyuntiva: o bien se entiende que excepciona el efecto extintivo que, de acuerdo con la teoría general del Derecho de obligaciones, produce todo pago (art. 1156 CC), permitiendo en su lugar la transmisión del crédito primitivo, o bien se admite la extinción de este último pero no la de sus adinículos, que subsisten y se transmiten para adorno del nuevo crédito de regreso que ostenta el tercero contra el deudor; con la consiguiente alteración del principio de accesoriadad<sup>37</sup>. La doctrina se divide así, principalmente, entre las teorías de la transmisión del crédito y las del pago o extinción<sup>38</sup>, con clara preeminencia de las primeras. Y es que está hoy día ampliamente extendida en el pensamiento jurídico la idea de que la subrogación comporta una transmisión del crédito y de los derechos a él anexos desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al

36 ROCA SASTRE, R. M. Y PUIG BRUTAU, J.: "La transmisión", cit., p. 385.

37 CAÑIZARES LASO, A.: *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 53.

38 Vid. una clasificación detallada de las distintas teorías en ESPÍN CÁNOVAS, D.: "Sobre el pago con subrogación", RDP, núm. 303, 1942, pp. 300-326.

del tercero *solvens*<sup>39</sup>, de acuerdo a una interpretación literal del art. 1212 CC: “[...]a subrogación *transfiere* al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor; ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

La *communis opinio* sitúa así la subrogación por pago en un plano equivalente a la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) por lo que a su naturaleza y a la identidad de sus efectos se refiere (arts. 1212 y 1528 CC)<sup>40</sup>, y conduce irremediablemente a negar que nuestro Código regule la novación (extintiva) por cambio de acreedor; que se relega a la libre convención de las partes en el marco de su libertad contractual (art. 1255 CC). Lo que, sin embargo, no puede obviarse es que, si algo diferencia a la cesión de créditos de la subrogación, es que mientras en la primera el crédito objeto de negociación es único y se transmite de cedente a cesionario en virtud del pacto alcanzado, en la subrogación coexisten dos derechos de crédito titularidad del *solvens* que paga en nombre de tercero: primero de todo, el crédito de repetición que ostenta frente al deudor por el que intercedió<sup>41</sup>; y, segundo, el crédito pagado, que, según esta tesis, paradójicamente subsiste y se le transfiere en virtud de la subrogación. Para los autores que defienden esta teoría se hace necesario determinar entonces cómo se articulan uno y otro<sup>42</sup>.

- 39 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de*, cit., pp. 277 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 408; SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 161-163; ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 344 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “Notas sobre la subrogación personal”, *RDP*, núm. 6, 1985, pp. 491-514; DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.; RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 39 y ss.; ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, N.: *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 326.
- 40 Idea a la que igualmente se suma el TS [S. 29 mayo 1984 (R) 1984, 2804]: “la subrogación personal es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1526 y ss. CC”.
- 41 Este varía en función de las circunstancias que hayan acompañado a su intervención. En efecto, el art. 1158 CC contempla en favor del tercero *solvens* hasta tres diferentes acciones de regreso contra el deudor: a) una primera posibilidad para quien paga con aprobación (expresa o tácita) del deudor, que, convertido en mandatario suyo, dispone frente a él de una *acción contraria de mandato* que le procurará ex arts. 1728 y 1729 CC una *absoluta indemnidad*, de suerte que la reclamación podrá comprender no solo el valor de la prestación, sino también todos los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiera podido sufrir (v. gr. los intereses de las cantidades anticipadas en concepto de lucro cesante), a lo que ha de añadirse que el tercero se *subrogará* en los privilegios y garantías correspondientes al débito saldado (art. 1210.2º CC); b) una segunda alternativa se ofrece, en forma de *actio negotiorum gestorum contraria*, a quien paga en la ignorancia del deudor y por consiguiente se erige en *gestor oficioso* del negocio del obligado, cuyo reembolso queda condicionado a que el pago haya reportado una *efectiva utilidad* al deudor, si bien, existiendo esta, podrá demandarle no solo lo que objetivamente importe la obligación, sino todos los gastos necesarios en que hubiera incurrido y la indemnización de los perjuicios sufridos; no habrá, en cambio, *subrogación* salvo acuerdo con el acreedor satisfecho (arts. 1159 y 1209 CC); y c) a quien pague contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158.III CC) solo resta, por último, la vía que le ofrece la acción de enriquecimiento injusto, con la que podrá exigir al obligado, no el entero empobrecimiento patrimonial que haya padecido, sino únicamente el *efectivo enriquecimiento* que al primero haya proporcionado (con exclusión, por tanto, de las expensas realizadas y de los perjuicios padecidos); no habrá, por ello, subrogación ni posible acuerdo al respecto. Este último régimen se extiende, además, a quien paga “*animo depraedandi*”, o sea, anteponiendo su interés al del obligado o gestionando más bien un asunto propio que ajeno. *Vid.* con mayor amplitud la doctrina que en este punto se ha seguido en CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C.: “Eficacia del contrato”, en AA.VV., *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ), t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1278-1281.
- 42 *Vid.* una relación de las distintas maneras de entender la relación entre el derecho personal del tercero y el derecho adquirido por subrogación en DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de*, cit., pp. 282 y ss. y GALICIA AIZPURUA,

Si se entiende que el *solvens* debe optar entre el crédito del que supuestamente ha devenido titular como consecuencia de la subrogación y aquel que deriva de su acción de regreso (porque tratándose de dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho se excluyen recíprocamente), se plantean dos claros inconvenientes cuando la extensión objetiva de ambas acciones no coincida plenamente. El crédito del tercero puede, en efecto, importar una cuantía superior de la que resultaría de la mera restitución del importe del crédito pagado, como cuando, v. gr., tenga derecho a la reparación de los perjuicios que su intervención le haya irrogado; en esas circunstancias, la necesidad de optar entre una u otra acción le coloca en la grave tesitura de elegir entre la íntegra restitución que le reportará el ejercicio de su acción personal o la inherente a aquel crédito que, aunque de menor cuantía, previsiblemente estará revestido de mayores garantías para su satisfacción. El tercero podría resultar entonces económicamente dañado como consecuencia de la subrogación sin que concurra razón alguna que lo justifique. Pero, además, también podría ocurrir, de forma alternativa, que se viese enriquecido sin causa cuando hubiese acordado con el acreedor primitivo la satisfacción de su crédito por una cantidad menor a la que este importe, al adquirirlo por su valor nominal ex art. 1212 CC: “[l]a subrogación transfiere... el crédito”. Pues de esta forma se le estaría autorizando a reclamar del deudor mayor cuantía de la correspondiente a su derecho de regreso<sup>43</sup>. Al margen de estos supuestos, la opción por una u otra vía conlleva para el *solvens* otra elección de gran transcendencia, pues ambas acciones tendrán un distinto plazo de prescripción<sup>44</sup>, de suerte que, de reclamar el crédito del acreedor primitivo, podría disponer de un breve periodo de tiempo para compeler al deudor el pago; y si prescribiese, ¿todavía restaría al tercero el ejercicio de su acción personal de regreso?<sup>45</sup>.

Los obstáculos anteriores parecen quedar a salvo si se concibe la subrogación como adquisición del crédito pagado *en garantía* del derecho personal subyacente del *solvens*, de tal forma que este último quede garantizado mediante el crédito que el primer acreedor ostentaba frente al deudor<sup>46</sup>. Así, el *solvens* quedaría facultado, de un lado, para hacer uso del crédito saldado al objeto de asegurarse la satisfacción de su derecho de regreso dentro de los límites cuantitativos de aquel (valiéndose, por tanto, de las garantías y privilegios que lo acompañen) y, de otro, para exigir la parte no cubierta por él si su crédito es cuantitativamente más elevado, aunque eso sí, sin privilegios especiales<sup>47</sup>.

---

G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 45 y ss.

43 De sendos peligros advierte GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 47-48.

44 RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación*, cit., p. 139.

45 Vid. STS 29 mayo 1984 (RJ 1984, 2804).

46 DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de*, cit., pp. 298 y ss.

47 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 49.

Ahora bien, considerando que el *solvens* ya es titular de un derecho personal de regreso como consecuencia de su intervención, ¿qué razón habría de tener el legislador para poner a su disposición un crédito complementario que debería reputarse extinto como consecuencia del pago? ¡No es cierto, además, que el acreedor que se subroga no persigue el crédito de otro, considerando que ninguna utilidad le reporta a salvo la de la posible utilización de sus privilegios y garantías para revestir el suyo propio? Pues bien, si se trasciende la letra del art. 1212 CC, la interpretación sistemática del Código lleva a inclinarse más bien hacia el entendimiento de la subrogación, no propiamente como la pervivencia del crédito pagado, sino como la simple comunicación al derecho de regreso que compete al *solvens* del rango, privilegios y garantías de que el primero disfrutaba<sup>48</sup>. La clave para esta segunda explicación nos la ofrece, de un lado, la interpretación conjunta de los arts. 1212 y 1213 CC y, de otro, la regulación de la subrogación *ex parte debitoris* (art. 1211 CC).

En cuanto a la primera, porque, como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, solo puede dotarse de pleno sentido a la previsión del art. 1213 CC si se concibe la subrogación como la comunicación de los adminículos del crédito satisfecho y no como la efectiva transmisión del crédito mismo. Según sus dictados, “[e]l acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto *con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar* a virtud del pago parcial del mismo crédito”. Pues bien, si se entendiese, de acuerdo a la teoría de la transmisión, que lo que se produce aquí es una suerte de división del crédito entre el acreedor primitivo y el tercero que paga parcialmente, la norma provocaría, en el caso de que el crédito estuviese desprovisto de toda garantía o privilegio, un resultado paradójico: el tercero subrogado que concudiese con el acreedor originario sobre el insuficiente patrimonio del deudor ocuparía peor posición que aquel tercero que nunca hubiese accedido al “beneficio” que reporta la subrogación. Dicho más claramente: el art. 1213 CC estaría determinando que el acreedor fuese *preferente* al subrogado, cuando sin embargo no lo es ante el tercero que ex art. 1158 CC realiza un pago extintivo o no subrogatorio<sup>49</sup>.

Si por el contrario, se parte de la premisa de que la subrogación comporta una mera transferencia al derecho de regreso de los adminículos que rodeaban el crédito saldado, en ningún caso podría resultar peor la posición del *solvens* con derecho a subrogación que la del tercero que no ostentase tal beneficio, por la sencilla razón de que no existiendo privilegios ni garantías de ningún tipo, nada habría

48 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 51. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999, pp. 249 y ss.; CAÑIZARES LASO, A.: *El pago*, cit., pp. 76 y ss.; y VITERI ZUBIA, I.: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 243 y ss.

49 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 51-52. De esta misma incongruencia advierte CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, p. 168.

en lo que subintrar y no resultaría de aplicación la regla que, en materia de prelación de créditos, contiene el art. 1213 CC: acreedor primitivo, subrogado y tercero sin derecho a subrogación concurrirían en plano de igualdad conforme a la regla de la *par conditio creditorum*. En fin, tratándose de créditos hipotecarios o privilegiados, así también cobraría pleno sentido la previsión del legislador: comoquiera que el acreedor originario era quien desde un inicio disfrutaba del rango, privilegios y garantías que rodeaban al crédito ahora parcialmente satisfecho, se comprende que pueda hacer uso de ellos para cobrarse “*con preferencia*” al tercero que se subrogue en su lugar y sea, por tanto, preferentemente pagado al *solvens*<sup>50</sup>.

En la misma dirección apuntan el art. 1211 CC y la norma que, en el ámbito hipotecario, le sirve de desarrollo: la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. En efecto, al amparo de aquel, la subrogación puede tener lugar no solo a instancias del tercero que paga un débito ajeno, sino también cuando es el propio deudor quien “*para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública*”, es decir, cuando es el propio obligado el que materializa la *solutio* con el numerario obtenido mediante préstamo concertado con otro acreedor. Ello pone claramente de manifiesto que la subrogación no comporta adquisición por el prestamista del crédito saldado: primero, porque ni tan siquiera es él quien efectúa el pago sino el propio deudor, a favor de quien se extiende la correspondiente “*carta de pago*”<sup>51</sup> (falla por tanto la tesis sobre el *pago no extintivo o traslativo* que parte de que cuando el tercero paga la prestación no lo hace *animo solvendi* sino con la finalidad última de adquirir el crédito<sup>52</sup>); y, segundo, porque, considerando que ya dispone de su propio crédito *ex mutuo*, lo único que verdaderamente puede interesarle es la ventaja que para su cobro puedan procurarle los privilegios y garantías que acompañaban al ahora extinguido<sup>53</sup>.

Esta conclusión se ve reforzada si atendemos a los precedentes más inmediatos del art. 1211 CC. El precepto procede directamente de su homónimo 1250 del *Code Napoléon* que, a su vez, recoge un Edicto del Rey Enrique IV de Francia y III de Navarra del día 20 de mayo de 1609, titulado “*Declaration du Roy portant pouvoir de succeder aux hypothèques des anciens creanciers, sans cession d’iceaux*” y que, con ocasión de una bajada generalizada en los tipos de interés, promovía la subrogación de aquellos prestamistas que estuviesen dispuestos a conceder un interés más bajo, en cuyo caso el primitivo acreedor había de ceder *las garantías* que estaban en su

50 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 52-53.

51 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., p. 257: “en este singular caso, nadie puede siquiera aventurar que el pago no extingue la obligación, porque aquí el pago lo realiza el mismo deudor, con dinero que, aunque proceda de otro, le pertenece, si no se quiere desnaturalizar también la propia esencia del préstamo de cosa fungible, que, según el artículo 1753 del Código civil, transmite la propiedad al prestatario, obligándose este a devolver otro tanto del mismo género y calidad”.

52 ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Sobre el pago”, cit., pp. 313-315.

53 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., pp. 56-57 y CAÑIZARES LASO, A.: *El pago*, cit., p. 132.

poder. El texto contemplaba en todo momento la sucesión en *las antiguas hipotecas* y privilegios en beneficio de los nuevos prestamistas, pero nunca en el derecho de crédito mismo, que se extinguía al ser satisfecho<sup>54</sup>.

En fin, admitido entonces que la subrogación no comporta la transferencia del crédito sino la de sus privilegios y garantías, cuando se produce *ex parte debitoris*, la misma conclusión debe hacerse extensiva a los supuestos contemplados en los arts. 1209 y 1210 CC, aunque el fenómeno subrogatorio se produzca aquí *ex parte creditoris*: la razón de que el legislador contemple las dos conjuntamente no puede ser otra que la de la identidad de sus efectos. De este modo se evitan las dos principales dificultades que plantea la teoría de la transmisión: primero, la necesaria conciliación del derecho del tercero con el crédito que presuntamente adquiere por subrogación y, segundo y principalmente, la supuesta excepción al principio extintivo del pago, que no cuenta con respaldo positivo alguno.

En lo que a esto último se refiere, destaca certeramente FERNÁNDEZ VILLA que el pago, en tanto que modo de extinción de las obligaciones, está positivado en la generalidad de los textos normativos en un sentido amplio, sin incluir entre sus requisitos que deba realizarse por el deudor. Tal es el caso de nuestro Código civil: lo enuncia en el art. 1156 CC como medio extintivo, lo define con una redacción impersonal en el 1157 (como la “*entrega de la cosa o la realización de la prestación en que la obligación consista*”) y permite a continuación que pueda ser sujeto activo de ese pago extintivo “*cualquier persona*” (art. 1158 CC) independientemente de cuáles sean sus móviles e incluso de los pareceres de deudor y acreedor (con la única excepción de que se trate de una prestación personalísima: art. 1161 CC); mientras que, desde el punto de vista pasivo, el receptor de la cosa o servicio en que consista la prestación tampoco tiene que ser necesariamente el acreedor (arts. 1162 y 1163 CC), pudiendo realizarse incluso en favor de quien lo sea solo aparentemente (art. 1164 CC). En esta última hipótesis, el pago también extingue la obligación entre deudor y acreedor, con independencia de que surja en favor del último un nuevo crédito cuya fuente es la ley, distinto del anterior y ejercitable frente al *accipiens* para recuperar de él lo que indebidamente haya recibido, al igual que, del pago realizado por el tercero, nace a su favor un derecho de reembolso frente al deudor. En definitiva, el pago equivale en nuestro Código civil a la “*realización de la prestación debida*” y ello solo y por sí mismo produce indefectiblemente la extinción del vínculo obligacional al margen de quién sea el sujeto que lo ejecute y, por tanto, aunque no se trate del deudor. Quienes, por el contrario, defienden que en ocasiones el pago no extingue la obligación, solo pueden ampararse en realidad en la hipótesis prevista en el art. 1212 CC y en el significado que a la subrogación otorgan: si se considera que equivale a la transmisión en el crédito, debe coherentemente sostenerse que el pago efectuado por tercero no extingue la obligación. Ahora, si la subrogación deja

54 VITERI ZUBIA, I.: *El pago*, cit., pp. 243 y ss.

de concebirse como una sucesión en el crédito del acreedor satisfecho y se percibe como un traspaso de sus privilegios y garantías, decae toda objeción a la eficacia extintiva de cualquier pago, incluso de aquel que haya sido efectuado por tercero<sup>55</sup>. Vemos, entonces, que la subrogación *por pago* no encierra la *contradictio in terminis* que tradicionalmente ha percibido en ella la doctrina.

Aún más: la tesis que aquí se defiende justifica el porqué de la ubicación sistemática de la subrogación, que ni se explica en atención al efecto modificativo que puede revestir la novación ni se corresponde, muy probablemente, con una incoherencia del legislador: Muy al contrario, si se tiene en cuenta que la subrogación presenta la particularidad de dejar subsistentes los privilegios y garantías que rodeaban al crédito saldado para adornar el que une a *solvens* con deudor, cobra toda lógica su inserción como un supuesto de novación y fuera, por tanto, de la sección dedicada al pago<sup>56</sup>. Ciertamente que a la subrogación precede siempre un pago, bien lo realice el deudor (art. 1211 CC) bien un tercero (art. 1210 CC), pero existe entre este medio extintivo y la novación una diferencia fundamental: mientras el pago supone una extinción “absoluta” del vínculo obligatorio primitivo, la novación se caracteriza por serlo solo “relativamente”, es decir, por crear tras de sí o como consecuencia de ella otra relación jurídica dispar. Vistas así las cosas, podría decirse que la subrogación reúne todo requisito que exige la novación (extintiva): una obligación previa entre el acreedor primitivo y el deudor que se extingue como consecuencia del pago (*prior obligatio*) y una obligación nueva entre el deudor y el tercero (*nova obligatio*) que deriva directa o indirectamente de aquella (pues se constituye *per relationem* con ella<sup>57</sup>) y a la que se comunican las garantías y los privilegios de la primera, pero con la que presenta una notable diferencia, consistente en el cambio de acreedor (aquí se hallaría el *aliquid novi*). De esta guisa, hay entre ellas una única diferencia en cuanto al alcance de sus efectos: mientras que la novación opera por lo general la extinción de la obligación principal y la de las accesorias que le acompañan (art. 1207 CC), no ocurre lo mismo con la subrogación, que exceptúa, en el sentido que luego se dirá, el principio de accesoriedad por lo que hace a estas últimas (art. 1212 CC).

En suma, subrogación y novación comparten la misma *esencia* y encierran un característico efecto extintivo-constitutivo que no puede predicarse del pago ni, en general, de ningún otro medio extintivo; de ahí probablemente la decisión del legislador de unificar su regulación, cumpliendo con ello la tarea que le encomendaba la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988: “se simplificarán los modos

55 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., pp. 195-212.

56 Ubicación escogida por el legislador francés y más cercana a la elegida en el Proyecto de 1851, que le dedicaba una sección aparte pero inmediatamente posterior a aquella asignada al pago.

57 Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., p. 325, el derecho de reembolso del *solvens* (o, añadimos, el crédito derivado del contrato de préstamo en el caso de la subrogación *ex parte debitoris*), aunque autónomo e independiente del derecho que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, viene a sustituirlo, y en determinada medida está vinculado a él, hasta el punto de que si aquel por el motivo que fuese no existe, este, como claramente puede comprenderse, tampoco llegar a nacer efectivamente.

de extinguirse las obligaciones, *reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente*, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición”.

Ahora bien, no puede negarse que la subrogación, así entendida, supone una excepción al principio de accesoriedad que rige en materia de garantías. En efecto, la extinción por pago del crédito principal debería conllevar correlativamente la de aquellos derechos accesorios que le acompañan y, por ello, existe ruptura de dicho principio tanto si se pretende que la garantía subsista sin un derecho principal, como si se admite que pasa a adornar otro diverso de aquel para el que inicialmente se constituyó. Sin embargo, ya se ha apuntado que la subrogación coloca al intérprete en la disyuntiva de optar entre admitir una excepción el efecto extintivo del pago o introducir una salvedad al principio de accesoriedad de las garantías y los privilegios, permitiendo que estos, establecidos para la salvaguarda de un concreto crédito, pasen a respaldar otro distinto. Y, mientras no encontramos qué razones podrían llevar al legislador a reconocer un pago no extintivo en materia de subrogación (pues verdaderamente nada aporta al *solvens* un crédito de otro acreedor como no sea la ventaja cierta de ocupar su privilegiada posición), sí las hallamos para excepcionar el principio de accesoriedad.

El fenómeno subrogatorio se explica sencillamente por razones de equidad: el legislador no pretende mediante él compensar el quebranto patrimonial que padece el tercero como consecuencia del pago de un débito ajeno, sino reforzar la satisfacción del derecho de regreso previsto a tal fin. Y ello solo puede conseguirse si se incentiva la intervención solutoria de aquel tercero que allana el terreno del acreedor y se expone, sin tener obligación de ello, a la posible insolvencia del deudor<sup>58</sup>. Lo mismo ocurre, precisamente, en el supuesto del art. 1211 CC y en su desarrollo legal (Ley 2/1994): a su través el legislador pretende favorecer que el deudor obtenga mejores condiciones de financiación, poniendo a su disposición un buen aliciente que ofrecer a sus potenciales prestamistas, a saber, una garantía de mejor rango que asegure la satisfacción de su crédito.

El art. 118.2 LH nos ofrece otro ejemplo más en apoyo de esta teoría cuando regula el supuesto de venta de finca hipotecada; en su virtud, “[s]i no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, *quedará subrogado este en el lugar del acreedor* hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado”. De guisa que, si el vendedor es finalmente quien salda la deuda (*propia*), el crédito se extinguirá con el pago, pero subsistirá la garantía real para refuerzo del derecho de reintegro del importe

58 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 64.



retenido o descontado por el comprador<sup>59</sup> por así estimarlo equitativo el legislador al objeto de paliar, con mayores probabilidades de éxito, el empobrecimiento que ha sufrido el vendedor como consecuencia del descuento. Así, el vendedor se subroga en la hipoteca (*y solo en ella*) no obstante la extinción del crédito de que él mismo era deudor<sup>60</sup>. Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, “he aquí una prueba evidente de que a la ley, cuando lo reputa justo, no le repugna el trasplante de los accesorios de un crédito a otro”<sup>61</sup>.

Además, esta comunicación de las garantías y privilegios en ningún caso genera perjuicio a terceros: primero, porque hubiesen tenido que soportarlos igualmente si el *solvens* que se subroga no hubiese intervenido y, segundo, porque, aun cuando pasen ahora a asegurar un crédito distinto, es evidente que el subrogado solo podrá hacer uso de ellos en la misma medida en que los hubiera podido emplear el acreedor satisfecho; de este modo, si la acción de restitución es objetivamente más extensa que el crédito pagado, el exceso podrá ser obviamente reclamado por el *solvens*, pero huérfano de toda garantía o privilegio especial<sup>62</sup>.

En fin, la idea hoy tan extendida en nuestra doctrina y jurisprudencia de que la subrogación comporta una sucesión en el crédito, muy similar a la que opera en la cesión de créditos, únicamente encuentra asidero en la literalidad del art. 1212 CC, pero no en los datos históricos, lógicos y sistemáticos que acompañan a la institución y que proporcionan una muy distinta intelección acerca de su naturaleza jurídica.

Si se sigue esta última, debe desecharse la afirmación de quienes concibiendo la subrogación como un supuesto de transmisión en el crédito, sostienen que el Código no regula en realidad la novación por cambio de acreedor y la relegan a la libre convención de las partes (art. 1255 CC), mostrándola ayuna de una función genérica y, por ende, alejada de toda utilidad e interés. A nuestro juicio, la novación por cambio de acreedor y la subrogación son una y la misma cosa: la primera se produce por y como consecuencia de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor originario y puede ser, en efecto, legal (arts. 1210 y 1211 CC) o convencional, si bien esta última encuentra su fundamento, no en el art. 1255 CC, sino en el 1209.2. De esta guisa, el titular de un crédito tiene a su disposición dos mecanismos extraños entre sí: puede, de un lado, transmitir su derecho conforme a las reglas previstas para la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) o puede, de otro, recabar con mayor facilidad de una tercera persona la *solutio* de su crédito mediante la vía que le proporciona el instituto subrogatorio, es decir, haciendo uso de la posibilidad de transferir los adminículos de aquel a quien legalmente no tendría

59 CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 949.

60 FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago*, cit., pp. 307-309.

61 GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina*, cit., p. 92.

62 CAÑIZARES LASO, A.: *La subrogación*, cit., p. 61.

per se derecho a ellos<sup>63</sup>. Y es que concebida la subrogación como productora de extinción de la obligación primitiva y comunicación de los *adminicula* a la nueva que nace en favor del tercero, desaparece toda diferencia entre esta y la novación por cambio de acreedor<sup>64</sup>. Por el contrario, la identidad entre una y otra permite otorgar pleno sentido a la regulación de la institución: en los supuestos previstos legalmente o por mera voluntad de las partes expresada *con claridad* (art. 1209 *in fine*), puede producirse un cambio en el sujeto activo de la obligación que, aunque productor de novación (art. 1203.3 CC), se aleja de las consecuencias típicas de esta en lo que a la extinción de las obligaciones accesorias se refiere (arts. 1207 CC); solo de esta forma (art. 1212 CC) es posible incentivar una pronta liquidación de las relaciones obligatorias aunque sea por iniciativa de un tercero y solo así es posible, además, dotar de utilidad práctica a la novación activa por cambio de acreedor, pues nadie desconoce que, de no hallarse contemplado tal beneficio, resultaría mucho más complicado que un tercero accediese voluntariamente a pagar una deuda ajena.

### C) La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación.

El análisis de los dos supuestos que el legislador enumera en los apartados segundo y tercero del art. 1203 CC parece confirmar aquella conclusión que anticipábamos de que, cuando el precepto habla de “modificación”, se está refiriendo en realidad al mecanismo (variación en una obligación previa) que en determinadas circunstancias produce novación y no al efecto jurídico asociado a la institución: la sustitución en la persona del deudor encierra inexorablemente la extinción de la obligación frente a los terceros no intervinientes en el acuerdo por el que pretende darse continuidad al vínculo, mientras que la subrogación conlleva únicamente la subsistencia de los privilegios y garantías del crédito, que se comunican al del tercero *solvens* (art. 1210 CC) o al del nuevo prestamista (art. 1211 CC), pero no la del vínculo obligacional primitivo, que se extingue como consecuencia del pago. Por consiguiente, ambos apartados enuncian sendas hipótesis en las que la *modificación* de la obligación produce como efecto jurídico su *extinción*.

63 Vid. la diferencia entre ambas en DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del*, cit., pp. 996-997 y GALICIA AIZPURUA, G.: “El cumplimiento”, cit., p. 1281.

64 Alejado de esta idea se halla SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 391-392, no únicamente en cuanto a su punto de partida, al concebir la subrogación como un supuesto de transmisión del crédito, sino porque pone de manifiesto una diferencia más entre la subrogación y la novación por cambio de acreedor: con cita de ALBALADEJO, sostiene que se requiere para esta última la concurrencia de las voluntades de los dos acreedores y del deudor, mientras que en la subrogación no se requiere la de este último. Y basa la exigencia en la siguiente razón: en la novación se extingue una obligación y nace otra a cargo del mismo deudor y “esto no puede conseguirse sin su consentimiento”. Sin embargo, del régimen del pago por tercero de débito ajeno (con derecho a subrogación o no) se concluye que bien puede ocurrir esto mismo, es decir, que la deuda primitiva se extinga como consecuencia de la *solutio* materializada por un tercero y, sin embargo, subsista a cargo del deudor un nuevo débito en favor de quien ha intervenido en su nombre. Resulta, por tanto, enteramente posible que, sin intervención del deudor y sin contar con su anuencia, la injerencia de un tercero provoque la extinción de una deuda a cargo del primero y la creación de otra nueva de la que deba responder ante él, aunque solo sea en la medida en que el pago le haya resultado útil (art. 1158 CC). Así, puede haber subrogación sin consentimiento del deudor, como también puede haber novación por cambio de acreedor faltando aquel, pues son, en definitiva, una y la misma cosa.

El número primero del art. 1203, que prevé la variación de la obligación en su objeto o en sus condiciones principales, es sin embargo y posiblemente el que mayores dudas puede suscitar al respecto. Pues mientras la conclusión recién apuntada coincide con la naturaleza jurídica de las instituciones incumbidas (asunción de deuda, pago con subrogación), no siendo por ello susceptible de alteración mediante pacto —entiéndase bien: oponible frente a terceros—, nadie duda de que en el sistema del Código civil está ampliamente admitida la modificación objetiva de la obligación. Ahora, ¿dónde ha de residenciarse esta posibilidad?, ¿en el propio art. 1203.1, o más bien, en el 1255?

Si nos detenemos por un instante en el argumento gramatical en el que se apoyan los partidarios de la novación *modificativa*, observamos que el legislador únicamente emplea el término “modificar” al comienzo del enunciado del 1203; el primer supuesto se describe mediante el verbo “variar”, sinónimo, a juicio de HERNÁNDEZ GIL, del primero y del cual se prescinde “probablemente por evitar la repetición”<sup>65</sup>. Pero ¿no resulta más razonable pensar que se excluye el término técnico porque la norma en realidad no tiene por fin consagrar la modificación como consecuencia jurídica de la novación? De lo contrario, es decir, si se aspirara a exceptuar en ella el efecto típicamente novatorio, ¿no debería haberse sentado con mayor precisión y claridad? Sea como fuere, la letra de la ley nos ofrece un dato que de ninguna manera puede pasarse por alto, consistente en la exigencia de principalidad en el elemento alterado: ¿por qué habría de hacerlo así el legislador si su propósito era referirse a la simple modificación?, ¿acaso no son susceptibles de alteración otros elementos de la relación obligatoria que revistan menor transcendencia que los reseñados en la norma?<sup>66</sup>

Esta última apreciación constituye sin duda un indicio del efecto extintivo que cabe atribuir a la variación de la obligación *inter easdem personas* cuando esta reviste especial transcendencia. En este sentido, constituye lugar común en la doctrina —incluso en aquellos que ven en la norma la admisión de la novación modificativa— que la voluntad de las partes debe sujetarse siempre a ciertos límites, de suerte que no toda modificación objetiva de la obligación deja subsistente el vínculo aun cuando esa sea la expresa y real intención de los sujetos contratantes. Y es que en ocasiones ello puede atentar contra *la naturaleza misma de las cosas*, como, v. gr., cuando la obligación resultante de la modificación sea absolutamente distinta de la originaria o cuando se altere su “causa”<sup>67</sup>; de la misma forma que, en sentido opuesto, hay quien considera atentatorio contra la regla *res ipsa loquitur* la atribución de efectos extintivos al convenio por el que se introduce un cambio en la obligación

65 HERNÁNDEZ GIL, A.: “El ámbito”, cit., p. 805.

66 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 164-165.

67 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 165; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de*, cit., p. 156; REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 608; RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “El concepto”, cit., pp. 895-928.

tan nimio que objetivamente excluye la posibilidad de pensar que se está frente a otra distinta<sup>68</sup>.

Hay, en definitiva, dos normas que, tras una apresurada lectura, parecen dar cabida a la modificación objetiva de las obligaciones: una de ellas en tanto que consagración de la libertad de pacto (art. 1255 CC); la otra, enunciada en la regulación de uno de los modos de extinción de las obligaciones y referida solo a variaciones de una cierta entidad (art. 1203.I CC). No existe consenso en la doctrina en torno al ámbito de actuación de cada uno de los preceptos indicados y, por ende, qué es lo que los caracteriza y distingue; lo que no significa que no medien diferencias. Ahora, mirado de cerca el segundo de ellos, bien puede percibirse como un límite al modo de proceder de las partes: hay “modificaciones” que por su naturaleza y transcendencia no pueden comportar la subsistencia del *prior* “modificado”. Parece, en fin, que el legislador *algo más* quiere decir a través del art. 1203.I CC que el simple hecho de reconocer que las obligaciones son, al amparo de la autonomía de la voluntad, susceptibles de ser *modificadas*. Y ello nos aleja definitivamente de aquella interpretación que, apegada a la literalidad de la norma, obvia la tradición histórica de la novación, su regulación como modo extintivo de las obligaciones y las restantes normas de la sección, de cuya recta intelección se colige que produce un único efecto jurídico: el extintivo.

### III.A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INTERRELACIÓN ENTRE LOS ARTS. 1203 Y 1255 DEL CÓDIGO.

De lo expuesto hasta ahora parece claro que el art. 1203 CC se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de no añadir nada a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación *modificativa*.

La novación es, en Roma y en nuestro ordenamiento vigente, un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y 1143 CC) que presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de una segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: la *nova obligatio* es, entonces, el resultado de la *prior* “modificada”. Esta última es muy probablemente la razón del empleo del término *modificación* en el art. 1203 CC, en ningún caso dirigido a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la novación, sino a describir el mecanismo que conduce a ella, esto es, la alteración de algún aspecto de la obligación primitiva con la que dar satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el *aliquid novi* o necesaria disparidad entre la *prior* y la *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos y a pesar del transcurso de los siglos, lo que viene a plasmar nuestro art. 1203 CC. Y a esta intelección conduce el análisis de

68 ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, cit., p. 330; CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1209.

los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración *sustancial* de la obligación, recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, frente a terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa, que comporta la extinción del crédito satisfecho y la transmisión al adquirido por el tercero de los *adminicula* del primero (arts. 1209 a 1213 CC). El art. 1203 debe leerse, entonces, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción.

Vistas así las cosas, se tornan compatibles dos conceptos que parecían por completo antagónicos (el de extinción y el de modificación) y se explica que el legislador, que enumera la novación como una de las especies de extinción, ciertamente no llegue a convertir en subespecie aquella que significa subsistencia<sup>69</sup>. Nada más lejos de la realidad: la novación producirá siempre extinción de la obligación inicial y nacimiento de la que se constituye *per relationem*, mientras que la modificación como efecto jurídico, con acomodo en otras normas del Código, no será nunca “novación”. Efectivamente, lo anterior en ningún caso implica negar la *modificabilidad* de la relación obligacional: las partes podrán convenir la alteración de la relación obligatoria otorgando al convenio efectos meramente modificativos, si bien habrán de hacerlo en otra sede y con otra base legal claramente distinta, a saber, la que proporciona el art. 1255<sup>70</sup>.

Sentado lo anterior, se hace preciso delimitar el alcance del art. 1203 CC y su interconexión con aquel: ¿podrían las partes modificar ex art. 1255 CC el objeto o condiciones principales de una obligación manteniendo sin embargo subsistente el vínculo? La respuesta debe ser, a nuestro juicio, negativa. El art. 1203 del Código, lejos de representar manifestaciones concretas de la libertad de pacto que enuncia el art. 1255, constituye en realidad un límite a tal posibilidad, destinado a proteger a todos aquellos terceros que no hayan intervenido en el acuerdo “modificativo”. Así lo sostiene, y con él convenimos, el profesor SANCHO REBULLIDA: “el art. 1203.1 limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación”, de tal forma que los contratantes, si bien pueden al amparo del art. 1255 modificar el vínculo obligatorio que les une, no pueden imponer su voluntad frente a terceros (otros acreedores, garantes reales o personales) cuando la variación es de entidad tan grande como la que afecte al objeto mismo o a las condiciones principales de la obligación; *inter partes* podrán, así, “simular” que se hallan frente a la misma obligación, pero no pueden alterar la naturaleza de las cosas *en perjuicio de terceros* (art. 1255 CC)<sup>71</sup>. Como afirma REYES MONTERREAL, “aunque queramos

69 SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., p. 301.

70 SANCHO REBULLIDA, F.: “Sección sexta: de la novación”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART), t. XVI, v. I: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pp. 610, 667 y ss.

71 SANCHO REBULLIDA, F.: “Comentario a los artículos 1203 y 1204”, en AA.VV., *Comentarios al*, cit., pp. 667-669. Esta es, por lo demás, una idea que subyace en la doctrina de la mayoría de los autores que estudian

decir —y aunque las partes quieran seguir diciéndolo— que esa supuesta novación ha modificado el precedente convenio, no podremos hacerlo, si nos expresamos con la adecuada técnica jurídica, cuando del anterior contrato u obligación no queda nada”<sup>72</sup>. Nacerá en estos casos una nueva obligación, que coexistirá con la anterior o la extinguirá en función de si concurre o no el *animus* (expreso o tácito por incompatibilidad) que previene el 1204 CC<sup>73</sup>. Mientras que, en el polo opuesto, las modificaciones que no alcancen la transcendencia de esos elementos y por ende carezcan del carácter esencial que exige el legislador, no podrán producir novación (entiéndase, oponible frente a terceros) aun cuando ese sea el *animus* de las partes, por faltar precisamente uno de los requisitos que exige toda novación: el *aliquid novi*, al que el legislador reviste de notable entidad<sup>74</sup>.

Por consiguiente, lejos de la idea de que la novación ha devenido inútil, una vez desaparecida en gran medida la función traslativa a la que originariamente servía desde el momento en el que se ha admitido la transmisibilidad (*activa*) de las obligaciones, lo cierto es que la institución continúa desempeñando eficazmente una función protectora de la posición jurídica de los terceros. Entendida de esta forma, puede delimitarse con absoluta precisión y fluidez el ámbito que corresponde tanto a la novación (sinónimo siempre de extinción) como a la modificación convencional de las obligaciones.

Esta última, alejada del régimen de la novación, halla refugio en el principio de la autonomía de la voluntad que sanciona el art. 1255 CC y que concede a las partes una libertad de la que pueden hacer uso con un único límite: el perjuicio a terceros. En su presencia, no podrá contrariarse lo prescrito por la ley, que no es otra cosa que: a) la alteración que afecte al objeto o a las condiciones principales de la obligación conlleva novación o, alternativamente, subsistencia del primitivo vínculo y creación de uno nuevo (arts. 1203.1 y 1204 CC); b) la sustitución del sujeto pasivo debe encauzarse, salvo consentimiento de “todos” los afectados, por la única vía que ofrece la novación (arts. 1203.2, 1205 y 1206 CC), alejada de la utópica *sucesión jurídica de la deuda*; y c) la subrogación comporta la extinción de la *prior obligatio* por pago (arts. 1157 y ss. CC) y la subsistencia de sus privilegios y garantías para refuerzo

---

la novación y que les lleva sostener, v. gr., que la modificación cuantitativa del objeto de la obligación no pueda realizarse al alza existiendo posibles terceros perjudicados. El perjuicio a terceros como límite a la libertad de las partes también se encuentra presente en la doctrina de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.: notas a ENNECCERUS, cit., p. 223.

72 REYES MONTERREAL, J. M.: “Esencia de”, cit., p. 608, si bien este autor está aludiendo únicamente a la alteración de la causa como fuente de incompatibilidad ex art. 1204 CC, pues se posiciona a favor de la novación modificativa cuando el cambio recaiga sobre cualesquiera otros elementos. A nuestro juicio, lo mismo cabe inferir cuando se alteran aquellos otros aspectos (objeto y condiciones principales) sin los cuales no puede decirse que la obligación sea la misma; pues tan esencial es al contrato su causa como el objeto sobre el que recae la obligación (cfr. art. 1261 CC).

73 Sobre este precepto, vid. SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación*, cit., pp. 301 y ss.

74 CRISTÓBAL MONTES, A.: “La llamada”, cit., p. 1209, sostiene que los arts. 1203 y 1204 CC no son dos normas autónomas, sino partes de un todo; entre ambos conforman la estructura de la novación sin que ninguno pueda faltar so pena de mutilar y desfigurar la institución.

de la *nova* (art. 1212 CC) y, por tanto, no es el cauce adecuado para materializar la transmisión del crédito, para lo que habrá de acudir a otras instituciones jurídicas bien distintas.

## BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ, M. A.: *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996.

ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, t. II, 14ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000.

AA.VV.: *Deudas y herencia* (dir. por G. GALICIA AIZPURUA), Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

AZURZA, P. J.: "Notas sobre novación", *RDP*, núm. XXXIV, 1950.

BASOZABAL ARRUE, X.: "El contrato de asunción de deuda", *ADC*, núm. 1, 2000.

BATUECAS CALETRÍO, A.: "La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, núm. 2, 2007.

BAYO RECUERO, N.: *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000.

CAÑIZARES LASO, A.: *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, 3ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 17ª. ed. (revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO), Reus, Madrid, 2008.

CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C.: "Eficacia del contrato", en AA.VV., *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ), t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H.: "Notas sobre la denominada novación de las obligaciones", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, (coord. por M. CUENA CASAS, L. A. ANGUIA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912.



COLIN, A. y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por D. DE BUEN), t. III, 2ª ed., Reus, Madrid, 1943.

CORDERO LOBATO, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español", *RCDI*, núm. 498, 1973.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "La cesión de contrato", *ADC*, núm. 4, 1968.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Cesión del arrendamiento y subarriendo", en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

DE COSSIO Y CORRAL, A.: "La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular", *AAMN*, núm. 1, 1945.

DEL OLMO GARCÍA, P.: *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho civil*, t. II, v. I (estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER), 2ª ed. (al cuidado de J. PUIG BRUTAU), Bosch, Barcelona, 1966.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: "Sobre el pago con subrogación", *RDP*, núm. 303, 1942.

FUENTESECA DEGENEFÉ, M.: *El problema de la relación entre "novatio" y "delegatio" desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ VILLA, J.: *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999.

GALICIA AIZPURUA, G.: *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GÁLVEZ CRIADO, A.: *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA-AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.

GARCÍA VALDECASAS, G.: "La sucesión en las deudas a título singular", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "El ámbito de la novación objetiva modificativa", *RDP*, núm. XLV, 1961.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

HERBOSA MARTÍNEZ, I.: "Transmisión pasiva de las obligaciones", en AA.VV., *Acciones civiles* (dir. por E. LLAMAS POMBO) t. II, La Ley, Madrid, 2013.

JORDANO BAREA, J. B.: "Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950", *ADC*, núm. 4, 1950.

LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. 1, 5ª ed. (revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ), Dykinson, Madrid, 2011.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *Curso de Derecho civil*, II, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I, 6ª ed. (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ), Reus, Madrid, 1967.

MORETÓN SANZ, F.: *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

MUÑOZ ESPADA, E.: *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, v. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

REY PORTOLÉS, J. M.: "La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada", en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

REYES MONTERREAL, J. M<sup>a</sup>: "Esencia de la novación", *RJC*, núm. 5, 1960.

ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG BRUTAU, J.): "La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ROCA SASTRE, R. M. et al.: *Derecho hipotecario*, t. VIII, 9<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2009.

RUBIO GARRIDO, T.: *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

SACRISTÁN REPRESA, G.: "Novación", en AA.VV., *Acciones civiles*, t. II (dir. por E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1899.

SANCHO REBULLIDA, F.: *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Sección sexta: de la novación", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART), t. XVI, v. I: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, 2<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 1991.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: "Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español", *La Ley*, núm. 4, 1987.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C.: "Notas sobre la subrogación personal", *RDP*, núm. 6, 1985.

VITERI ZUBIA, I.: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA PARA REALIZAR LA  
AFECCIÓN DE BIENES EN DERECHO ITALIANO. UNA HIPÓTESIS  
MÁS ALLÁ DEL PATRIMONIO PROTEGIDO Y DEL TRUST.

*TESTAMENTARY PROVISION TO ACHIEVE A SEGREGATION OF ASSETS  
IN ITALIAN LAW. A HYPOTHESIS BEYOND PROTECTED ASSETS AND  
TRUSTS.*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 204-247*



Vincenzo  
BARBA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Este artículo pretende ilustrar la experiencia italiana más reciente sobre el contrato de confianza fiduciaria, como una herramienta capaz de realizar una segregación patrimonial, diferente del trust. El contrato de confianza fiduciaria, que en 2010 fue regulado por una ley de San Marino, aún no está regulado por ninguna ley italiana, incluso si el proyecto de reforma del código civil establece que el legislador debe dictar su propia disciplina. El hecho de que no esté expresamente regulado no excluye que este negocio ya haya tenido mucho éxito. En este artículo, después de describir las características del negocio y proponer una nueva reconstrucción, se presta atención a su interferencia con el derecho de sucesiones. Verificando, en particular, el caso en el que la confianza se realiza tanto por un acto entre vivos como por testamento. Con respecto a ambas hipótesis, se analizan los contenidos del acto, así como sus límites y las interferencias con disciplina de tutela de los herederos forzosos.

**PALABRAS CLAVE:** Trust; confianza fiduciaria; afección de bienes; segregación patrimonial; testamento; herederos forzosos; acción de reducción; disposición inoficiosa.

**ABSTRACT:** *This article intends to illustrate the very recent Italian experience on the fiduciary contract, as a tool capable of realizing a patrimonial segregation, different from trust. The contract of fiduciary, which in 2010 was expressly regulated by a law of San Marino, is not yet regulated by any Italian law, even if the project of reform of the civil code provides that the legislator should dictate its own discipline. The fact that it is not expressly regulated does not exclude that the instrument has already been successful. In this article, after describing the features of the fiduciary contract and proposing a new reconstruction, attention is paid to its interference with inheritance law. In particular, verifying the case in which the assignment is arranged with an act inter vivos and with a will. With respect to both hypotheses, the contents of the act are analyzed, its limits and interferences with the discipline of protection of the forced heirs.*

**KEY WORDS:** Trust; fiduciary contract; asset segregation; will; forced heirs; action contra inofficious disposition.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. – II. UNA NUEVA HIPÓTESIS DE NEGOCIO JURÍDICO PARA LA AFECCIÓN DE BIENES: EL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. UNA HIPÓTESIS MÁS ALLÁ DEL TRUST Y DE LA SIMPLE VINCULACIÓN DE BIENES – III. SIGUE: EL PATRIMONIO AFECTADO. – IV. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA VERSUS TRUST. – V. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE. – VI. NATURALEZA LIBERAL DEL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. – VII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y ACCIÓN DE REDUCCIÓN. – VIII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA POR TESTAMENTO. – IX. SIGUE: EL PROBLEMA DE TUTELA DE LOS LEGITIMARIOS.

## I. INTRODUCCIÓN

El acto de última voluntad y, entre ellos, el testamento es, sin duda, el área de la autonomía privada en la que el perfil de confianza y de relaciones fiduciarias ha desempeñado históricamente un papel decisivo. La razón es muy simple cuando consideramos que el acto de última voluntad está destinado, por su naturaleza, a producir efectos cuando su autor no vive y, por lo tanto, en un momento en el que no solo no podrá encargarse de su ejecución, sino, también, no podrá asumir ni siquiera otras nuevas voluntades o seguir tratando los intereses de las personas queridas o cumplir cualquier programa o propósito que ya haya emprendido o establecido.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros sistemas contemporáneos, ha ofrecido algunas respuestas a estas aspiraciones de la persona a través de instituciones legales que encuentran su fundamento precisamente en la relación de confianza. De hecho, se podría decir que esta última ha encontrado una relevancia positiva al menos en todos los casos en que no disminuye la voluntad del autor del acto de última voluntad, sino que la fortalece y garantiza su cumplimiento. En esta dirección, explicamos el papel y la importancia del albacea, las reglas que permiten al testador poner al tercero en la posición de identificar al legatario, entre varias personas o categorías de personas determinadas por el mismo testador (art. 631 CC it.)<sup>1</sup>, las reglas que permiten al testador dar al juez indicaciones sobre la persona

<sup>1</sup> Está previsto en el art. 631 CC it., que establece una regla parecida a la que se encuentra en el art. 671 CC es. Más bien me parece que la regla italiana es más permisiva que la española. Esta es la regla italiana: "È nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dalbarbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota di eredità. Tuttavia, è valida la disposizione

### • Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma "La Sapienza"; autor de 5 monografías y más de 100 artículos científicos y capítulos de libro; conferenciante en más de cincuenta congresos italianos y extranjeros; responsable de numerosos proyectos de investigación financiados por el Ministerio Italiano y la Universidad. Sus intereses científicos se centran prevalentemente en el derecho de sucesiones y de familia y en el de obligaciones y contratos. Director y fundador de la revista "Diritto delle successioni e della famiglia"; es miembro del comité científico de numerosas revistas italianas y extranjeras. Profesor de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino; ha sido visiting profesor de la Universidad Pavarésia de Vlorá (AL), y de la Universidad de La Habana. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it.

que debe ocupar el cargo de tutor, curador o administrador de apoyo del hijo durante el tiempo posterior a su muerte, las reglas que permiten el establecimiento de una fundación o una fundación familiar; las reglas que permiten la creación de un fondo de familia<sup>2</sup>. También se explica la singular disciplina dictada para el caso de disposición en favor de una persona interpuesta, que excluye la acción dirigida a acertar que la provisión sea para el beneficio de una persona distinta de la indicada en el testamento, sin establecer que la disposición testamentaria fiduciaria sea nula y, por tanto, sin excluir su posible ejecución voluntaria por parte del responsable<sup>3</sup>.

Al poner estas reglas en sistema, es plausible afirmar que el ordenamiento jurídico mira favorablemente las reglas que, respetando la autonomía de la decisión del autor del acto de última voluntad y los derechos reservados a los legitimarios, permiten la implementación de la voluntad y la realización de programas y proyectos que la persona pretende perseguir; incluso en el momento en que habrá dejado de vivir.

Las herramientas de implementación de las relaciones fiduciarias, que en la práctica son cada vez más importantes, deben analizarse con un espíritu positivo, suponiendo que la desconfianza que la jurisprudencia italiana ha mostrado a menudo no depende tanto del instrumento en sí considerado, sino de la necesidad de garantizar la plena protección de los derechos de los legitimarios y de la sospecha, no siempre infundada y en ocasiones verdadera, de que algunas de estos instrumentos se han utilizado no para perseguir los fines para que la ley los ha puesto, sino para eludir la aplicación de normas imperativas, como las de protección fiscal o las de protección de los legitimarios o las de igualdad de trato.

En esta perspectiva se puede explicar y creo que debe ser explicado, incluso más allá del alcance de los actos de última voluntad, la difícil historia del *trust*, el fracaso de las fundaciones de la familia, la inicial, y no superada por completo, desconfianza en los actos para la vinculación de bienes (a partir de ahora: vinculación de bienes)<sup>4</sup>,

---

a titolo particolare in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo tra più persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate, ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno tra più enti determinati del pari dal testatore. Se sono indicate più persone in modo alternativo e non è stabilito chi deve fare la scelta, questa si considera lasciata all'onerato. Se l'onerato o il terzo non può o non vuole fare la scelta, questa è fatta con decreto dal presidente del tribunale del luogo in cui si è aperta la successione, dopo avere assunto le opportune informazioni”.

- 2 Se trata de un particular régimen patrimonial de la familia por el cual los cónyuges o uno de ellos o un tercero (este último, también con testamento) puede destinar uno o más bienes inmuebles o mueble registrados a satisfacer los intereses de la familia. Si se constituye el fondo patrimonial, los bienes del fondo pueden ser usados solo para satisfacer los intereses de la familia y pueden ser atacados solo por los acreedores de la familia, mientras que nunca por los acreedores personales de los cónyuges. El fondo de familia está regulado en los arts. 167, 168, 169, 170, 171 CC it. Para las cuestiones que mas nos importan, cabe destacar la regla del art. 170 CC it., que establece: “L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia”.
- 3 La referencia es al art. 627 CC it.
- 4 Esta hipótesis está regulada en el art. 2645-ter CC it., que establece: “Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta

la idea de que todos los legitimarios debe participar, bajo pena de nulidad, al pacto de familia<sup>5</sup>, la regla del art. 2929-bis CC it., introducidas en 2016, sobre la expropiación de los bienes sujetos a restricciones o alienaciones de forma gratuita. En otras palabras, cabe considerar que herramientas capaces de crear una relación de confianza no solo no deben despertar sospechas, sino que deben considerarse con atención renovada, consciente que se prestan, especialmente cuando están vinculadas a los actos de última voluntad, para implementar la voluntad del autor del acto y para cumplir los propósitos y programas que, en muchos casos, tienen una importancia muy significativa por su autor. En otras palabras, cabe considerar que estos instrumentos pueden cumplir perfectamente los principios y valores constitucionales italianos.

## II. UNA NUEVA HIPÓTESIS DE NEGOCIO JURÍDICO PARA LA AFECCIÓN DE BIENES: EL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA. UNA HIPÓTESIS MÁS ALLÁ DEL TRUST Y DE LA SIMPLE VINCULACIÓN DE BIENES

La importancia cada vez mayor de las relaciones fiduciarias no se evidencia solo por el éxito del llamado trust “interno”<sup>6</sup>, sobre cuya historia y sobre la admisibilidad de la cual en el ordenamiento jurídico italiano no tendría sentido insistir, no solo de la atención renovada del legislador italiano a la cuestión de la afección de bienes, que han recibido un importante reconocimiento legislativo (v. art. 2645-ter<sup>7</sup> CC it., art. 2447-bis CC it.), sino también y, sobre todo, del reciente reconocimiento del

---

anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

- 5 Hago referencia al contrato previsto en el art. 768-bis CC it. Esta regla es parecida a la contenida en el art. 1056, párrafo 2, CC es.
- 6 El trust, que en Italia tuvo un éxito significativo, no tuvo la misma fortuna en otros países. Para la situación en el derecho español, ver, por todos, CÁMARA LAPUENTE, S.: “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, pp. 1757-1865; CÁMARA LAPUENTE, S.: “Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión”, en PRATS ALBENTOSA, L.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, t. I., *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Wolters-Kluwer - La Ley, Madrid, 2012, pp. 691-939. Para una reconstrucción del debate italiano sobre el trust interno, LUPOI, M.: *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2016, p. 263 ss., GATT, L.: *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 3 ss.
- 7 Es imposible recordar toda la bibliografía italiana relacionada con el acto de vinculación de bienes (art. 2645-ter CC it). Ver, al menos, las principales obras monográficas., CEOLIN, M.: *Destinazioni e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010, p. 3 ss.; CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 3 ss.; AA.VV.: *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea (a cura di M. Bianca e A. Donato)*, Fondazione Nazionale del Notariato, Gruppo 24 ore, Milano, 2013, p. 3 ss.; CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss.; BONINI, R.: *Destinazione di beni ad uno scopo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss. Ver, también, BARBA, V.: “Disposizione testamentaria di destinazione”, *Il foro napoletano*, 2016, pp. 325-351 y, ahí, más referencias de doctrina y jurisprudencia.



contrato de confianza fiduciaria, que fue recientemente nombrado en la ley del 22 de junio de 2016, n. 112<sup>8</sup> (conocida como la ley sobre el después de nosotros)<sup>9</sup>.

Más allá de esta referencia, en nuestro sistema jurídico no existe una disciplina específica del contrato de confianza fiduciaria y su elaboración es principalmente el resultado de la investigación de la doctrina<sup>10</sup>, a la que es esencial agregar, también por las importantes consecuencias en términos de derecho privado internacional, la rica disciplina del instituto ofrecido por la ley de San Marino I de marzo de 2010, n. 43.

El hecho de que el contrato de confianza fiduciaria no esté regulado expresamente por el legislador italiano no excluye, por supuesto, la posibilidad de que encuentre la ciudadanía en el ordenamiento italiano, especialmente si se comprueba su idoneidad para dar orden a intereses dignos de protección jurídica y su idoneidad para ofrecer respuestas concretas y adecuadas a intereses de nuestra contemporaneidad.

Obviamente, en ausencia de una disciplina específica, es necesario no solo comprender el significado de este instituto, es decir, el interés que pretende regular, marcar su diferencia con respecto al trust y a la vinculación de bienes, sino también verificar mediante qué instrumentos técnicos se puede obtener este resultado en nuestro sistema jurídico - y cuál es la resistencia de estos instrumentos con respecto a los intereses contrarios.

En primer lugar, porque tengo la intención de prestar atención predominante al acto de última voluntad, prefiero hablar de negocio de confianza fiduciaria, en lugar de contrato de confianza fiduciaria. La exaltación del perfil contractual, que también parece constituir la perspectiva dominante, terminaría relegando a este instituto

8 Una disciplina similar está prevista en el ordenamiento jurídico español, cuya ley L. 41/2003 de 18 de noviembre, sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de constituir el patrimonio especialmente protegido. Cabe considerar que el patrimonio especialmente protegido de derecho español, regulado en la dicha ley, puede ser asimilado al acto de vinculación de bienes regulado en el derecho italiano en el art. 2645-ter CC it. Estos son dos tipos de actos jurídicos diferentes. Según la legislación española, el patrimonio especialmente protegido es admisible solo para personas con discapacidad y no implica la segregación del patrimonio. En derecho italiano, la vinculación de bienes es un instrumento más general (ver el texto de la disciplina en la nota n. 5), no necesariamente orientado a la protección del patrimonio de la persona con discapacidad y adecuado para determinar la segregación del patrimonio. Según el art. 5, párrafo 4, de la ley española: "todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido". Se lee en la exposición de motivos, párrafo II: "los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares". Dice CÁMARA LAPUENTE, S.: "Trusts y patrimonios fiduciarios", cit., p. 696, que el patrimonio protegido "constituye un instrumento inacabado al no garantizarse legalmente la separación patrimonial".

9 V. TATARANO, M.: "La c.d. legge dopo di noi: profili giusprivatistici", *Rassegna di diritto civile*, 2017, p. 1565.

10 El procesamiento del contrato fiduciario en Italia se debe a LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 311 ss.; LUPOI, M.: *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 3 ss.; LUPOI, M.: "Il contratto di affidamento fiduciario", *Rivista del notariato*, 2012, pp. 513-523. Después de la investigación realizada por el A. y como resultado de la aprobación de la Ley 112/2016, parte de la doctrina expresó interés en la figura.

dentro de los actos entre vivos, sin considerar el acto de última voluntad. Por lo tanto, es necesario ignorar la estructura del instituto y detener la atención sobre su función, teniendo en cuenta que lo que domina en el mundo contemporáneo es siempre la función y que la estructura varía de acuerdo con ella<sup>11</sup>.

En este sentido, partiendo de la disciplina positiva de la ley de San Marino, que creo que se puede usar para identificar el paradigma funcional de esta institución y, por lo tanto, las características capaces de marcar su identidad, creo que es posible afirmar que la confianza fiduciaria es aquel negocio jurídico con el que una persona determina un programa en vista de la realización del cual vincula un bien o un conjunto de bienes a uno o más beneficiarios<sup>12</sup>. No se trata de un bien o complejo de bienes destinados a lograr un propósito, sino, por el contrario, de un programa para la realización del cual se constituye un patrimonio, que no solo tiene un carácter instrumental con respecto al programa, sino también un carácter fungible.

Por lo tanto, los elementos esenciales del negocio de confianza fiduciaria son: la determinación de un programa<sup>13</sup>; un bien o un complejo de bienes vinculados o afectados a la realización del programa, que podemos llamar “patrimonio confiado”; los beneficiarios<sup>14</sup> o los métodos para determinar los beneficiarios del patrimonio confiado y sus posibles frutos; el fiduciario, es decir, la persona a quien se le confía la tarea de llevar a cabo el programa y, por lo tanto, la tarea de administrar el patrimonio confiado con plena autonomía, pero en estricto cumplimiento del programa.

Además, es significativa, considerando la ductilidad de los intereses que el negocio puede llevar a cabo<sup>15</sup>, la posición de un garante, que es la posición de una persona que tiene la función de controlar el trabajo del fiduciario y a quién se le podría pedir que

---

11 PERLINGIERI, P.: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Joneve, Napoli, 1968, p. 138 ss.; PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 1975, p. 21 ss.

12 Específicamente, LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 396 s., dice que el concepto de beneficiario no implica necesariamente que ellos adquirirán los bienes que constituyen el patrimonio confiado. “Il fondo può essere interamente o quasi interamente realizzato per l'attuazione del programma, per esempio per l'assistenza e il mantenimento di una persona disabile oppure il programma può consistere nell'attribuzione del fondo o di sue singole componenti a enti che vengano individuati via via nel corso di esecuzione del contratto in relazione alle finalità di pubblico interesse che essi perseguono”.

13 V. ALCARO, F.: “Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti”, en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Fondazione Italiana del Notariato, Gruppo 24 ore, 2017, Milano, p. 162 ss.

14 Dentro de los beneficiarios es necesario distinguir entre los beneficiarios, que podemos llamar final, es decir, aquellos que tendrán que recibir del fiduciario los bienes del patrimonio confiado en el momento de la terminación de la relación y los beneficiarios de los frutos, que son los beneficiarios de los beneficios derivados de los bienes del patrimonio confiado. Se entiende que no es necesario que existan beneficiarios de los frutos y que también podrían coincidir con los beneficiarios finales. Sin embargo, es importante distinguir, con pleno conocimiento de que tanto el uno como el otro son simplemente titulares de un derecho de crédito.

15 Para un ejemplo de la ductilidad del instrumento, además de la jurisprudencia y las hipótesis propuestas por LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 166 ss., v., también, PIAIA, F.: “Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici”, *Vita notarile*, 2017, p. 617 ss.

exprese, en caso de la realización de actos de disposición del patrimonio confiado particularmente importantes, opiniones, opcionales, obligatorias o vinculantes<sup>16</sup>.

Más allá de los elementos esenciales y los protagonistas del negocio de confianza fiduciaria, es necesario construir una disciplina que, por un lado, permita reemplazar al fiduciario en el caso de que no pueda o no quiera continuar en su cargo y, por otro lado, otorgue al garante o a los beneficiarios o a un tercero la facultad de reemplazar al fiduciario, si realiza actos que están en conflicto con el programa o pone en peligro su cumplimiento. Esta última disciplina se puede lograr mediante la combinación de cláusulas condicionales que, al ocurrir el hecho deducido (cumplimiento del acto conflictivo del programa), determinan la terminación del cargo del fiduciario y el surgimiento del poder de nominación de un nuevo fiduciario. Demostrando que la centralidad del programa es capaz de superar incluso el papel del fiduciario, que conserva este nombre no ya debido a la relación de confianza que lo une al disponente (o sea el autor del negocio), que en el caso que voy a considerar ya no está vivo (estamos lejos de la lógica del contrato fiduciario de tradición romana), sino por la razón, más simple, que es la persona a quien se le confía el patrimonio, que es fundamental para la realización del programa. No debe excluirse que la sustitución del fiduciario pueda llevarse a cabo a través del instrumento de la cesión del contrato.

Finalmente, cabe considerar que el negocio de confianza fiduciaria debe contar con la asistencia de una cláusula de único remedio, o sea una cláusula mediante la cual se establezca que el incumplimiento por parte del fiduciario u otros protagonistas del negocio y cualquier contingencia o eventos externos no pueden determinar la resolución del negocio de confianza fiduciaria, sino, la única consecuencia (por este motivo en la práctica esta se llama cláusula de único remedio) compensación por los daños o indemnización<sup>17</sup> (nunca puede causar la resolución del negocio). Por el contrario, parecería que esta cláusula debería considerarse como inherente a la lógica del negocio de confianza fiduciaria, considerando que el cumplimiento del programa, que constituye el perfil destacado del negocio, sería incompatible con cualquier disciplina resolutoria y consistente solo con remedios de naturaleza compensatoria o indemnizatoria. Por lo tanto, debería ser posible concluir que la cláusula de único remedio constituye un tipo de contenido esencial y necesario, de

16 Hablamos en este sentido de autoprotección LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 324 ss., precisamente para indicar que toda la gestión del patrimonio confiado se realiza en la implementación del programa. Afirma BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., 148, este control se implementa a través de: "...una serie di pesi e contrappesi che si sostanziano in autorizzazioni, approvazioni, pareri, linee di indirizzo, dispense; ... una pluralità di soggetti con unico compito che, però, graduano fra di loro lo stesso potere (gestione di più affidatari); ... una figura specifica (il garante)".

17 Afirma ALCARO, F.: "Il programma contrattuale", cit., p. 163, que para garantizar que el negocio de confianza fiduciaria cumpla su función es necesario que "il programma [debba] essere preservato, reso stabile, contrassegnato da autosufficienza, insensibilità verso eventi esterni sopravvenuti, dovendosene assicurare la permanenza, per la missione da compiere, contro ogni ipotesi di anticipata sua decadenza o sopravvenuta inefficacia, salva l'opportunità di eventuali adeguamenti imposti da eventi sopravvenuti".

modo que, incluso en ausencia de una regla expresa en este sentido, este reglamento debe considerarse necesario para garantizar el cumplimiento del programa. Por lo tanto, se debe concluir que la exclusión de los recursos de resolución o demolición es un efecto natural del negocio de confianza fiduciaria.

### III. SIGUE: EL PATRIMONIO AFECTADO

Una vez que se han realizado estas consideraciones iniciales, no se puede dudar de que el verdadero punto focal del negocio de confianza fiduciaria es el patrimonio confiado. Para concebir esta figura es necesario, de hecho, que el patrimonio confiado permanezca esencialmente inmunes a los eventos que pueden ocurrirle al fiduciario y que constituya una garantía genérica solo para aquellos acreedores, cuyo derecho surgió en función, en cumplimiento o en implementación del programa<sup>18</sup>.

Si el patrimonio confiado no es inmune a los eventos que pueden ocurrir al disponente o al fiduciario, el cumplimiento o la implementación del programa podría verse seriamente comprometida. Por lo tanto, es necesario que el patrimonio confiado permanezca insensible tanto a los eventos relacionados con el régimen patrimonial del disponente o del fiduciario, como a su sucesión y, finalmente, a sus acreedores personales<sup>19</sup>. Es, entonces, necesario que este patrimonio esté segregado,

---

18 No hay duda de que la segregación tiene implicaciones muy importantes con respecto al concepto de propiedad, ya que no hay duda de que la propiedad destinada parece absolutamente distante en comparación con el modelo original diseñado por el legislador italiano en el Código Civil de 1942. En ese modelo la propiedad no solo era el epicentro del sistema, sino que era una propiedad exclusivamente egoísta. El concepto cambia significativamente con la Constitución republicana y la llamada funcionalización de la propiedad privada. Con respecto al tema en cuestión, las destacadas consideraciones de GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., p. 158, quien afirma "per dissipare la spessa coltre di equivoci che si sono addensati in materia sarebbe necessario svolgere un discorso molto più lungo ed analitico, e perciò mi limito ad osservare che impostata l'analisi sul piano della proprietà costituzionale, risulta di primo acchito piuttosto bizzarro considerare ammissibile solo la proprietà "egoista" a scapito della proprietà "altruista", con la conseguenza ultima di rovesciare il senso del dettato costituzionale attribuendo una funzione sociale unicamente alle posizioni di appartenenza non proprietarie".

19 Según LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 366, sería suficiente para excluir que el patrimonio confiado está expuesto al riesgo de la agresión de los acreedores del fiduciario, el alivio que el art. 2740 CC it. (art. 911 CC es.) establece que el deudor es responsable del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. "Quei beni gli [all'affidatario fiduciario] provengono precisamente per non essere confusi con i "suoi" beni in quanto essi non sono suoi secondo il significato che questo aggettivo possessivo riveste nell'art. 2740 e quindi, non sono soggetti al regime della responsabilità patrimoniale generica". Sin embargo, en comparación con esta reconstrucción, debe señalarse que el acreedor del fiduciario, si no puede saber que el bien es parte del patrimonio confiado, está legítimamente autorizado para suponer que ese bien es parte del patrimonio general del fiduciario y, por lo tanto, que es de un su bien. Por lo tanto, es indispensable una herramienta que permita a todos los terceros conocer la afección de ese bien, es decir, que ese bien está vinculado a la realización del programa, de modo que ningún acreedor del fiduciario pueda confiar en ello. El tema se mueve, por lo tanto, sobre el instrumento a través del cual es posible oponer el título. También podría suponerse que es suficiente transcribir el contrato, pero es necesario, sin embargo, que se dé un régimen de publicidad. Como medida de precaución, creo que la transcripción de la vinculación de bienes siga siendo preferible, aunque los beneficiarios pueden afirmar que solo la transcripción del contrato sea suficiente, siempre que exista una nota clara sobre la naturaleza de la propiedad del derecho por parte del fiduciario. En otras palabras, se necesita una herramienta de publicidad que muestre a los terceros que el fiduciario es titular fiduciario del bien.

de modo que constituya una garantía genérica no de todos los acreedores del disponente y/o del fiduciario, sino únicamente de los acreedores del programa<sup>20</sup>.

En otras palabras, surge el mismo problema que había planteado el *trust*. No creo que, aunque este discurso parezca de retaguardia, podemos escapar de él y creo que, una vez más, debemos sentir la distinción radical que existe en nuestro sistema jurídico entre la destinación y la segregación<sup>21</sup>.

La destinación<sup>22</sup> implica solo la asignación de un bien a la realización de un propósito, que puede lograrse con un simple negocio jurídico unilateral, con el cual el sujeto, titular del bien o del conjunto de bienes, decide vincular ese bien a la realización de ese propósito. La destinación de un bien<sup>23</sup> se resuelve, esencialmente, en la asunción de una obligación de no cambiar la destinación del bien y en la obligación de administrarlo en conformidad con la destinación, es decir, en el supuesto de una obligación de *non facere* y una de *facere*. Esto significa que la destinación tiene, generalmente, naturaleza obligatoria y solo vincula a la persona o las personas que hayan puesto el vínculo.

20 Según ROPPO, V.: “Contratto di affidamento fiduciario e valore di garanzia dei beni”, *Rivista del notariato*, 2012, p. 1244, la tesis de Lupoi sería excéntrica en la medida en que postula que el patrimonio confiado no puede subir agresión ni por parte de los acreedores del disponente ni por parte de los del fiduciario. “Nella costruzione di Maurizio Lupoi il dato eccentrico mi sembra questo: che si disegna una regione, unica al mondo, nella quale ci sono dei beni che non garantiscono nessun creditore; e quindi dei beni per così dire sterilizzati nel loro valore di garanzia del credito, che a me sembra una componente importante del valore sociale di un bene”. Escribe, ahora bien, LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 314, que “il fondo affidato, in quanto patrimonio risponde delle sole obbligazioni, contrattuali o meno, inerenti la realizzazione del programma: il fondo affidato non si confonde nel patrimonio dell'affidatario fiduciario”. En este sentido, me parece que constituye un dato indispensable de cada construcción jurídica relacionada con un patrimonio destinado y segregado que resulte sustraído a la garantía de los acreedores *personales* del disponente y del fiduciario. Sin embargo, esto no significa que ese patrimonio no garantice a ningún acreedor, ya que esos bienes constituyen una garantía para los acreedores de la vinculación, es decir, todos los acreedores cuyo título se basa en la administración del patrimonio confiado. En otras palabras, un patrimonio de confianza no constituye garantía para los acreedores *personales* del disponente y el fiduciario, pero constituye garantía para los acreedores del patrimonio, es decir, para todas las deudas contraídas para la administración del patrimonio confiado o el cumplimiento del programa.

21 n un sentido parcialmente diferente, con una motivación convincente, GAMBARO, A.: “La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario”, cit. p. 159, el cual escribe: “se si segue, invece, l'impostazione più recente (ma anche più antica) che vede nella proprietà del fiduciario la creazione di una particolare forma di proprietà strutturalmente conformata in modo da essere funzionale al raggiungimento di scopi altruistici, il problema dell'effetto segregativo si imposta in termini di conseguenze logiche della ammissibilità di una forma di proprietà in cui la determinazione dello scopo esercita la sua influenza conformatrice non per la via obbligatoria, ma direttamente nella sfera del potere giuridico attribuito al fiduciario. A ben vedere infatti tutti i profili che sono stati sottolineati nel corso della discussione attorno al cosiddetto effetto segregativo, da quello della unicità del patrimonio a quello della causa del trasferimento della titolarità proprietaria in capo al fiduciario, non sono altro che corollari della scelta iniziale di non ammettere, salvo espressa disposizione di legge, alcuna forma di proprietà che non sia perfettamente conforme al paradigma dell'art. 832 CC”. Obviamente el A. se encarga de especificar que tal solución podría admitirse con mayor simplicidad en el caso en que la conformación de la propiedad sirva para proteger a los sujetos débiles, mientras que en otros casos se vuelve difícil, especialmente cuando el negocio de confianza fiduciaria tiene propósitos *neutrales*. La tesis de la A., que también es muy convincente, no excluye que, para que todos estén informados de la existencia de una propiedad conformada (ya que siempre existe la necesidad de hacer que este título sea oponible), la transcripción para los bienes inmuebles y el acto con fecha cierta para los bienes muebles siguen siendo la solución práctica-aplicativa aconsejable.

22 V. BIANCA, M.: “Atto negoziale di destinazione e separazione”, *Rivista di diritto civile*, 2007, pp. 197-227.

23 V. D'AMICO, G.: “La proprietà destinata”, *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 525-546.

Cada uno de nosotros puede decidir vincular un determinado bien a un propósito, ya que esto no significa nada más que asumir la obligación de usar ese bien determinado de acuerdo con ese propósito y la de no distraerlo de ese propósito, al menos hasta que cambiemos la regla. Si solo se piensa en un empresario que sea propietario de una finca, en la que decide ejercer su profesión, no se puede dudar de que esto implica una destinación de esa finca. No de otra manera, hay una destinación cuando una familia (*recte*: los miembros de la familia) decide reservar una suma de dinero para un viaje. Ese dinero está destinado para viajar y todos los miembros se comprometen a no usar ese dinero para otros fines y no distraerlo de eso. Obviamente, este destino es válido mientras dure el compromiso, es decir, hasta que se cambie la regla, o más precisamente, hasta que todos los sujetos que se han comprometido con ese destino no decidan otro destino diferente, o la extinción de ese vínculo.

Por lo tanto, no se puede dudar de que la destinación de un bien, en su configuración más sencilla, se resuelve en una obligación, que afecta solo al sujeto o los sujetos que han creado el vínculo y que su violación puede determinar, solo consecuencias, de naturaleza y nunca la ineficacia del acto.

Para que el vínculo se pueda oponer a los terceros, es decir, para que los terceros no puedan realizar actos en detrimento del vínculo, es necesario que el acto con el que el vínculo está creado sea oponible a ellos, es decir, que se pueda otorgar una herramienta publicitaria que permita oponer el título (es decir, el acto de donde surgió el vínculo) a los terceros. En el ordenamiento jurídico italiano, hay que distinguir entre actos relativos a bienes inmuebles o bienes muebles registrados y actos relativos a bienes muebles. En el primer caso, la oponibilidad se logra mediante la inscripción del acto en el registro civil, mientras que en el segundo es necesario y suficiente que la escritura tenga fecha cierta.

Sin embargo, la publicidad no es suficiente para garantizar que el bien destinado sea ajeno a los eventos relacionados con el propietario (su sucesión y su régimen patrimonial matrimonial) y que no constituya garantía genérica de todos sus acreedores, ya que solo sirve para evitar que los terceros puedan realizar actos en contra de la destinación.

Para que se pueda obtener un resultado de segregación, es decir, para que el bien o el complejo de bienes permanezca insensible con respecto a las vicisitudes del propietario y constituya una especie de patrimonio idealmente separado (ajeno también a la sucesión), es necesaria una específica norma jurídica que establezca este efecto<sup>24</sup>.

---

24 En sentido contrario Lupoi, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 364, según el cual la transcripción no es necesaria en absoluto, siendo suficiente la sola conclusión del negocio de confianza fiduciaria, como herramienta capaz de conformar la propiedad del patrimonio. La tesis es más clara cuando se piensa que

Todo esto significa que el negocio de confianza fiduciaria para que realmente pueda funcionar debe poder beneficiarse de un mecanismo jurídico de segregación patrimonial, en falta del cual no puede garantizar su plena utilidad. Antes de verificar la posibilidad de constituir un negocio de confianza fiduciaria por testamento y su diferencia del trust, es necesario verificar si existe en el ordenamiento jurídico italiano un instrumento general de segregación patrimonial, capaz de hacer que los bienes vinculados sean independientes del patrimonio del fiduciario y garantizar su afectación al cumplimiento y implementación del programa.

En este sentido, no dudo que podamos dar una respuesta positiva.<sup>25</sup>

En mi opinión, se pueden dar dos formas diferentes de segregación, que podrían definirse una como confianza fiduciaria interna y la otra como confianza fiduciaria de derecho interno.

En el primer caso, se trataría de aplicar, inmediata y directamente, la ley de San Marino n. 43 de 2010, a través del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, ratificado en Italia con la Ley de 16 de octubre de 1989, n. 364<sup>26</sup>; en el segundo, en cambio, se trataría de aplicar la regla establecida en el art. 2645-ter CC it., que es, en mi opinión, una regla de portada general<sup>27</sup>, que admite y legitima en el ordenamiento jurídico italiano el principio de la articulación del patrimonio de la persona<sup>28</sup>.

---

según el A. "il bene oggetto del contratto di affidamento fiduciario non è il bene o non sono i beni inclusi nel fondo affidato, ma è il valore di scambio di tali beni".

- 25 Vale la pena señalar que, según Lupoi, no sería necesario transcribir el acto para lograr el efecto de segregación. Esta segregación resultaría, de hecho, de la funcionalización específica de la propiedad a los intereses indicados en el programa, por lo que ya no sería necesario algo para que los bienes no sean atacados por los acreedores personales del fiduciario. LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust", en AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., pp. 128-133) afirma: "la segregazione dei beni affidati è ora sancita dalla l. 22 giugno 2016, n. 112 ... si tratta di una conferma legislativa, certo importante e per alcuni essenziale, ma a mio parere non necessaria: infatti, la non confusione fra i beni affidati e gli altri beni dei quali l'affidatario fiduciario sia titolare deriva dal riconoscimento della conformazione del titolo dell'affidatario fiduciario, come sopra illustrata". El A. afirma que la segregación sería un efecto natural del contrato, con respecto al cual sería necesario y suficiente que el título sea conocido por los terceros. Escribe LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 351, que el título de la confianza fiduciaria es tanto la razón justificativa del derecho como la misma medida del derecho "Il titolo dell'affidatario fiduciario è, al tempo stesso, pieno e instabile nel tempo; inoltre, è ambulatorio". LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 424 s. no excluye, aunque no sea la hipótesis preferible, la posibilidad de transcripción ex art. 2645-ter CC it. "Ragionare in termini di vincolo di destinazione rassicura il notaio: tuttavia così si tradisce non solo la norma, nei limiti accettabili sopra indicati, ma anche la funzionalità dei contratti di affidamento fiduciario. Su questo occorre non scendere a compromessi perché deve restare fermo l'assunto principale: è necessario pubblicizzare la specificità del titolo dell'affidatario fiduciario, sia egli l'affidante auto-investitosi, sia egli l'affidatario fiduciario al quale il diritto reale immobiliare è stato trasferito dall'affidante o da terzi. Questa specificità consiste nella inerente temporaneità della posizione, conseguente alla sua conformazione come a suo tempo chiarito".
- 26 Esta es la única hipótesis que parece admisible a VICARI, A.: "L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica", *I contratti*, 2018, p. 363 s.
- 27 V., GENTILI, A.: "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter CC", *Rassegna di diritto civile*, 2007, pp. 1-50.
- 28 Escribe CARRABBA, A.A.: "Testamento e destinazione patrimoniale (Una lettura per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter CC", *Giustizia civile (online)*, 2015, p. 191, "non ci si può non rendere conto che con riferimento al considerato ultimo profilo è necessario superare una valutazione in termini di regola ed eccezioni delle diverse articolazioni del regime di responsabilità pure in rapporto

Comencemos con la primera hipótesis que he llamado confianza fiduciaria interna. Considerando que el Convenio de La Haya establece, en el art. 2, que se consideran trust todas las relaciones jurídicas en las cuales un patrimonio se coloca bajo el control de un sujeto en interés de un beneficiario o de un propósito, creo que en esta definición es posible incluir también la disciplina del contrato de confianza fiduciaria regulado en la Ley de San Marino n. 43 de 2010. Esto significaría que, al combinar estas dos disciplinas, sería posible concluir un negocio de confianza fiduciaria todo interno (es decir, disponente y fiduciarios italianos, bienes ubicados en el territorio italiano), cuyo único elemento extranjero sería la ley reguladora. Por lo tanto, el negocio de confianza fiduciaria estaría regulado por la ley extranjera y, en particular, por la ley de San Marino, que admite, expresamente, la segregación de los bienes como efecto fundamental.

Mucho más interesante es la segunda hipótesis, que he definido como confianza fiduciaria de derecho interno, justo para señalar que el negocio estaría completamente regido por el derecho italiano. Para lograr este resultado sería necesario hacer uso de la disciplina establecida por el art. 2645-ter CC it. sobre la vinculación de bienes<sup>29</sup>.

Partiendo de la perspectiva que considera que esa regla es de carácter general y es capaz de regular cualquier forma de destinación digna de protección<sup>30</sup>, no creo

---

a uno stesso soggetto e tanto soprattutto se si dovessero apprezzare efficienza dei beni e dinamicità del patrimonio in ragione delle attività per le quali essi sono impiegati, come sembra aver fatto il legislatore, sempre a voler esemplificare, con la previsione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 bis CC., ed ancora se si dovesse considerare l'evoluzione dei criteri di concessione del credito, i quali risultano basati non più o, quanto meno, non solo sulla capacità del soggetto debitore di produrre ricchezza ma sulla disponibilità in garanzia di specifiche entità, essendo stata peraltro depotenziata la portata delle garanzie personali". Efficazmente, LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter CC", *Contratto e Impresa*, 2007, p. 249, afirma que la norma admite "finalmente di prendere atto dell'equivalenza funzionale tra personalità giuridica e organizzazione di un patrimonio in compendi separati, come tecniche alternative e sostanzialmente equivalenti, attraverso le quali si possono manifestare i regimi giuridici della garanzia patrimoniale".

- 29 En este sentido, BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni, cit., p. 145 s., GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario", cit. p. 155 s. Por todos, TATARANO, M.: "La c.d. legge *dopo di noi*", cit., p. 1477 s., que escribe: "esprimo la mia ferma convinzione che l'"ibridazione" fra il contratto di affidamento fiduciario e la fattispecie di cui all'art. 2645-ter sia il mezzo tecnico per elezione che permette quella stabilità di cui si è scritto. Del resto, seppur in maniera meno convinta, questo utilizzo è anche prefigurato da Lupoi, naturalmente nella versione attiva e dinamica della fattispecie di cui all'art. 2645-ter". También, PIAIA, F.: "Il contratto di affidamento fiduciario", cit., p. 187, que en el ejemplo propuesto prevé expresamente la transcripción de la vinculación de bienes ex art. 2645-ter CC it. relativamente a la finca que constituye parte del patrimonio confiado. En particular, la A. construye el art. 32 del contrato de confianza fiduciaria de la siguiente manera: "A.) L'Affidante e l'Affidatario fiduciario, ai fini della più opportuna pubblicità dell'avvenuto mutamento del titolo dell'Affidante rispetto all'Immobile, e conseguentemente dell'inerenza dell'Immobile al Fondo Affidato, richiedono al Conservatore dei Registri Immobiliari competente con riferimento all'Immobile, la trascrizione: 1. del vincolo ex art. 2645-ter CC., contro l'Affidante; 2. del trasferimento della proprietà, contro l'Affidante ed a favore dell'Affidatario Fiduciario, sottoposto a condizione (descritta nel Quadro "D" della nota di trascrizione quale *risolutiva* quanto all'Affidante e *sospensiva e risolutiva* quanto all'Affidatario Fiduciario). B.) L'Affidatario Fiduciario manleva espressamente il Conservatore dei Registri Immobiliari competente da ogni responsabilità in ordine alla trascrizione richiesta".
- 30 Sobre el significado de *intereses dignos de protección*, en el contexto de la vinculación de bienes, por todos, PERLINGIERI, G.: "Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645-ter CC", *Il foro napoletano*, 2014, p. 63 ss. que especifica que este control no concierne tanto a la función concreta del acto de autonomía (que en cualquier caso se impone), sino a la relación de afección, que se convierte en un control *externo y dinámico*. El legislador requiere evaluar no solo la relación entre el bien y el propósito y, por lo



que podamos dudar de su utilidad para lograr la afección del patrimonio<sup>31</sup>. Con el entendimiento de que, en este caso, la vinculación de bienes se regiría por el negocio de confianza fiduciaria, que establecería el programa, con respecto al cual el patrimonio confiado sería instrumental. Esta solución parece presentar solo dos límites, con respecto a los cuales se requieren algunas consideraciones adicionales.

Primero, en el caso de edificios ubicados en diferentes provincias, sería necesario inscribir en el registro civil la vinculación en cada uno de los bienes que conforman el patrimonio confiados, de modo que una sola inscripción no sería suficiente, y necesitarían tantas inscripciones cuantas son los diferentes registros civiles competentes por cada territorio. Con el entendimiento de que, en el caso de compra de nuevos bienes, sería necesario prever a una nueva inscripción del vínculo. No sería posible superar el problema, ni siquiera si quisiéramos considerar, y me parece posible, que el patrimonio confiado constituye una universalidad<sup>32</sup>. Teniendo en cuenta que los bienes que constituyen un patrimonio confiado en términos de universalidad solo ayudan a comprender que los bienes tienen un destino unitario y que cada bien que constituye la universalidad puede ser objeto de actos y relaciones legales separados, pero no ayudan ni resuelven el problema de inscripción en el registro civil. Como no existe, hasta la fecha, la posibilidad de una única inscripción en el registro civil relativa a todos los bienes que forman parte de la universalidad es necesario, consiente que esto importa una mayor carga económica, que todos los bienes que forman parte del patrimonio confiado se mencionen en la nota de inscripción.

En segundo lugar, habría un problema para los bienes muebles, con respecto a los cuales no es posible una inscripción en el registro civil y, por lo tanto, la aplicación de la regla del art. 2645-ter CC. it. podría parecer imposible.

La imposibilidad de inscribir en el registro civil un acto jurídico sobre un bien mueble requiere preguntarse si es posible, en cualquier caso, lograr un efecto de

---

tanto, la relación de congruencia y adecuación entre el bien destinado y el interés perseguido, sino también comparar el interés del beneficiario y el interés de los acreedores, teniendo en cuenta que este balanceo debe tener en cuenta la jerarquía de intereses y valores fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la vinculación de un bien desproporcionado o incongruente con respecto al propósito, o una vinculación de bienes capaz de vaciar, sustancialmente, el patrimonio del disponente no puede ser aprobada. Esta evaluación no se limita solo a la fase genética de la relación jurídica, sino que también se extiende a la fase dinámica, de modo que la congruencia entre el viene afectado y el interés protegido se espera que se verifique también durante el curso de la relación, porque no se puede excluir que una relación originalmente congruente y proporcionales se convierten, con el tiempo, en desproporcionadas e incongruentes. En este sentido, es un control dinámico, ya que espera ser verificado a lo largo del tiempo, legitimando, en la hipótesis del desequilibrio subsiguiente, una acción dirigida a hacer que la afección sea declarada ineficaz en todo o en parte.

- 31 Afirma, eficazmente, LENZI, R.: "Atto di destinazione", en *Enciclopedia del diritto*, *Annali V*, 2012, p. 71, que la ley no permite vincular para proteger, sino proteger para vincular.
- 32 Sobre el tema las observaciones de GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva", cit., p. 155 ss., que señala que "se ci si attiene a questa conclusione ne deriva che la titolarità del diritto di proprietà su una *universitas* comporta il permanere della stessa identica titolarità anche se muta la composizione dell'insieme, dando quindi luogo ad un fenomeno di surrogazione reale".

segregación, similar al previsto para los bienes inmuebles y muebles registrados por el art. 2645-ter CC it., o si esta posibilidad debe considerarse excluida debido a la imposibilidad de inscribir el acto. Si razonamos en términos exclusivamente formalistas, la solución tendría que ser negativa, con la consecuencia de que el patrimonio confiado podría incluir solo y exclusivamente bienes muebles registrados y bienes inmuebles.

Sin embargo, creo que una solución de signo opuesto puede ser propuesta y que ni siquiera puede considerarse *a priori* como asistemática si solo se considera que la hipótesis está expresamente prevista en el art. 2645-ter<sup>33</sup> CC it., según el cual la afectación tiene que referirse no solo a los bienes inmuebles, sino también a sus frutos (aunque por estos bienes no sería posible una inscripción en el registro civil). Después de todo, de no ser así, los frutos podrían ser atacados por un acreedor personal del fiduciario, o podrían considerarse como parte de su comunión ganancial, o, lo que es peor, podrían considerarse *relictum* de su herencia. Esta simple observación, cuya importancia tiene una relevancia que va más allá del problema del negocio de confianza fiduciaria, y afecta, más generalmente, cualquier hipótesis de destinación y segregación patrimonial, creo que establece claramente los términos del problema y justifica la oportunidad de experimentar una solución capaz de garantizar que la segregación pueda referirse aun a los bienes muebles.

Una solución a este problema solo puede partir de la disciplina mencionada en los arts. 2914, n. 4 y 2915 CC it., en la parte en la que afirman que los actos que importan una restricción de la disponibilidad del bien pueden ser opuestos a los acreedores solo cuando tienen una fecha cierta<sup>34</sup>.

Basado en estas reglas y partiendo del supuesto de que la regla del art. 2645-ter CC it. es una expresión de un principio más general, que permite la articulación del patrimonio de una persona, debería ser posible afirmar que un acto que importa una vinculación si e cuando tiene una fecha cierta no solo es oponible a los terceros, sino que implica, también una segregación del bien<sup>35</sup> (de modo que constituye garantía

33 De hecho, la regla en cuestión (establecida en el art. 2645-ter CC it. v. nota n. 5) establece que la segregación se refiere no solo a los bienes conferidos, sino también a sus frutos. Por lo tanto, no se puede dudar de que, en el caso de que se establezca una vinculación sobre una finca, todos los frutos producidos, es decir, las rentas recibidas gradualmente, no puede ser atacada por acreedores personales del fiduciario.

34 En este sentido, TATARANO, M.: "La c.d. legge dopo di noi", cit., p. 1477. Ver para un análisis detallado sobre el tema, las obras de CEOLIN, M.: "Destinazioni e vincoli", cit., p. 197; MEZZANOTTE, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli 2015, p. 96 ss.

35 En este sentido, también LUPOLI, M.: *Il contratto di affidamento*, cit., p. 369 s. El A., confirmando la reconstrucción, cita este ejemplo, entre otros. Imaginamos que dos personas entre las cuales hay una disputa sobre la propiedad de un bien, entreguen la cosa a un tercero, para que la mantenga hasta el final de la disputa. El A. dice que en este caso un acreedor de la persona a quien se entrega la cosa no podría secuestrarla o, más precisamente, el secuestro no sería eficaz si prueba la custodia. Sin embargo, es cierto que en este caso la persona a la que se entrega la cosa no tiene la propiedad del bien, por lo que es fácil para el verdadero propietario oponerse. El caso de custodia fiduciaria sería diferente, ya que el fiduciario no sería un simple custodio, sino el propietario, incluso si el bien está destinado a la realización del programa.

solo por los acreedores del vínculo y no por todos los acreedores personales de la persona propietaria del bien vinculado). Si se excluye esta posibilidad, se llegará al resultado paradójico de que una segregación de un bien mueble no sería posible, de acuerdo con las normas de la ley italiana, mientras que sería posible a través de la aplicación de la ley extranjera (por ejemplo, la ley de San Marino). Si se establece un trust, declarando que la disciplina aplicable es la de Jersey, no habría duda de que la segregación de los bienes muebles podría ocurrir, ya que está específicamente prevista por esa ley.

Para evitar tal contradicción y en el supuesto de que sería apropiado introducir una nueva regla que admita una vinculación general también para los bienes muebles, como lo ha hecho el art. 2645-ter CC it., para los bienes inmuebles, no creo que deba excluirse esta solución interpretativa. Más cuando consideramos que el art. 2645-ter CC it. es importante no solo por su disciplina específica, sino también por haber aclarado, como se anticipó, que en el ordenamiento jurídico italiano existe, ahora, un principio general que permite la articulación del patrimonio de la persona, cuando esta responde a intereses dignos de protección<sup>36</sup>. Se debe admitir, por lo tanto, que se puede lograr un fenómeno de segregación del bien mueble y que esta segregación depende de la sola existencia de un acto de vinculación que tenga fecha

36 Vale la pena precisar que la expresión “intereses dignos de protección” puede entenderse en la ley italiana con distintos significados, de modo que, en ausencia de una aclaración precisa, es posible dar lugar a malentendidos, que tienen un sabor más nominalista que sustancial. En primer lugar, sirve para indicar la verificación de conformidad con el orden público constitucional. Se trata del significado más importante. Es una verificación de mérito, que se basa, no solo y no solo en la regla establecida en el art. 1322, párrafo 2, CC it., sino en el sistema en general (o sea a los principios y valores normativos) y, en particular, en los arts. 2, 3, 41, 118, Cost. it.; con el entendimiento de que este control concierne a la función concreta del acto. Este juicio, que debe expresarse a la luz de los principios fundamentales del sistema, permite verificar que el ejercicio de la autonomía privada cumple con las reglas de nuestro sistema, garantizando que el acto de autonomía privada responda a una función legal y socialmente útil, y sea adecuado para la implementación y el cumplimiento de los valores y principios normativos fundamentales. Se refiere, entonces, a cualquier acto de autonomía privada, independientemente de que sea reducible al contrato típico o atípico, al acto entre vivos o de última voluntad, a un acto jurídico o a un negocio jurídico.

Otro problema diferente es si, más allá del control civil-constitucional, en el que debe invertirse cualquier acto de autonomía privada, el art. 1322, párrafo 2, CC it. no contempla un control preventivo específico, solo para contratos que no tienen una disciplina particular. Creo que se puede dar una contestación afirmativa. El ordenamiento jurídico italiano subordina la admisibilidad de contratos atípicos (o sea, que no tienen una disciplina particular) a un juicio de mérito, que debe entenderse, en este sentido específico y limitado, como un control de la idoneidad del modelo para componer, de manera abstracta, intereses dignos de protección. Aunque este control tiene una relevancia limitada, no creo que sea inútil. En este sentido, de la misma manera que esta evaluación, se podría afirmar que un contrato de maternidad subrogada oneroso, independientemente de los intereses reales, independientemente de las partes que lo hayan celebrado, independientemente de sus efectos esenciales, constituye una hipótesis en la que el derecho italiano debe rechazar (diferente sería el discurso sobre el contrato de maternidad subrogada gratuito o liberal).

Por último, la expresión “intereses dignos de protección” parece ser aún diferente cuando nos la referimos a la vinculación de bienes. En este sentido, por simplicidad, podemos llamar “interés de afección”. Este control se solicita no para comprobar la validez del acto (este control se hace, de todas formas, pero es el control civil-constitucional), sino solo con el propósito de verificar si existe un válido interés de afección y si la vinculación de bienes sea adecuada y proporcionada con respecto al interés de afección. Un acto de vinculación de bienes que, aunque válido y eficaz, por haber superado el control de validez y el de la legalidad civil-constitucional, no es, por esta razón, también capaz de lograr una separación patrimonial. Para la realización de la que sirve también superar el escrutinio del interés de afección. Este último control, como ha explicado PERLINGIERI, G.: “Il controllo di *meritevolezza*”, cit., p. 54 ss. es externo y dinámico (v. nota n. 31).

cierta, de modo que sea oponible a todos los acreedores y, más generalmente, a todas las partes interesadas.

#### IV. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA VERSUS TRUST

Habiendo evaluado la posibilidad de establecer un negocio de confianza fiduciaria, es necesario insistir en su función, también para aclarar su diferencia con respecto al *trust*<sup>37</sup> y a la vinculación de bienes<sup>38</sup>.

La diferencia con respecto a la última me parece fácil de entender, cuando se considera, por un lado, que la vinculación de bienes en la perspectiva de la confianza fiduciaria es solo el instrumento técnico para garantizar la segregación patrimonial del bien o del conjunto de bienes y, por otro lado, que una vinculación de bienes sin una confianza fiduciaria se resuelve en la mera segregación del bien.

Aunque en la perspectiva en que me pongo la regla del art. 2645-ter CC it., lejos de ser una regla especial o, lo que es peor, una regla excepcional, es más bien la expresión de un nuevo principio general del sistema jurídico italiano<sup>39</sup>, que permite y legitima vincular unos bienes por unos intereses o propósitos, es decir, la articulación del patrimonio de la persona, incluyendo también los bienes muebles, ciertamente no podemos negar que la restricción del destino es, por su naturaleza, de tipo estático.

El valor agregado del contrato de confianza fiduciaria es ofertado no solo por el dinamismo de la administración, sino también por el programa y por el conjunto de reglas negociales, que constituyen la esencia del mismo negocio de confianza fiduciaria, y que, no solo fijan el propósito y función de la vinculación, sino también las reglas de administración, previendo los límites y los poderes del afidatario, las hipótesis de su sustitución, la identificación del beneficiario, los sistemas de control y la cláusula de único remedio<sup>40</sup>.

37 Sobre el tema, v. LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale", cit., p. 128 ss.

38 V. GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario", en AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario*, cit., p. 134.

39 Sobre el potencial del testamento como fuente de una vinculación de bienes, por todos, CARRABBA, A. A.: "Testamento e destinazione patrimoniale", cit., p. 177 ss.; MOSCATI, E.: "Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione", *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 253-274; BARBA, V.: "Disposizione testamentaria di destinazione", cit., p. 325 ss.

40 Muy claramente, ALCARO, F.: "Il programma contrattuale", cit., p. 162, el cual escribe: "tradotto in clausole e previsioni giuridicamente rilevanti ed efficienti, il programma contiene perciò, nella sua intrinseca carica normativa, la rappresentazione dei comportamenti futuri e degli itinerari operativi, da perseguire, con modalità peculiari e non identificantesi nella tipologia e logica proprie della pura attività gestoria: l'affidatario non è - come si vedrà - un semplice mandatario-gestore, ma diretto interprete ed attuatore delle finalità, oggetto dell'affidamento". LUPOI, M.: "Le ragioni della proposta dottrinale", cit., p. 738, escribe: "Il programma stabilisce quali siano gli interessi preminenti e se necessario li *gradua*, così apprestando il metro di giudizio di qualsiasi comportamento che potranno tenere le parti del rapporto".

La circunstancia de que la vinculación de bienes para intereses dignos de protección puede ser también dinámica no permite superponer las dos instituciones, ya que el solo dinamismo de la administración constituye un *minus* con respecto al programa. A todo esto, debemos agregar que en un ordenamiento jurídico en el que la confianza fiduciaria no es una figura positiva, es muy difícil afirmar o decir en qué se diferencia de otras instituciones expresamente reguladas. Esta diferenciación presupondría, de hecho, una tipificación legal del negocio de confianza fiduciaria, que en el sistema jurídico italiano carece, haciendo un discurso para las similitudes y diferencias de utilidad limitada.

Lo que realmente importa no es la tipificación ni la calificación, sino la identificación de la disciplina aplicable al caso específico. El problema del jurista no es tanto clasificar y calificar, sino identificar la disciplina que se aplicará al caso concreto, teniendo en cuenta los intereses en juego y considerando los principios en concurso. En un ordenamiento constitucional contemporáneo, la calificación no puede ni debe transformarse en una prisión de disciplina, ni debe obligar al intérprete a hacer la aplicación necesaria de todas las normas dictadas para ese tipo y la exclusión de todas las demás normas dictadas por tipos o figuras diferentes. Al contrario, el jurista siempre debe sopesar los intereses subyacentes en el caso concreto individual, exaltando cada perfil del hecho, balanceando los principios en concurso e identificando una disciplina que sea razonable y proporcional<sup>41</sup>.

No hay diferencias menores entre la confianza fiduciaria y el trust. Una vez más, el papel del programa, que constituye la esencia de la confianza fiduciaria, vuelve con un carácter decisivo, mientras que asume una relevancia muy menor en el trust, en el que lo relevante es la segregación patrimonial del bien para la realización del propósito o para la realización de los intereses del beneficiario.

Ciertamente, no se puede afirmar que trust y confianza fiduciaria constituyan universos distintos entre ellos, ya que son instituciones cuyo efecto es, entre otras cosas, realizar una segregación patrimonial de un bien o de un conjunto de bienes. Sin embargo, no puede descuidarse cuánto es diferente una segregación que tiene su punto de relevancia en la mera realización del propósito o en la mera realización de los intereses del beneficiario, respecto a una segregación en la que el programa media este resultado<sup>42</sup>.

41 V., por todos, PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 3 ss.

42 Escribe, al final de su artículo, GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario", cit., p. 144, "un vincolo forte del ruolo o ufficio, sostenuto da pieni poteri sui beni, a prescindere dalla persona o dal bene è - se intendo bene - proprio il *novum* cui tende il modello dell'affidamento fiduciario. Possiamo e dobbiamo verificare se esso soddisfi tutte le condizioni. Ma - mi pare - orientati finché possibile a favorirne il successo. Sarebbe un modo di colmare una lacuna del nostro ordinamento rispetto agli altri dell'area occidentale. E sarebbe la logica conclusione di un percorso storico. Un percorso iniziato quando la fiducia ha tentato di forgiare lo strumento per lo scopo che fosse buono per il diritto, e che si concluderà quando il diritto forgerà lo strumento per lo scopo che sia buono per la fiducia".

Podría decirse, tomando prestadas las palabras del Convenio de La Haya sobre el trust y las de la ley de San Marino sobre el contrato de confianza fiduciaria, que en el trust el elemento característico es la mera sujeción del bien o del complejo de bienes bajo el control de otra persona en interés de un beneficiario o por un propósito específico<sup>43</sup>, mientras que en la confianza fiduciaria el elemento característico es el programa, que asigna ciertos bienes y sus frutos en favor de uno o más beneficiarios<sup>44</sup>.

En este sentido, me parece muy diferente la posición legal del *trustee* con respecto a la del fiduciario. En el primer caso, la relación de confianza, en el sentido más tradicional del término, ciertamente tiene un carácter más marcado, ya que el *trustee* es la persona que el disponente elige para que el bien o el conjunto de bienes se coloquen bajo su control, de ahí el *trustee* asume una posición de importancia significativa. Por el contrario, en la confianza fiduciaria, lo que es de importancia decisiva es el programa, de modo que la relación de confianza, en el sentido más tradicional del término, toma un carácter, si no secundario, al menos accesorio o subsidiario al programa.

Mientras que el reemplazo del *trustee* es un evento particularmente significativo en la economía general del fenómeno, porque es un negocio en el que detectan, sin menos, sus cualidades personales, su relación personal con el disponente, el reemplazo del fiduciario (en el contrato de confianza fiduciaria) no es un evento de extraordinaria importancia, precisamente porque su actividad siempre está mediada por el programa. Desde este punto de vista, amén de un nivel estructural, podría explicarse por qué no es fácil la modificación (a través de cesión del contrato) del *trustee*, mientras que parece plausible en el contrato de confianza fiduciario. Podría decirse que, si bien la figura del *trustee* es básicamente inalcanzable, aparte de los mecanismos de individuación establecidos en el trust, precisamente por la relación de confianza con el disponente que lo colocó en ese papel, la figura del fiduciario disfruta de mayor fungibilidad, ya que su actividad sigue siendo limitada y mediada por el programa. En resumen, mientras que en el trust el elemento caracterizado es la sujeción de un patrimonio bajo el control del *trustee* (que goza de la máxima confianza por parte del disponente), en la confianza fiduciaria el elemento característico es el programa para la realización del cual un patrimonio está afectado. Esto no tiene un valor puramente descriptivo, sino un alivio significativo en términos de disciplina. Si es cierto, de hecho, que la disciplina depende de la función,

43 El art. 1, párrafo 1, del Convenio I de julio 1985, ratificado en Italia por la Ley 16 de octubre 1989, n. 354, establece: "Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o *mortis causa* - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

44 El art. 1, párrafo 1, de la Ley San Marino I de marzo 2010, n. 43 establece: "L'affidamento fiduciario è il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni".

entonces no se puede negar que se refleja de manera importante precisamente en la disciplina aplicable al caso concreto.

## V. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

La interrelación del negocio de confianza fiduciaria con el derecho de sucesiones por causa de muerte tiene lugar en dos niveles distintos, que describen diferentes órdenes de problemas. Considerando, de hecho, que el derecho de sucesiones no puede considerarse un mero sector o área de derecho civil, sino que, más bien, un horizonte a través del cual los intereses, patrimoniales y no, de la persona y los problemas de circulación legal pueden y deben analizarse, es necesario distinguir el caso en que el negocio de confianza fiduciaria afecta la regulación de la sucesión, del caso en que la relación de confianza fiduciaria encuentra su génesis en el fenómeno de la sucesión. En otras palabras, es necesario distinguir el caso en el que el negocio de confianza fiduciaria ya existe cuando se abre una sucesión, del caso en que el negocio de confianza fiduciaria está constituido por el acto de la última voluntad, es decir, por un acto capaz de regular la sucesión de la persona.

En el primer caso, el horizonte de los problemas que pueden plantearse gira en torno a la estabilidad del negocio de confianza fiduciaria. Cabe investigar la naturaleza de este acto y, en particular, su posible calificación en términos de un acto liberal, verificar si y en qué medida es capaz de resistir la agresión de cualquier legítimo y de la agresión de cualquier acreedor del causante o de los herederos y, finalmente, en qué medida permanece insensible a los eventos relacionados con la partición hereditaria y la posible colación. Así, en primer lugar, surge una pregunta sobre su naturaleza jurídica y, posteriormente, en el supuesto de que este acto puede considerarse reducible dentro de las liberalidades, todos los problemas habituales relacionados con la regulación de una sucesión.

En el segundo caso, el horizonte de las preguntas más relevantes se relaciona con el contenido del acto de última voluntad, es decir, la identificación de los elementos mínimos necesarios para que un negocio de confianza fiduciaria pueda establecerse con un acto de última voluntad. Este tipo de problema se divide en una pluralidad de sub-temas, ya que es necesario verificar cuál es la estructura del acto, cuál debería ser su contenido esencial y cuál es su estabilidad.

En la perspectiva, que sigo proponiendo hace mucho tiempo, que considera que el testamento no es el único acto de última voluntad de nuestro ordenamiento jurídico<sup>45</sup>, es necesario verificar si el negocio de confianza fiduciaria debe hacerse

45 Para el desarrollo de esta idea, v. BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 141 ss., según el cual el testamento es el acto de última voluntad al que el ordenamiento jurídico italiano asigna la función de disponer de la delación (institución de heredero

por una disposición testamentaria o se puede hacerse, también, con un acto de última voluntad distinto del testamento. Una vez que se ha establecido si el negocio de confianza fiduciaria reclame una disposición testamentaria o un mero acto de última voluntad que no sea testamento, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales mínimos, es decir, cuál debe ser el contenido esencial mínimo, en ausencia de los cuales el negocio de confianza fiduciaria no es válido. Finalmente, es necesario verificar cuál es la estabilidad de la disposición testamentaria, es decir, si el acto regulador de la sucesión con el que nace una confianza fiduciaria pueda ser atacado por un legitimario.

## VI. NATURALEZA LIBERAL DEL NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA.

La primera pregunta sobre la cual se necesita una reflexión, asumiendo un carácter absorbente y preliminar con respecto a todas las demás, se relaciona con la naturaleza del negocio de confianza fiduciaria, teniendo que verificar si se trata de una liberalidad o no. En la hipótesis en la que se niega su cualificación dentro del área de la liberalidad, la mayoría de los problemas que giran en torno al derecho de sucesión se deben considerar definitivamente superados. De hecho, se sabe que las cuestiones relativas a la imputación a la cuota hereditaria, a la acción de reducción y restitución por parte de los legitimarios<sup>46</sup>, a la partición y a la colación se plantean únicamente con respecto a las liberalidades, mientras que son extrañas con respecto a los actos no liberales. Esto significa que se niega en la raíz que el negocio de confianza fiduciario es un acto de liberalidad, todos esos problemas deben considerarse superados, con el obvio corolario de que la constitución de un negocio de confianza fiduciaria por acto entre vivos sería completamente irrelevante con respecto a la sucesión de la persona.

Aunque es innegable que esta perspectiva es muy atractiva y aunque el art 3, párrafo I de la ley de San Marino 43/2010 establece que ni el traspaso del derecho ni el vínculo requieren la forma y las formalidades establecidas por los artos gratuitos, estoy convencido de que no se puede negar que la confianza fiduciaria constituye un acto de liberalidad.

Creo que es posible excluir, sin duda, que el negocio de confianza fiduciaria sea una donación, ya que, en nuestro sistema jurídico, para que un contrato sea

---

de legado), con el obvio corolario de que todos los demás intereses *post mortem* que no afecten de forma inmediata y directa a la delación hereditaria pueden ser regulados por actos de última voluntad, diferentes del testamento.

46 Cabe considerar que, en el derecho italiano, los legitimarios gozan de una protección muy fuerte, ya que, pueden, si reciben bienes por un valor inferior a su cuota legítima, obtener los bienes hereditarios y, también, si el valor de los últimos no fuera suficiente, los bienes que el causante había donado durante su vida. Se dice que gozan de una protección de naturaleza real, dado que pueden conseguir, inmediata y directamente los bienes hereditarios y, también los bienes que fueron objeto de donación. No gozan, por lo tanto, de una protección de naturaleza obligatoria, por la cual tendrían solo derecho a un valor, sino de una protección de naturaleza real.



calificado como una donación, no es suficiente que una parte enriquezca a la otra con espíritu de liberalidad, siendo, en cambio, necesario que el enriquecimiento tenga lugar ya sea por la disposición de una cosa de uno en favor de otro (donación real), o por la asunción de una obligación (donación obligatoria)<sup>47</sup>.

En el caso de un negocio de confianza fiduciaria, incluso si es posible suponer que el disponente pretende enriquecer al beneficiario o a los beneficiarios, debe excluirse que este enriquecimiento tenga lugar en una de esas dos formas. Por el contrario, el enriquecimiento se lleva a cabo precisamente a través del cumplimiento del programa y mediante la actividad jurídica del fiduciario, que además de administrar el bien o el complejo de bienes afectados, conforme al programa, está obligado (cuando termine el contrato, el programa se realice completamente o se haya vuelto imposible de cumplir), a disponer de ese patrimonio confiado en favor de los beneficiarios cuando o.

Incluso si el disponente hubiera previsto que el fiduciario podría o debería proporcionar a los beneficiarios, durante la implementación del programa, algunas sumas o los ingresos de algunos bienes, no se duda que el enriquecimiento de los beneficiarios siempre se realizaría a través de la mediación de la actividad jurídica del fiduciario.

Esto permite excluir, con razonable certeza, que el negocio de confianza fiduciaria puede considerarse un contrato de donación: el disponente enriquece a los beneficiarios no mediante la disposición de su derecho en favor de estos, ni mediante la asunción de una obligación hacia ellos.

Excluyendo que el negocio de confianza fiduciaria puede considerarse una donación, solo permite excluir que por su validez es necesario respetar las formas y formalidades específicamente establecidas para la donación, pero no puede superar definitivamente los problemas, ya que es necesario acertar si se trata de un acto liberal<sup>48</sup>. Esta calificación, aunque sería irrelevante para los propósitos de respetar las formas y formalidades requeridas para la donación, tiene, de hecho, una importancia decisiva en asuntos de derecho de sucesiones, ya que, también de conformidad con el art. 809 CC it., los actos liberales son relevantes a los efectos de determinar: el caudal hereditario (art. 556 CC it.) y, por lo tanto, la cuota concretamente reservada para los legitimarios (art. 536 CC it.); la imputación a su cuota (art. 564 , párrafo 2,

47 V., también para mayores referencias de doctrina y jurisprudencia, BARBA, V.: "Art. 769 – Definizione", en BONILINI, G.: *Delle donazioni*, Utet, Torino, 2014, p. 3 ss.

48 Sobre la relevancia del interés a donar, por todos, CHECCHINI, A.: "L'interesse a donare", *Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 234 ss. En la p. 299 s., escribe: "lo spirito di liberalità è quindi, sostanzialmente, un intento obiettivato nella dichiarazione negoziale, o comunque socialmente percepibile, interpretando il comportamento del soggetto in relazione alle circostanze, di soddisfare direttamente -attraverso lo spostamento patrimoniale anzidetto- un proprio interesse di natura non patrimoniale".

CC it.); la colación (art. 737 CC it.); la acción de reducción (artt. 554 y 555 CC it.)<sup>49</sup>; la acción de restitución (art. 561 ss. CC it.)<sup>50</sup>; la partición hereditaria (artt. 724, 725 ss. CC it.).

Partiendo de la premisa de que la onerosidad y la gratuidad se refieren al título y, en particular, a la identificación del sujeto que soporta los sacrificios económicos, de manera tal que el acto en el que una parte no soporta ningún sacrificio económico<sup>51</sup> o soporta sacrificios económicos de poca importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra parte<sup>52</sup>, debe considerarse gratuito, está claro que el concepto de liberalidad, que no puede ser una mera réplica de esto, no puede vincularse a una mera evaluación económica del título. La liberalidad se relaciona con el efecto económico que deriva, directa o indirectamente, del acto, o más bien con la atribución jurídica espontánea y desinteresada que alguien lleva a cabo en beneficio de otros. Se puede decir que el concepto de liberalidad describe no solo la ausencia de cualquier restricción que conduzca al cumplimiento del acto, sino también la generosidad y la munificencia, con la consecuencia de que una liberalidad presupone una atribución jurídica desinteresada, que determina un enriquecimiento en favor de la otra parte del acto o de la relación jurídica.

Al razonar en estos términos, no creo que sea posible dudar de que el negocio de confianza fiduciaria deba considerarse un acto liberal. De hecho, si nos movemos del supuesto de que la confianza fiduciaria es el negocio con el que el disponente establece el programa que vincula ciertos bienes y sus frutos en favor de uno o más beneficiarios, se deduce que la operación económica tiene como objetivo beneficiar a los beneficiarios, aunque sea a través de la mediación y a través de la implementación del programa.

Debe decirse, queriendo estar en las categorías tradicionales y clásicas, que el negocio de confianza fiduciaria constituye una verdadera donación indirecta, ya que el disponente enriquece a los beneficiarios a través de un acto distinto a la donación y para la mediación jurídica de un tercero, a quien la tarea es asignada.

Decir que el negocio de confianza fiduciaria es un acto de liberalidad en favor de los beneficiarios, es decir, que el fiduciario no debe ni puede ser considerado un beneficiario. Incluso si él es el titular del patrimonio confiado y, por lo tanto, el que tiene la propiedad formal de estos bienes, debe excluir, categóricamente, que sea un beneficiario. Para ser riguroso, el fiduciario no solo no es un beneficiario, sino que es, incluso, una parte gravada por el contrato, ya que, para él, excepto en el caso de

---

49 V. nota n. 47.

50 V. nota n. 47.

51 V. TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953, p. 63.

52 Biscontini, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1984, p. 3 ss.

que se prevea una compensación por su cargo<sup>53</sup>, la actividad del fiduciario constituye un compromiso. Incluso si el fiduciario tuviera el derecho de compensación, no sería un enriquecimiento en absoluto, ya que sería un mero beneficio económico para la administración del patrimonio confiado.

Una vez comprobado que es un acto de liberalidad, es necesario establecer cuál es su valor exacto, ya que este dato es extraordinariamente significativo para los asuntos que plantea el derecho de sucesiones.

Aunque inmediatamente se puede hacer pensar que el valor de la liberalidad es exactamente el mismo que el enriquecimiento que reciben los beneficiarios, creo que esta hipótesis debe estar sujeta a críticas.

El negocio de confianza fiduciaria supone que el patrimonio confiado es adquirido por el fiduciario que tiene que administrarlo y implementarlo, de acuerdo con el programa, en los intereses de los beneficiarios. Teniendo en cuenta la duración del negocio de confianza fiduciaria es bien posible que el valor del patrimonio confiado cambie con el tiempo también debido a la administración del fiduciario.

Si partimos de la suposición, aparentemente obvia, de que el valor de las liberalidades debe considerarse igual a lo que los beneficiarios reciben o recibirán como resultado de la actividad del fiduciario, corremos el riesgo de considerar un valor que no solo sea muy diferente del valor del patrimonio que el disponente había vinculado en el momento de conclusión del contrato de confianza fiduciaria, sino, también, que eso podría ser muy difícil de estimar, especialmente si entre la muerte del disponente y el tiempo de finalización del negocio de confianza fiduciaria llevaría mucho tiempo. A esto se debe agregar que la mayor parte de los problemas podrían aumentar considerablemente si durante el tiempo de la administración del fiduciario, cumpliendo el programa, decide vender uno o más bienes del complejo y comprar nuevos, de la manera que la composición misma del patrimonio confiado es radicalmente diferente de la original<sup>54</sup>.

A la luz de todas estas consideraciones, creo que el valor de la liberalidad debe estimarse en el momento en el que se concluye el contrato de confianza fiduciaria, teniendo en cuenta, exclusivamente, el valor de los bienes que el disponente vincula originariamente, independientemente, por lo tanto, de cuál será la consistencia del patrimonio confiado al tiempo de apertura de la sucesión del disponente y, más

53 Cabe considerar que la Ley San Marino, 1 de marzo 2010, n. 43, art. 1, párrafo 3 establece que el contrato de confianza fiduciario se presume gratuito.

54 *Mutatis mutandis* y con alguna diferenciación obvia y clara, me parece que surgen problemas que no son muy diferentes de los que surgen en el caso de la donación de participaciones sociales que deben evaluarse en el momento de la apertura de la sucesión. Sobre el tema, recientemente, ver BARBA, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, p. 723.

aún, de cuál será la consistencia del patrimonio confiado al momento en el que el fiduciario dispone de los bienes en favor de los beneficiarios. Para estimar la liberalidad, hay que considerar el valor de los bienes que el disponente vincula al programa, descontando, obviamente, ese valor al momento de la apertura de la sucesión y excluyendo el valor de los frutos producidos (arg. ex art. 745 CC it) y excluyendo los bienes que hayan perecido por razones no atribuibles al fiduciario (arg. de conformidad con el artículo 744 CC it.).

Si se debe considerar que la liberalidad del disponente en favor de los beneficiarios tiene este valor, no debe descuidar que los beneficiarios, quienes ciertamente son titulares de un derecho, recibirán estos activos solo en el plazo establecido convencionalmente, o cuando el programa se vuelva imposible.

El derecho de los beneficiarios, lejos de ser un derecho real sobre los bienes, es más bien un derecho de crédito, o sea el derecho a reclamar por el fiduciario, de acuerdo con lo previsto en el programa, los bienes o una cierta cuota de ellos. El beneficiario no tiene ningún derecho real sobre el patrimonio confiado, sino solo un mero derecho de crédito, es decir, el derecho a exigir que el fiduciario preste el servicio en su beneficio. Pero hay aún más, porque el derecho del beneficiario no solo es un derecho de crédito, sino que también un derecho a plazo, ya que puede pretender la entrega del viene o de los bienes solo cuando se concluye la relación jurídica. Aún más, el derecho de crédito del beneficiario podría ser, incluso un derecho condicional, ya que el disponente puede haber identificado ciertas circunstancias en las cuales el beneficiario podría perder sus derechos. La circunstancia de que el beneficiario es el titular de un mero derecho de crédito o incluso una mera expectativa explica y justifica por qué no es esencial que el beneficiario sea identificado inmediatamente por el disponente y que este último también pueda limitarse a indicar los criterios para su identificación.

Por lo tanto, se deduce que el negocio de confianza fiduciaria es un acto de liberalidad, cuyo valor para cada asunto de derecho de sucesiones es igual al valor de los bienes que el disponente vincula para el cumplimiento del programa, actualizado en el momento de la apertura de la sucesión. Que el destinatario de la liberalidad goza de un mero derecho de crédito a plazo, a veces sujeto a condiciones. Que el fiduciario, incluso si es el propietario del patrimonio confiado, no puede estar expuesto a la acción de reducción.

## VII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA Y ACCIÓN DE REDUCCIÓN

Habiendo afirmado que la confianza fiduciaria es un negocio liberal con el cual el disponente enriquece a los beneficiarios, que el valor de la liberalidad es igual al valor de los bienes conferidos por el disponente al momento de la apertura de la sucesión y que los beneficiarios son titulares de un mero derecho a crédito a

plazo y, a veces incluso sujeto a condiciones, permite establecer y resolver algunos problemas que surgen en derecho de sucesiones.

En primer lugar, cabe señalar que el al ser calificado como un acto liberal, se vuelve relevante para determinar el caudal hereditario (art. 556 CC it.) y, por lo tanto, para determinar la cuota de reserva de los legitimarios (art. 536 CC it.). En el momento de la determinación del caudal hereditario, será necesario agregar el valor de los bienes que el causante haya destinado para el cumplimiento del programa, en el entendimiento de que el valor que esos bienes tenían en aquel momento, debe ser actualizándolo al momento de la apertura de la sucesión.

No creo que sea posible dudar de que los beneficiarios, si son legitimarios, deben imputar lo que han recibido como liberalidad a su cuota (art. 564, párrafo 2, CC it.). Sin embargo, el problema de la imputación depende del hecho de que los beneficiarios no son titulares de un derecho real, sino de un crédito a plazo. Esto significa que deben proceder con una imputación solo cuando el plazo llegue a su fin y que solo en ese momento será posible proceder con una posible remodelación de las cuotas. No es diferente de lo que sucede, al revés, en el caso de que el legitimario reciba *mortis causa* un derecho a plazo o esté sujeto a una condición suspensiva.

Habiendo dicho que la confianza fiduciaria determina una liberalidad en favor del beneficiario, requiere que este último, si se cumplen las condiciones, debe colacionar lo que recibe. Obviamente, la colación se refiere al derecho al crédito, por lo tanto, es una colación que debe hacerse por imputación, en el entendimiento de que la colación debe hacerse solo cuando el beneficiario consigue el bien o los bienes.

Finalmente, haber dicho que el negocio de confianza fiduciaria es una donación indirecta, que beneficia al beneficiario a través de la mediación de la actividad jurídica del fiduciario, también tiene importantes consecuencias en términos de acción de reducción y restitución (si el negocio es inoficioso).

Si partimos de la suposición de que el título bajo el cual el legitimario adquiere el bien hereditario no es la sentencia de reducción, sino su condición de heredero, ya que la sentencia tiene el único efecto de acertar la lesión (o sea que el testador haya perjudicado su legítima) y hacer que el acto de disposición (inoficioso) sea ineficaz, con la consecuencia de que el bien, que fue objeto de la liberalidad, se considere nunca escapado del patrimonio hereditario y, entonces, libremente adquirible por parte del legitimario en virtud de su cualidad de heredero establecida con la sentencia de reducción, se deduce que este mecanismo no puede funcionar cuando el objeto de la acción de reducción es una liberalidad indirecta, es decir, una liberalidad en la que el beneficiario no recibe una ventaja inmediata del causante, sino a través de la mediación de la actividad jurídica de otro y otro sujeto diferente. La protección del legitimario contra una donación indirecta (contrario a lo que

normalmente pasa) puede realizarse siempre por un equivalente<sup>55</sup>, incluso fuera del caso indicado en el segundo párrafo del art. 560 CC it.

Lo que impide la protección real de los legitimarios, no es, como, a menudo, se ha afirmado, la diferencia entre lo de que se empobrece el disponente y lo de que se enriquece el beneficiario<sup>56</sup>, sino la ausencia de un acto entre el disponente y el beneficiario. La no coincidencia entre el empobrecimiento (el bien del que dispone el causante) y el enriquecimiento (el bien entregado al beneficiario) es un tema que se refiere, principalmente, a la identificación del objeto de liberalidad indirecta. Sin embargo, este tema tiene, en mi opinión, poca, o incluso ninguna relevancia con respecto al problema de la acción de reducción, en relación con la cual debe plantearse un mero problema de valores. La acción de reducción sirve para determinar la lesión del legitimario y hacer ineficaz el acto realizado por el causante, que viola el derecho del legitimario. Se ha aclarado, de hecho, que el legitimario adquiere el bien objeto de la disposición testamentaria o de la donación (directa o indirecta), en virtud de su propia vocación hereditaria y no por efecto de la sentencia.

A la luz de estas consideraciones, no creo que se pueda dudar de que, en el caso de un negocio de confianza fiduciaria, el legitimario, que haya conseguido menos de la legítima (de ahora en adelante: legitimarios mermado), debe ejercitar acción contra el beneficiario del acto inoficioso. Este beneficiario no es ni puede ser el fiduciario, que no obtiene ninguna ventaja de la asignación, lo que, por el contrario, constituye una carga para él, ya que debe administrar los bienes y cumplir el programa, sin obtener una ventaja personal. El beneficiario real solo puede ser el

55 Así, Cass., 12 de mayo 2010, n. 11496, en *Notariato*, 2010, p. 508, con nota de IACCARINO, G.: "Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazioni sono sicuri", *Nuova Giur. Civ.*, 2010, p. 1238, con nota de TODESCHINI PREMUDA, A.: "Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito", *Fam. e dir.*, 2011, p. 348, con nota de MARI, A. y RIDELLA, G.: "Gli effetti dell'azione di riduzione e restituzione nei confronti delle liberalità non donative, secondo la Corte di Cassazione", en *Trust*, 2011, p. 128, con nota de DI PAOLO, M.: "La riduzione delle liberalità indirette", en *Imm. e prop.*, 2012, p. 105, con nota de SCUCCIMARRA, R.: "L'azione di riduzione nelle donazioni indirette", según la cual "alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 Cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 Cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legitimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito".

56 Así, CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", en AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 133 ss. espec. p. 136, "poiché tale coincidenza non si verifica nella riduzione delle donazioni indirette—in cui l'oggetto della riduzione è ora il depauperamento del donante, ora l'arricchimento del donatario—, risulta difficile estendere anche alle liberalità indirette l'affermazione che l'azione di riduzione elimina il titolo di acquisto del donatario: titolo di acquisto che nei casi qui esaminati normalmente consiste in un negozio a titolo oneroso stipulato dal gratificato con un terzo (contratto di assicurazione sulla vita a favore altrui, contratto di compravendita e via dicendo), non escludendosi peraltro anche un acquisto a titolo originario (ad es. nel caso di costruzione con materiali propri sul fondo altrui)". DELLE MONACHE, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legitimario*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 108 s.

beneficiario final, es decir, la persona que, al final del programa, o cuando ya no se puede lograr el programa, adquiere el patrimonio confiados.

La hipótesis de que el legitimario mermado puede o debe ejercitar la acción de reducción contra el fiduciario, solo porque es el propietario del patrimonio confiado, no me convence en absoluto. No solo porque la acción de reducción debe dirigirse contra el beneficiario de la disposición perjudicial, es decir, contra la persona que, directa o indirectamente, recibe o recibió el beneficio del causante, sino también porque en el momento de la apertura de la sucesión, especialmente si ha transcurrido un período de tiempo considerable desde el momento en que se estableció el negocio de confianza, el patrimonio confiado podría ser completamente diferente del original, ya que el cesionario podría haber vendido los bienes originales y comprados, con los ingresos, otros.

Si es cierto que la persona que realmente se beneficia de la confianza fiduciaria es el beneficiario y si es cierto que el cesionario es, más bien, el titular de un verdadero oficio de derecho privado, que tiene que implementar el programa al que están destinados los bienes, hay que deducir que la persona contra la cual es necesario ejercitar la acción es el beneficiario final.

En el momento en que el legitimario actúe en reducción contra el beneficiario, solicitará, dentro de los límites necesarios para la satisfacción de su cuota legítima, la ineficacia total o parcial del acto perjudicial, es decir, del acto que otorga al beneficiario el derecho de crédito. Al final de la acción de reducción, la adquisición del derecho de crédito por parte del beneficiario va a volverse ineficaz, en todo o en parte, y el derecho de crédito que constituía el objeto del acto volvería al patrimonio del causante o, más exactamente, en el caudal hereditario. A partir de ahí, dada la determinación de la calidad del heredero del legitimario mermado, él adquirirá tal derecho.

Por lo tanto, se deduce que el legitimario mermado adquiere, en todo o en parte, el derecho de crédito que correspondía al beneficiario. Sin embargo, este derecho sería un derecho a plazo, ya que asigna el derecho de exigir por parte del fiduciario la entrega del patrimonio, en el momento de la finalización del programa, o en el momento en que el programa no sea viable.

En este punto, no creo, aunque esto no se pueda descartar con certeza, que el legitimario mermado puede pedirle al fiduciario la satisfacción inmediata de su derecho de crédito. Surge un conflicto entre el interés del legitimario, que quiere conseguir pronto la entrega de los bienes por un valor correspondiente al derecho de crédito adquirido como resultado de la oficiosidad del acto, y el interés del causante, que quiere el cumplimiento de su programa. Todo sin dejar de considerar que la entrega inmediata, total o parcial, del patrimonio confiado podría ocasionar

daños, ya que el fiduciario, precisamente en ejecución del programa, podría haber llevado a cabo actos de administración de tal manera que una liquidación previa pudiera ser perjudicial.

Teniendo en cuenta los dos intereses opuestos, no creo que el legitimario mermado, a menos que se encuentre en una situación de necesidad, pueda solicitar la liquidación inmediata de su derecho de crédito y deba obtener la liquidación cuando el programa llegue a su término. Esta solución esencialmente termina conciliando ambos intereses: no afecta el interés del legitimario, quien consigue, desde el principio, el derecho al crédito, incluso si es un derecho a plazo; protege el interés del causante en la realización del programa elaborado con el negocio de confianza fiduciario. No me parece que deba prevalecer el interés del legitimario en una liquidación inmediata del derecho de crédito sobre el interés del causante para cumplir el programa. Lo que el legislador garantiza al legitimario es una cuota abstracta del patrimonio hereditario, que es una protección predominantemente cuantitativa. Este interés debe considerarse satisfecho cuando el legitimario adquiere el derecho de crédito, incluso si este crédito es a plazo y se resuelve en el derecho a reclamar la entrega de una parte del patrimonio confiado solo cuando finaliza el negocio o el programa.

Todo esto, obviamente, no excluye que el fiduciario pueda hacer la liquidación inmediata, especialmente si esta posibilidad está establecida expresamente en el negocio de confianza fiduciaria.

Desde este punto de vista, si queremos suponer una hipótesis de un negocio de confianza fiduciaria, que plantea el menor número posible de problemas, podríamos recomendarle al disponente que inserte una disposición que obligue al fiduciario a pagar la cuota correspondiente al legitimario, previendo, si es necesario, también algunas precauciones para permitir la mejor liquidación posible. Obviamente, debe ser una obligación que nace de la solicitud expresamente formulada por el legitimario, que ha actuado con éxito en la reducción. De hecho, no se puede excluir que el mismo legitimario tenga interés en que el fiduciario complete el programa, especialmente si a partir de la implementación de este programa, el patrimonio confiado puede aumentar significativamente.

Se debe hacer una consideración final con respecto a los sujetos legítimos pasivos a la acción de reducción.

El legitimario mermado debe ejercitar la acción de reducción contra los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria. En la hipótesis en la que los beneficiarios ya están determinados por el causante en el negocio de confianza fiduciaria o, posteriormente, en el testamento, no creo que se pueda dudar del hecho de que ellos serán los legitimados pasivos.



Sin embargo, el problema podría surgir en el caso de que no se identifique a los beneficiarios, o porque el causante haya establecido en el negocio de confianza fiduciaria que los beneficiarios deberán ser identificados por un tercero, o porque, reservando el poder de designarlos por testamento, ha establecido, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 631 CC it., que la designación debe ser hecha por un tercero.

En estas hipótesis es necesario establecer contra quiénes deben ejercitarse la acción de reducción, es decir, quiénes son los legítimos pasivos. Por supuesto, debe ignorar el caso de que la no designación de los beneficiarios, o el aplazamiento de su designación, se haga, únicamente, con el propósito de esquivar una regla imperativa, o con el único propósito de causar un perjuicio a un legitimario. Si se prueba tal evidencia, el acto debe considerarse inválido, porque es abusivo.

Aparte de esta hipótesis y, por lo tanto, en los casos en que el aplazamiento de la designación está respaldado por un interés razonable y justificado del disponente, que merece ser protegido, es obvio que debe identificarse un sujeto legitimado pasivo, para que esta situación non se traduzca en un perjuicio por el legitimario mermado.

El caso, por más extravagante que parezca, exige una solución similar a la que debe proponerse cuando el legitimario tiene que ejercer la acción contra un legado cuyo beneficiario debe ser determinado por un tercero (art. 631 CC it.), o contra una institución de heredero sometida a condición (art. 641 CC it.), o en contra de una disposición a favor de un concebido o, aún mejor, un *concepturus* (643 CC it.). El parecido entre estas hipótesis y la que nos interesa es obvio, ya que en ambas faltas un beneficiario, en concreto, porque aún no se ha identificado o porque no existe, o porque es incierto. En estas hipótesis, el legislador, aunque con una variedad de matices, esencialmente establece que la acción de reducción, que sigue siendo una acción dirigida a determinar la inoficiosidad de la disposición testamentaria perjudicial, se dirige, sustancialmente, a la dirección de la persona que administra, en interés del beneficiario, el bien o el conjunto de bienes. Por lo tanto, parece razonable suponer que, en los casos, aunque poco frecuentes, en los que el beneficiario de la disposición perjudicial no esté determinado, cualquier acción de reducción debe ejercerse contra la persona a quien se le confía, por el tiempo intermedio, la administración de los bienes. Además, la elección legislativa es muy razonable, ya que la persona encargada de administrar los bienes es la única que, en ausencia del beneficiario, tiene interés en preservar la misma disposición.

Razonando de esta manera y considerando que las reglas referidas terminan expresando un principio, aunque técnico, de nuestro sistema jurídico, me parece que esta solución debe seguirse en el caso en cuestión.

Esto significa que en ausencia de beneficiarios ya determinados y en espera de su determinación, siempre que este aplazamiento responda a un interés digno del testador, la acción de reducción por parte del legitimario mermado debe ser ejercitada contra el administrador del patrimonio, es decir, contra el fiduciario. No porque sea el beneficiario de la disposición, sino porque es el sujeto que representa a las partes interesadas, contra quienes se puede oponer a una sentencia de reducción.

Esta solución es capaz de conciliar tanto el interés del testador como el del legitimario. Por un lado, satisface el interés del disponente en la que los beneficiarios se identifican posteriormente, por otro lado, satisface el interés del legitimario mermado que está en condiciones de poder ejercer su acción, aunque el beneficiario de la disposición inoficiosa aún no está determinado. El interés del posible beneficiario también encuentra protección, que verá reducido su derecho, en todo o en parte, en función de cuánto sea necesario para restablecer la cuota legítima, sin que la reducción sea un perjuicio para él.

Este razonamiento me parece que permite superar el problema planteado. Si existe un interés digno de protección, que justifica el aplazamiento de la determinación de los beneficiarios en un momento incluso muy posterior al de la apertura de la sucesión, la posición del legitimario mermado no está afectada. El legitimario puede ejercer la acción de reducción para determinar su lesión y solicitar la reducción de las disposiciones inoficiosas. En el caso de que los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria aún no estén determinados, la acción se puede ejercer contra el fiduciario. Todo, en el entendido de que: el fiduciario no es el beneficiario del negocio; la acción de reducción no afecta la asignación del bien o el complejo de bienes al fiduciario, sino solo el derecho de crédito a favor de los beneficiarios; el derecho crédito que se ha vuelto, en todo o en parte inoficioso regresa a la masa hereditaria; el legitimario adquiere solo ese derecho de crédito; la liquidación del derecho de crédito tendrá lugar cuando finaliza el negocio o el programa, a menos que se el disponente haya establecido una regla diferente en el negocio de confianza fiduciaria.

## VIII. NEGOCIO DE CONFIANZA FIDUCIARIA POR TESTAMENTO

El extraordinario potencial del acto de la última voluntad nos permite afirmar que el negocio de confianza fiduciaria puede encontrar su fuente en el testamento. La constitución puede llevarse a cabo sea de manera indirecta, obligando a un heredero o legatario a hacer el negocio de confianza fiduciaria, ya sea directamente y sin la mediación necesaria de la actividad jurídica del heredero o legatario que, a lo sumo, podría tener una mera función ejecutiva. De las dos hipótesis, la de mayor interés es ciertamente la segunda, a la que se dedican principalmente las siguientes consideraciones.

Partiendo de la suposición de que el negocio de confianza fiduciaria determina una atribución patrimonial a favor de los beneficiarios y que esta atribución se resuelve en un derecho de crédito, creo que el único acto de la última voluntad adecuado para este resultado es el testamento o, más precisamente, la disposición testamentaria.

Incluso queriendo admitir que el testamento no es el único acto de última voluntad de nuestro ordenamiento jurídico y que todos los intereses *post mortem* de la persona que no afectan, inmediata y directamente, en la delación se pueden realizar con actos de última voluntad, diferentes del testamento<sup>57</sup>, no creo que pueda revocar en duda que el negocio de confianza fiduciaria *post mortem* reclame una disposición testamentaria. Dado que es la atribución de un derecho patrimonial a favor de sujetos determinados o determinables, no se duda que afecte a la delación.

Dado esto, es necesario establecer cuáles son los elementos mínimos necesarios del contenido de la disposición testamentaria, de modo que uno pueda, de manera válida y efectiva, constituir una confianza fiduciaria por testamento.

Deben ser determinados y/o determinables, indicando en este segundo caso los métodos de determinación, los elementos esenciales del negocio de confianza fiduciaria.

En primer lugar, la disposición testamentaria debe prever la determinación del programa, de modo que sea claro bien el propósito de la asignación, bien las facultades y las obligaciones del fiduciario y del garante, bien los métodos para el nombramiento de otro fiduciario o para su sustitución. No es necesario, aunque puede ser útil, que el testador especifique que el contrato fiduciario se rige por una cláusula de único remedio, ya que esta disciplina debe considerarse coesencial para el negocio de confianza fiduciaria.

La disposición testamentaria debe indicar la persona que asume el cargo de fiduciario, o los procedimientos para el primer nombramiento, así como, cuando sea útil con respecto a las necesidades del caso individual, la persona que asume el cargo de garante. Obviamente, en el caso de designación del garante, deben indicarse sus poderes, los procedimientos para su eventual sustitución y los casos en que se requiere su posible opinión para el cumplimiento de un acto determinado, indicando también si la opinión es opcional, obligatoria o vinculante.

Finalmente, se debe indicar a los beneficiarios, o se deben indicar, claramente, los métodos para determinar a los beneficiarios. Teniendo en cuenta que los beneficiarios deben considerarse legatarios de un derecho de crédito, es posible

<sup>57</sup> Para esta reconstrucción ver, por todos, BARBA, V.: *Contenuto del testamento*, cit., p. 141 ss.

que los beneficiarios sean designados de forma inmediata y directa por el testador, o que el testador encargue a un tercero para que realice esta elección. Esta opción se considera válida si están respetadas las condiciones establecidas en el art. 631 CC it. Dado que los beneficiarios deben considerarse como legatarios de un derecho de crédito, la determinación del tercero es válida si se le exige que elija entre varias personas determinadas por el testador o que pertenecen a familias o categorías de personas expresamente determinadas por el legislador.

Por último, es necesario que el testador asigne uno o más bienes al programa, para que pueda realizarse y que el fiduciario tenga la posibilidad de implementarlo. Estos bienes deberán destinarse a la realización del programa. Los bienes serán adquiridos por el fiduciario, en el entendido de que la atribución patrimonial a su favor no debe considerarse una atribución liberal, ni una atribución que implique la atribución de la calidad de heredero o legatario.

Quisiera decir, al ofrecer una demostración adicional del potencial extraordinario del acto de última voluntad, que el fiduciario, aunque adquiera la propiedad de patrimonio confiado, que el testador asigna para el cumplimiento del programa, no debe considerarse ni heredero ni legatario.

Él no será heredero, porque no hay voluntad del testador en este sentido; porque la atribución, sin embargo, tendría por objeto un bien específico o un conjunto de bienes determinados a; porque el testador no quiere que él suceda en la universalidad del patrimonio o en una cuota, sino que él sea el fiduciario. La atribución de la calidad de heredero se deriva, de hecho, de la ley o del testamento, con el entendimiento de que en este segundo caso se necesita una voluntad precisa del testador. Además, suponiendo que el fiduciario sea un heredero, la construcción del negocio de confianza fiduciario por testamento podría ponerse en grave peligro y quedar nula. Si el fiduciario fuera heredero, él, al final de la administración del patrimonio por un cierto período de tiempo, incluso si la administración fuera completamente dinámica (de modo que el cesionario tuviera el poder de vender uno o más bienes y de comprar nuevos con los ingresos de los vendidos), tendría que transferir el patrimonio confiado a los beneficiarios, la disposición testamentaria podría contrastar con regla que prohíbe el fidecomiso puesta al art. 692 CC it.

También me parecería excluir que el fiduciario pueda ser considerado un legatario, incluso si parece ser el beneficiario de una atribución patrimonial de un bien específico, es decir, la atribución del patrimonio que el testador afecta a la realización del programa. Para que un sujeto sea considerado un legatario, debe recibir una ventaja, inmediata y directa, de la disposición, ya que debe excluir la posibilidad de que pueda ser considerado legatario el que logre ventajas indirectas o

*condicionis implendae causa capiens*<sup>58</sup>. Debe señalarse que la exclusión de la calidad de legatario debe excluirse no porque falte el enriquecimiento, sino porque debe excluirse que el fiduciario obtenga una ventaja inmediata e indirecta. Nuestro ordenamiento jurídico admite que el legatario puede, en la práctica, no enriquecerse con la atribución patrimonial recibida (porque el legado se ve afectado por una forma que absorbe completamente el valor de la atribución), sin embargo, no admite que el legatario no reciba una ventaja inmediata e indirecta<sup>59</sup>. En el caso en cuestión, me parece que la calificación del legatario debe excluirse no porque falte el enriquecimiento, sino porque debe excluirse que el fiduciario obtenga una ventaja inmediata y directa de la atribución patrimonial. Para evaluar la hipótesis en cuestión con cuidado y rigor, debe decirse que el fiduciario no solo no recibe una ventaja inmediata y directa de la atribución patrimonial, sino que no recibe, ni siquiera una ventaja, mediada e indirecta, si solo se considera que él tiene la delicada función de administrar el patrimonio en los intereses de los beneficiarios, cumplir el programa y transferir el patrimonio confiado, al final del programa, a los beneficiarios.

Desde este punto de vista, por lo tanto, el fiduciario no puede ser considerado, incluso si adquiere el patrimonio destinado, ni heredero, ni legatario, con la consecuencia de que quedaría más demostrada la posibilidad que una atribución patrimonial por testamento no determina, por necesidad, la calidad de heredero o legatario y que las disposiciones testamentarias, incluso si son de naturaleza patrimonial, no pueden reducirse, exclusivamente, a las instituciones de heredero o al legado.

58 Por todos, v. BONILINI, G.: "I legati. Artt. 649-673", en *Il codice civile. Commentario* (dir. SCHLESINGER), Milano, 2001, p. 63; BONILINI, G.: "Legato", en AA.VV., *Dig. IV, Sez. civ.*, vol. X, Torino, Utet, 1993, p. 433.

59 En este sentido, puede ser útil, aunque con respecto a un tema diferente, la reciente orientación de la jurisprudencia de legitimidad sobre el trust, la cual afirma que el supuesto de imposición implica un aumento patrimonial efectivo de manera que debe excluirse en presencia de un acto "neutral", es decir, un acto que, si bien atribuye la propiedad del derecho al sujeto, no importa, también su enriquecimiento. En este sentido, recientemente, Cass., 30 de abril de 2019, n. 1401, en *Leggi d'Italia*, en cuya máxima leemos: "in tema di trust, relativamente alla variegata tipologia dei trasferimenti a titolo gratuito disposti dal settlor in favore del trustee, è da privilegiare l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, commi 47 ss. del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, la quale, con confacente richiamo dell'art. 53, comma 1, Cost., circoscrive l'applicazione della suddetta norma tributaria, correlandola, in senso restrittivo, al rilievo della capacità contributiva comportata dal trasferimento del bene; sicché, quando il conferimento costituisce un atto sostanzialmente neutro, che non arreca un reale ed effettivo incremento patrimoniale al beneficiario, meramente formale dell'attribuzione, resta esclusa la ricorrenza di alcun trapasso di ricchezza suscettibile di imposizione indiretta".

En este sentido, la Casación, que también muestra una importante sensibilidad hacia los principios constitucionales, especifica que la mera atribución de un derecho a un sujeto no determina, por esta sola razón e independientemente del perfil causal que respalda y justifica la atribución patrimonial, una ventaja de carácter económico, siendo bien posible que la atribución no determine ningún aumento patrimonial. Desde esta perspectiva, se afirma que la tributación no debe relacionarse con la atribución hecha por el disponente al fiduciario, cuando tiene un carácter puramente instrumental en la transferencia posterior, sino con la atribución hecha por este último al beneficiario, ya que solo en ese momento se realiza un enriquecimiento real y concreto. Se lee en la motivación de la sentencia de Casación, 15 de enero de 2019, n. 734, en *Leggi d'Italia* "coerentemente con la natura e l'oggetto del tributo, sono rilevanti i vincoli di destinazione in grado di determinare effetti traslativi collegati al trasferimento di beni e diritti, che realizzano un incremento stabile, misurabile in moneta, di un dato patrimonio con correlato decremento di un altro".

Los únicos sujetos que reciben una ventaja, inmediata y directa, del testador son los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria, es decir, los sujetos a favor de los cuales el fiduciario debe transferir; al final del programa, el patrimonio confiado, incluso si, por el dinamismo que caracteriza a la confianza, el patrimonio sea al final totalmente diferente con respecto al que el testador había asignado inicialmente al programa.

Precisamente por este motivo, los beneficiarios deben considerarse legatarios, ya que son destinatarios de una asignación de viene específica y, por lo tanto, los sujetos que reciben un beneficio, inmediato y directo, de la atribución patrimonial. Sin embargo, tienen no un derecho real, es decir, un derecho de dominio sobre el patrimonio que el testador asigna al programa, sino un derecho de crédito, ya que tienen el derecho a que el fiduciario les entregue, al final del programa, la universalidad o una parte del patrimonio confiado. El hecho de que el patrimonio confiado al final del programa puede ser, total o parcialmente, diferente del inicial, y que el fiduciario, en el cumplimiento del programa, tiene el poder y el deber de administrar los bienes, disponer de ellos, vender algunos de ellos y comprar otros con los ingresos, requiere que los beneficiarios sean considerados titular de un mero derecho de crédito. El derecho de pretender por parte del fiduciario la entrega del patrimonio confiado. La circunstancia de que el fiduciario tiene la obligación de entregar, al final del programa, los bienes a los beneficiarios, impone de considerarles titulares de un derecho de crédito a plazo. Antes de ese momento (la finalización de la confianza fiduciaria o del programa), ellos no tienen ninguna reclamación contra el fiduciario y no pueden exigir ninguna liquidación o atribución. Por supuesto, esto no excluye que el testador pueda prever que el fiduciario debe, durante la implementación del programa, proporcionar sumas mensuales o anuales a los beneficiarios o solo a favor de algunos, o que el fiduciario debe dar una suma de dinero o un bien *una tantum* en circunstancias especiales (por ejemplo, matrimonio, graduación, inicio de actividad profesional, inscripción en un registro profesional). En estos casos, los beneficiarios serán beneficiarios de derechos de crédito adicionales, que pueden considerarse, dependiendo de la voluntad del testador, ya sea en cuenta o además de lo que se le debe a cada beneficiario al final del programa.

Dado que los beneficiarios deben considerarse legatarios, nada excluye que, como se anticipó, el testador pueda, dentro de los límites de lo establecido por el art. 631 CC it., hacen que la indicación del beneficiario dependa de la voluntad de un tercero, siempre que sea una elección entre varias personas determinadas por el testador o pertenecientes a familias o categorías de personas determinadas por él. Nada excluye que el testador, considerando que el cumplimiento del programa puede durar un período significativo, más allá de su muerte, establece que la elección del beneficiario o los beneficiarios se remite a un tercero y que se le pide que haga

la elección, no al momento de la apertura de la sucesión, sino en un momento posterior; que también podría estar cerca del final del programa.

## **IX. SIGUE: EL PROBLEMA DE TUTELA DE LOS LEGITIMARIOS**

No hay problema de mermar los derechos de los legitimarios, siempre que el valor del patrimonio confiado se incluya en la cuota disponible del testador. De lo contrario, en el caso de que el negocio de confianza fiduciaria incluya bienes por un valor superior a la cuota libre disposición, podría plantearse un problema de mermar los derechos e los herederos forzosos. En este caso es necesario verificar qué acciones concretas ellos pueden ejercer y qué consecuencias determinan con respecto al negocio de confianza fiduciaria por testamento.

Es necesario distinguir según si los legítimos son, o no, beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria.

Si los legitimarios no son beneficiarios, no hay duda de que podrían considerarse mermados y, por lo tanto, tendrían el derecho de ejercer la acción de reducción. Teniendo en cuenta la reconstrucción propuesta, que creo que es la única plausible si queremos evitar hipótesis de nulidad o dificultades concretas en la implementación del negocio de confianza fiduciaria, se deduce que la acción de reducción deberá dirigirse contra las disposiciones testamentarias inoficiosas, o sea las que mermen los derechos de los herederos forzosos.

En el caso de negocio de confianza fiduciaria por testamento, la disposición perjudicial no es la atribución de bienes en favor del fiduciario, que no es heredero ni legatario, sino las disposiciones en favor de los beneficiarios. En consecuencia, la acción de reducción no va a afectar la estabilidad del negocio de confianza testamentario, sino solo atribuir al legitimario mermado el derecho de crédito de los beneficiarios, dentro de los límites de lo necesario para satisfacer la cuota de legítima. En otras palabras, al final de la acción de reducción, el heredero forzoso consigue, en todo o en parte, el derecho de crédito, de modo que se convierte en un beneficiario del negocio de confianza fiduciaria.

Por supuesto, se aplican todas las consideraciones que ya he hecho para el caso de una acción de reducción contra un negocio de confianza fiduciaria hecho acto entre vivos.

El legitimario mermado, que adquiere, total o parcialmente, el derecho de crédito que le corresponde al beneficiario adquiere un derecho de crédito a plazo, que le otorga el derecho de exigir la entrega de los bienes solo al final del programa. Esta solución me parece lograr un equilibrio adecuado entre los intereses involucrados y, por lo tanto, entre el interés del testador en la realización del programa y el interés

de los herederos forzosos de obtener bienes por un valor correspondiente a su cuota legítima. Debe confirmarse la idea que puede ser útil, aunque no necesaria, una disposición testamentaria que otorgue al legitimario el derecho a obtener por parte del fiduciario una liquidación inmediata de su cuota, con advertencia de que este derecho le corresponde después de un experimento exitoso de la acción de reducción y que el fiduciario pueda tomar todas las precauciones necesarias o útiles para permitir la mejor liquidación posible. En el caso de que la determinación de los beneficiarios se deje razonablemente a la decisión del tercero, la acción de reducción debe ser ejercida contra la persona a quien se le confía la administración del patrimonio objeto, directa o indirectamente, de la disposición perjudicial, con el entendimiento de que él no es beneficiario de la disposición; que la reducción no afecta la asignación del bien o del complejo de bienes al fiduciario, sino solo el derecho de crédito a favor de los beneficiarios; que los herederos forzosos adquieran solo el derecho de crédito; que la liquidación del derecho tendrá lugar al final del término, a menos que se establezca una regla diferente en el testamento.

El tema es más complejo en la hipótesis en el que uno o más herederos forzosos son también los beneficiarios del negocio de confianza fiduciaria por testamento.

De acuerdo con la reconstrucción propuesta, la disposición testamentaria bajo la cual se designa al legitimario como beneficiario del negocio de confianza fiduciaria es un legado. Esto significa que este legado puede ser ordenado o en sustitución de la legítima (art. 551 CC it.), en el caso de que tal voluntad se exprese de manera expresa, o, en ausencia de una voluntad diferente del testador, un legado a cuenta de la legítima (art. 552 CC it).

Si era un legado sustitución de la legítima, el legitimario tiene una alternativa: aceptar el legado sin la posibilidad de exigir nada más, o rechazar el legado y reclamar la legítima. En el caso de que acepte el legado, no puede ejercer ninguna acción de reducción, aunque haya conseguido menos de lo que le corresponde. Ni siquiera surge un problema de imputación, precisamente porque esta atribución patrimonial puede silenciar cualquier reclamación que el sujeto tenga como legitimario. En el caso de que rechace el legado, a pesar de que no consiga el legado, puede ejercer la acción a reducción de todas las disposiciones testamentarias perjudiciales y, por lo tanto, obtener la cuota legítima. No hace falta decir que también logrará parte del derecho de crédito.

En el caso de que sea un legado a cuenta de legítima, el heredero forzoso puede decidir si rechazar el legado o no.

En el caso de que decida rechazar el legado, no consigue el legado y puede ejercer la acción de reducción, para obtener su cuota legítima.



En la hipótesis en la que decide conseguir el legado, es necesario establecer si el legado se ha ordenado con la dispensa de imputación o no. En el caso de que se ordene con la dispensa de imputación (esto debe ser expresado de modo inequívoco en la disposición testamentaria), esto significa que lo que el legitimario consigue en virtud del legado no debe considerarse para determinar la cuota de reserva que le corresponde, con la consecuencia de que tendrá derecho a obtener bienes por un valor correspondiente a su cuota de legítima. De lo contrario, en el caso de que el legado sea sin dispensa de imputación (tal es el legado en ausencia de una declaración expresa), el legitimario debe imputar lo que se recibió con el legado a su cuota legítima, con la consecuencia de que puede ejercer la acción de reducción solo si, aun teniendo en cuenta lo que ya ha conseguido, todavía quedan mermados sus derechos.

En conclusión, el heredero forzoso que también es el beneficiario del negocio de confianza fiduciaria por testamento es un legatario, por lo que se aplican las reglas ordinarias. Solo debe aclararse que, en el caso de confianza fiduciaria por testamento, la única disposición perjudicial contra la cual se puede configurar la acción de reducción es el legado a favor del beneficiario, debiendo excluir la posibilidad de ejercer la acción contra la disposición de designación del fiduciario o contra la disposición que atribuye, temporalmente, el patrimonio confiado al fiduciario.

Una vez que se han hecho estas aclaraciones, es necesario verificar la posible conexión entre el negocio de confianza fiduciaria dispuesto por testamento y la norma que prohíbe gravamen en la cuota legítima (art. 549 CC it.).

En este sentido, me parece que debemos excluir una interferencia y, por lo tanto, que puede considerarse nula por violación de esta regla la disposición testamentaria que atribuyera al heredero forzoso el derecho de crédito.

El motivo de la exclusión me parece simple, cuando se reflexiona sobre la circunstancia de que la disposición a favor del legitimario, precisamente porque le atribuye un derecho a título particular, es un legado y no una institución de heredero<sup>60</sup>. La regla del art. 549 CC it. se aplica solo en los casos en que la disposición testamentaria establezca un heredero, mientras que debe excluirse que se pueda aplicar al legado. Por lo tanto, a partir de la suposición de que la asignación a favor del beneficiario es un legado, debe excluirse que no se puede considerar nula por la existencia de un gravamen sobre la cuota legítima.

En un perfil diferente, la aplicación de la regla en cuestión también debe excluirse en el caso contrario, es decir, en el caso en que el beneficiario es un heredero, y su lesión depende del hecho de que el testador haya dispuesto de bienes por un valor superior a su cuota disponible a través de un negocio de confianza fiduciaria.

60 Sobre el tema, v. BARBA, V.: "Pesi e condizioni sulla quota di legittima tra divieto e rimedi", *Annali della Sisdic*, 2019, p. 193 ss.

Debe excluirse que la institución de heredero pueda considerarse nula, de conformidad con el art. 549 CC it, precisamente porque en este caso, incluso si queremos considerar el legado como una carga, no pesaría sobre el heredero forzoso. Para poder aplicar la regla del art. 549 CC it. debe haber dos condiciones distintas: a) que el heredero forzoso sea heredero al menos en la cuota legítima; b) que el legado se carga exclusivamente a los legitimarios<sup>61</sup>. Si el legado no se cargara solo al heredero forzoso, no se podría considerar un gravamen sobre la cuota legítima, siendo, más bien, una carga que pesa sobre toda la herencia<sup>62</sup>. En este caso, el legitimario mermado debe ejercer la acción de reducción<sup>63</sup>.

Por lo tanto, se debe descartar que el negocio de confianza fiduciaria constituya un gravamen sobre la legítima, incluso si el testador se hubiera limitado a instituir los legitimarios herederos en la sola cuota de legítima y hubiera nominado legatarios del negocio de confianza sujetos no legitimarios. Incluso si esta hipótesis ocurriera, no se podría afirmar que el legado (designación del beneficiario del negocio de confianza fiduciaria) sea un gravamen que pesa sobre la legítima, porque carecería del respeto de las condiciones de aplicación de la norma. Esto, obviamente, no significa que el legitimario que obtiene bienes por un valor inferior a la cuota de legítima que le corresponde no pueda hacer nada. Siempre puede ejercer la acción de reducción, pero no puede invocar la nulidad conforme al art. 549 CC. Esto excluye la constitución de confianza fiduciaria por testamento pueda ser nula de conformidad con el art. 549 CC it., incluso si los herederos forzosos son institutos en la sola cuota de legítima y el *relictum* es insuficiente para satisfacer la cuota legítima. También en este caso, el legitimario que quiere lograr su cuota de legítima tiene que ejercer la acción de reducción.

Me parece, en definitiva, que la reconstrucción propuesta, no solo nos permite preparar una disposición testamentaria no expuesta a ninguna nulidad, sino que también nos permite preservar el cumplimiento del programa, incluso en la hipótesis en que el legitimario mermados ejercitara la acción de reducción contra las disposiciones testamentarias que instituyen la confianza fiduciaria.

61 Así, MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, XLIII, 2, Milano, Giuffrè, 2000, p. 91 ss. En sentido adhesivo, SCHIAVONE, G.: *Le disposizioni testamentarie dirette ai legitimari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 67 s.

62 TULLIO, A.: "L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni", en BONILINI G: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, III, La successione legittima*, Milano: Giuffrè, 2009, p. 461.

63 CARIOTA FERRARA, L.: "Un caso in tema di legato a carico dei legitimari lesi", *Rivista di diritto civile* 1959, p. 510. MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte*, 2000, p. 92, "sono esclusi dal dominio di questa norma i legati ordinati a carico dell'eredità o a carico di un legitimario istituito erede in una quota superiore alla sua legittima, siamo legati con efficacia reale o allegati obbligatori. Nella misura in cui il loro valore eccede la porzione disponibile o la frazione di questa inclusa nella quota attribuita al legitimario onerato, essi sono riducibili a norma dell'art. 554, con l'avvertenza che nel secondo caso, ove la successione sia gravata da altre liberalità, non è applicabile il criterio di riduzione proporzionale, il legato essendo stato posto dal testatore a carico non genericamente della disponibile, ma specificamente della parte di essa compresa nella quota attribuita all'onerato".

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea* (a cura di M. Bianca e A. Donato), Fondazione Nazionale del Notariato, Gruppo 24 ore, Milano, 2013.

ALCARO, F.: "Il programma contrattuale: l'attività dell'affidatario fiduciario e i rapporti fra le parti", in AA.VV.: *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*, Fondazione Italiana del Notariato, Gruppo 24 ore, 2017, Milano.

BARALIS, G.: "Autotutela e autorizzazioni nell'ambito del contratto di affidamento fiduciario". In AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017* (págs. 145-154). Milano: Fondazione Nazionale del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

BARBA, V.: "Art. 769 – Definizione", in BONILINI, G.: *Delle donazioni*, Utet, Torino, 2014.

BARBA, V.: "Disposizione testamentaria di destinazione", *Il foro napoletano*, 2016.

BARBA, V.: "Collazione di partecipazioni sociali e criteri di determinazione del loro valore", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018.

BARBA, V.: *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2018.

BARBA, V.: *L'ordine pubblico internazionale. Rassegna di diritto civile*, 2018.

BARBA, V.: "Pesi e condizioni sulla quota di legittima tra divieto e rimedi", *Annali della Sisdic*, 2019.

BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Rivista di diritto civile*, 2007.

BISCONTINI, G.: *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1984.

BONILINI, G.: "Legato", in AA.VV., *Dig. IV, Sez. civ.*, vol. X, Torino, Utet, 1993.

BONILINI, G.: "I legati. Artt. 649-673", in *Il codice civile. Commentario* (dir. SCHLESINGER), Milano, 2001.

BONINI, R.: *Destinazione di beni ad uno scopo*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012

CARIOTA FERRARA, L.: "Un caso in tema di legato a carico dei legittimari lesi", *Rivista di diritto civile*, 1959.

CARNEVALI, U.: "Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima", en AA.VV.: *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I*, Milano, Giuffrè, 1995.

CARRABBA, A.A.: "Testamento e destinazione patrimoniale (Una lettura per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter CC)", *Giustizia civile (online)*, 2015.

CEOLIN, M.: *Destinazioni e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Cedam, Padova, 2010.

CHECCHINI, A.: "L'interesse a donare", *Rivista di diritto civile*, 1976, I.

CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015.

D'AMICO, G.: "La proprietà destinata", *Rivista di diritto civile*, 2014.

DELLE MONACHE, S.: *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, Giuffrè, 2008.

GAMBARO, A.: "La posizione soggettiva dell'affidatario fiduciario e la segregazione patrimoniale". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Nazionale del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017

GATT, L.: *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, 2ª ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

GENTILI, A.: "Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter CC", *Rassegna di diritto civile*, 2007.

GENTILI, A.: "Atti di destinazione e negozio fiduciario comparati con l'affidamento fiduciario". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre*

2016 Roma il 3 marzo 2017. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Trusts y patrimonios fiduciarios como vías de protección de la persona, la familia y la sucesión", en PRATS ALBENTOSA, L.: *La autonomía de la voluntad en el Derecho privado (Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado)*, t. I., *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Wolters-Kluwer - La Ley, Madrid, 2012.

LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter CC", *Contratto e Impresa*, 2007.

LENZI, R.: "Atto di destinazione", en *Enciclopedia del diritto, Annali V*, 2012.

LUPOI, M.: "Il contratto di affidamento fiduciario", *Rivista del notariato*, 2012.

LUPOI, M.: *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, Giuffrè, 2014.

LUPOI, M.: *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2016.

LUPOI, M.: Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il trust. En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017.

LUPOI, M.: *L'affidamento fiduciario nella vita professionale*, Giuffrè, Milano, 2018.

MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, XLIII, 2, Milano, Giuffrè, 2000.

MEZZANOTTE, F.: *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Jovene, Napoli 2015.

MOSCATI, E.: "Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione", *Rivista di diritto civile*, 2015.

PERLINGIERI, G.: "Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645-ter CC", *Il foro napoletano*, 2014.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Joneve, Napoli, 1968.

PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, en *Commentario al Codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

PIAIA, F.: "Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici", *Vita notarile*, 2017.

PIANA, P.: "Un'esperienza di contratto di affidamento fiduciario". En AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno. Atti dei Convegni Bologna il 26 novembre 2016 Roma il 3 marzo 2017*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato. Gruppo 24 ore. 2017

ROPPO, V.: "Contratto di affidamento fiduciario e valore di garanzia dei beni", *Rivista del notariato*, 2012.

SCHIAVONE, G.: *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, Giuffré, 2012.

TATARANO, M.: "La c.d. legge dopo di noi: profili giusprivatistici", *Rassegna di diritto civile*, 2017.

TILOCCA, E.: "Onerosità e gratuità", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1953.

TULLIO, A.: "L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni", en BONILINI G: *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, III, La successione legittima*, Milano: Giuffré, 2009.

VICARI, A.: "L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica", *I contratti*, 2018.



LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR DEUDAS  
SUCESORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LOS  
DERECHOS AUTONÓMICOS\*

*THE RESPONSIBILITY OF HEIRS FOR INHERITANCE DEBTS IN THE  
SPANISH CIVIL CODE AND IN THE REGIONAL REGULATIONS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 248-295*

\* Este trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].





Mónica  
GARCÍA  
GOLDAR

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de mayo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** En este estudio se lleva a cabo un análisis comparado de las diferentes normas civiles que existen en territorio español en relación con la responsabilidad del heredero por deudas sucesorias. Dicha comparativa parece conducir a una clara conclusión: que el legislador español debe modernizar el Derecho sucesorio, y que existen normativas autonómicas que pueden servirle de modelo a seguir.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad, deudas sucesorias, Código Civil español, derechos autonómicos.

**ABSTRACT:** *A comparative study of the civil norms that exist in the Spanish territory in relation to the responsibility of heirs for inheritance debts is carried out in this paper. This comparison leads to a clear conclusion: the Spanish legislator must modernize Inheritance law, and there are regional regulations that can serve as a model to be followed.*

**KEY WORDS:** *Responsibility, inheritance debts, Spanish civil code, regional regulations.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. TIPO DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SUCESORIAS.-**  
1. Responsabilidad personal o real.- 2. Responsabilidad limitada o limitable.- A) Código Civil.-  
B) Régimen catalán.- C) Régimen navarro.- D) Régimen aragonés.- E) Régimen vasco.- 3.  
Confusión o separación de patrimonios.- A) Código Civil.- B) Derechos civiles autonómicos.-  
III. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN Y ORDEN DE PRIORIDADES.- 1. Código Civil.- 2.  
Derechos civiles autonómicos.- IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUANDO EXISTE MÁS  
DE UN SUCESOR.- 1. Relación externa herederos–acreedores.- A) Código Civil.- B) Derechos  
civiles autonómicos.- 2. Relación interna entre coherederos.- A) Código Civil.- B) Derechos civiles  
autonómicos.- V. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La responsabilidad por deudas sucesorias es probablemente uno de los temas más espinosos del Derecho de sucesiones; no en vano, esta cuestión ha preocupado a legos y juristas desde tiempos inmemoriales y a lo largo y ancho de la Tierra. Cabe destacar así la mención que hizo el autor ruso Aleksandr Pushkin en su novela en verso “Eugenio Oneguín”, publicada en 1833: “Al recibir su herencia, el heredero podía hacerse cargo de las deudas de su padre o renegar de éstas, obligando a que los acreedores resolvieran sus cuentas entre sí. La primera decisión la dictaba el sentido del honor; el deseo de no manchar el buen nombre de su propio padre o de conservar las propiedades familiares. El veleidoso Oneguín optó por lo segundo”. No creemos que deba sorprender este afán de protección del patrimonio propio que se puede observar en el protagonista de la ficción; más bien al contrario, parece lógica la decisión: como un autor francés dijo, no se debe sacrificar el futuro por el pasado<sup>1</sup>.

Volviendo al ámbito jurídico, la literatura académica ha distinguido dos grandes sistemas de responsabilidad por deudas: el sistema de sucesión en la persona y el de sucesión en los bienes<sup>2</sup>. El sistema de sucesión en la persona es el predominante en

- 1 SALEILLES, R.: “Lettre adressée au Secrétaire général”, *Bull. Soc. Ét. Lég.*, 1911, para precisamente poner en tela de juicio el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis*.
- 2 DEL MORAL DE LUNA, A.: “Hacia el heredero limitadamente responsable”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 7, 1953, pp. 706 y ss.; ROVIRA JAÉN, F.J.: “En torno a las deudas de la herencia”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1969, p. 1575; GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol. 2, EDESA, Madrid, 1989, p.

### • Mónica García Goldar

Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, cuyo interés investigador ha centrado principalmente en la materia de su tesis, titulada “La liquidación de la sucesión ante la situación de crisis económica”. También ha escrito otras publicaciones que versan sobre cláusulas abusivas, Derecho de familia o igualdad de género. Cuenta además con un Máster en Estudios Europeos por la Universidad de Sevilla, un Curso de la Unión Europea de la Escuela Diplomática de Madrid y varios cursos de la Academia de Derecho Europeo de Trier. Correo electrónico: monica.garcia@usc.es

Derecho continental y se caracteriza por tres notas<sup>3</sup>: que el heredero, al subrogarse en la posición del difunto, responde personalmente de todas las deudas sucesorias que sean transmisibles ex art. 659 CC; que tal responsabilidad será, en principio, *ultra vires*<sup>4</sup>; y, por último, que se producirá la confusión de patrimonios. Además, no existe generalmente un procedimiento general de liquidación del pasivo hereditario, hecho que obliga al heredero a ir pagando a acreedores –tanto hereditarios como personales– y legatarios según se vayan presentando<sup>5</sup>. En cualquier caso, los ordenamientos que acogen este sistema de sucesión en la persona no le confieren a la responsabilidad *ultra vires* naturaleza de orden público; por ello, será siempre posible limitar la responsabilidad a través de algún mecanismo como el del beneficio de inventario<sup>6</sup>.

De otra parte, el sistema de sucesión en los bienes rechaza esta confusión de personas entre el causante y el sucesor; no existe una figura como la del heredero<sup>7</sup>, sino un adquirente del posible residuo, una vez liquidada toda la herencia. La responsabilidad por deudas no es, como regla general, personal, sino real; es el patrimonio relicto el que está afecto al pago y liquidación de todas las deudas pendientes<sup>8</sup>.

---

621, los denomina sistema de *continuación* y de *liquidación*; y BERROCAL LANZAROT, A.I.: “El concurso de la herencia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 53, 2010, p. 24, sistema latino y anglosajón. Otros autores han ofrecido clasificaciones más prolijas; entre ellos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Reus, Madrid, 1960, pp. 138-143, distingue hasta cinco sistemas de responsabilidad: ilimitada e ilimitable, como ocurría en el derecho romano clásico; ilimitada pero limitable en virtud del beneficio de inventario (sistema romano justiniano); ilimitada pero limitable en virtud de otros mecanismos; limitada condicionada al cumplimiento de determinadas formalidades; y, por último, absolutamente limitada. GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, Madrid, 1989, p. 29, distingue entre tres sistemas de responsabilidad: el *ultra vires*, el *intra vires*, y el intermedio, en el que se establece la responsabilidad *ultra vires* para las deudas y la *intra vires* para las cargas.

3 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 188; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pp. 108 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 2009, pp. 96 y ss.

4 MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: “El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, 1998, pp. 99 y ss., señala como característica de los sistemas de sucesión en la persona el hecho de que “dejan de existir dos clases de deudas (las del causante y las propias); a partir de ahora, existirá un único deudor (el heredero) que responderá de igual manera y con todos sus bienes (*ultra vires hereditatis*) por todo tipo de deudas”. En igual sentido, GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad hereditaria”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 2ª ed. (dir. por M. CARMEN GETE-ALONSO CALERA; coord. por J. SOLÉ RESINA), tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 341.

5 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 174; MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: “El sistema”, cit., pp. 99 y ss.

6 En Francia, así lo dice GRIMALDI, M.: *Droit civil. Successions*, 6ª ed., Litec, Paris, 2001, p. 546.

7 La literatura anglosajona ha llegado a afirmar que el *personal representative* se coloca en la situación del difunto (“*the personal representatives stand in the deceased’s shoes to perform his contracts*”, afirman WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS: *Executors, administrators and probate*, Sweet & Maxwell, Londres, 2013, pp. 731 y ss.). Sin embargo, esto no debe tomarse al pie de la letra, pues el *personal representative* lo que hace es ejecutar los contratos del difunto, sin que exista por tanto una sucesión en la persona tal y como se concibe en el Derecho romano. Bien es cierto que los *personal representatives* llegan a “adquirir” la herencia, pero únicamente con el objetivo de administrarla, liquidarla y distribuir el residuo entre los beneficiarios; ideas éstas que pueden parecernos extrañas pero que guardan relación con los dos tipos de propiedad que existen en el mundo anglosajón: *legal* y *equitable ownership*.

8 Esto se demuestra en el hecho de que, según la *Section 27* de la *Trustee Act 1925*, una vez expirado el plazo mínimo de publicación de liquidación de la herencia en el *London Gazette* y en algún periódico local,

Puestos a delimitar cuál es el sistema que existe dentro de nuestras fronteras la cuestión se complica pues, de una parte, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de interpretar el Código Civil español, y de otra, existen derechos civiles autonómicos que divergen considerablemente de la normativa “común” en este punto. Dejando de lado la cuestión histórica del origen de estos derechos “forales” especiales, conviene indicar que el Código Civil español vigente se promulgó el 24 de julio de 1889, cuya redacción primigenia del art. 12.2 establecía que “las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra altamente su actual régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan solo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales”. Parecía que existía en ese “*por ahora*” cierta *provisionalidad* en la subsistencia y conservación de los distintos derechos forales; sin embargo, esta norma estuvo en vigor hasta 1974, año en el que se modificó dicho art. 12 y también el art. 13, cuya redacción –vigente en la actualidad– ya no parece de transición: “En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales”. Además, la Constitución de 1978 no sólo ha querido reconocer y posibilitar la conservación de estos “derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, sino también su modificación y desarrollo ex art. 149.1.8° CE. No es nuestra intención estudiar aquí la cuestión competencial en el ámbito civil<sup>9</sup>, sino comparar las diferentes regulaciones en un ámbito concreto, el de la responsabilidad por deudas sucesorias, a fin de analizar si es posible –y por qué no, hasta recomendable– cierta armonización en la materia.

Conviene aclarar que únicamente examinaremos la normativa de los derechos civiles autonómicos que contienen previsiones específicas sobre responsabilidad por deudas (Navarra, Aragón y País Vasco) o sobre cómo limitar la misma (Cataluña), aunque no podemos dejar de llamar la atención sobre la existencia de ciertos instrumentos sucesorios que prevén otras regulaciones autonómicas y que favorecen igualmente una liquidación organizada de la herencia<sup>10</sup>. La comparativa

---

los *personal representatives* podrán distribuir, libres de responsabilidad, el residuo entre los beneficiarios, lo que no obsta, como dice la norma, a que los acreedores que no hubiesen presentado su crédito en tiempo y forma puedan perseguir los bienes de la herencia ya en manos de los beneficiarios. El *personal representative* puede resultar responsable si, por ejemplo, distribuye los bienes antes de pagar todas las deudas (*devastavit*), pero se trata de una responsabilidad limitada a los bienes que él recibiese o debiese haber recibido de no ser por su propia culpa (*wilful default*).

9 Sobre esta materia, véase GARCÍA RUBIO, M.P.: *Introducción al Derecho Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 33 y ss.

10 GARCÍA GOLDAR, M.: “Vicios e virtudes da regulación galega en materia de liquidación sucesoria e algunha proposta de *lege ferenda*” en AA.VV.: *Propostas de modernización do Dereito* (dir. por M. GARCÍA GOLDAR y J. AMMERMAN YEBRA), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2017, pp. 105 y ss., sobre instrumentos sucesorios gallegos, en concreto: el testamento comisario y el usufructo universal a favor del cónyuge supérstite o persona en quien concurra situación análoga.

nos conducirá a compartir el parecer expuesto por MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES<sup>11</sup>, para quien la referida reducción de los sistemas de responsabilidad por deudas sucesorias a una clasificación binaria es insuficiente, pues ciertos derechos autonómicos no encajan plenamente en ninguno de los dos grandes sistemas al tener características propias de ambos, como veremos.

Son diversas las cuestiones a tener en cuenta para analizar correctamente cualquier sistema de responsabilidad por deudas sucesorias: en primer lugar, el tipo de responsabilidad; en segundo lugar; si existe un procedimiento obligatorio de liquidación; y, por último, cuál es el régimen de responsabilidad cuando existe más de un sucesor. Además, dentro de la primera cuestión –tipo de responsabilidad– también se debe observar si se trata de una responsabilidad personal o real; si la responsabilidad se limita por ley o no al caudal hereditario o su valor y cuáles son las cargas y deudas por las que se responde; y, finalmente, si existe o no confusión de patrimonios entre el relicto y el personal del heredero. Pasamos pues a analizar todas estas cuestiones.

## II. TIPO DE RESPONSABILIDAD POR DEUDAS SUCESORIAS.

### I. Responsabilidad personal o real.

Esta es probablemente la mayor diferencia entre el sistema de sucesión en la persona y el de sucesión en los bienes, pues en el derecho anglosajón la responsabilidad es siempre real, como vimos. En el caso del Código Civil español, la doctrina mayoritaria considera que se trata de una responsabilidad personal, tanto si la aceptación es pura y simple, como si es a beneficio de inventario; sin embargo, la cuestión no es pacífica.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS vino a representar con su tesis “*La herencia y las deudas del causante*” un hito incuestionable en esta materia. El mérito de esta obra es incontestable, pues en ella el autor reformula toda la cuestión de la liquidación de herencia desde un prisma nuevo y muy bien argumentado, tanto histórica como jurídicamente. Dicha tesis se basa en tres ideas cardinales que iremos desgranando a lo largo de este trabajo; la primera: que la sucesión hereditaria o universal comprende las deudas y obligaciones, y por ello, el heredero será deudor, pero lo será como titular del patrimonio a que las deudas afectan, y no porque su patrimonio personal pase a responder de tales deudas<sup>12</sup>.

11 MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: “El sistema”, cit., pp. 81 y ss., considera que es incorrecta la división binaria debido a la complejidad y variedad de soluciones que se acogen en los sistemas normativos; razón por la que propone una triple clasificación: sistemas de sucesión en los bienes, entre los que incluye a los ordenamientos anglo-americanos; sistemas de continuación de la persona, entre los que incluye al sistema francés, italiano y catalán; y los sistemas continentales fuertemente patrimonializados, entre los que incluye al español, al alemán y a los hispanoamericanos.

12 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., publicó la primera edición de esta tesis en 1967, aunque nosotros utilizaremos la tercera edición de 2009; obra en la que el autor afirma (pp. 107 y ss.) que “no hay

A pesar de la brillante argumentación de PEÑA, la doctrina mayoritaria sigue considerando que el heredero se subroga en la posición del deudor y pasa por ello a responder de las deudas de forma personal. No faltan tampoco autores que van más allá, como NÚÑEZ LAGOS<sup>13</sup>, para quien el heredero responde de las deudas de forma personal, pero no porque ocupe el lugar del difunto, sino porque con la *aditio* es como si “*quasi contraxisse* con los acreedores de la herencia, asumiendo como propias las deudas del causante. En el mismo sentido, GAYO y JAVOLENO decían que aceptar la herencia es *obligare se haereditati*, y otros pasajes de las fuentes a la aceptación la llaman *obligatio*”.

En nuestra opinión, la responsabilidad del heredero sí es personal, tanto si es aceptante puro y simple como si ha solicitado el beneficio de inventario<sup>14</sup>; la limitación *cum viribus* que resulta de este último no convierte la responsabilidad en real, pues el pago con dinero propio será válido y en ningún caso tendrá la consideración de pago por tercero.

En relación con los derechos autonómicos, la responsabilidad personal del heredero parece también evidente. Así, en Navarra, la responsabilidad personal del heredero se deduce de la ley 318.2º de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1973 (en adelante, CDCFN), al ordenar que si aquel pagase con su patrimonio –nótese que se trata de una responsabilidad limitada *pro viribus*– más de lo debido a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir.

En Cataluña, el art. 411-I del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a sucesiones, de 2008 (en adelante, CCCat) ordena la responsabilidad personal cuando establece que “el heredero sucede en todo el derecho de su causante. Consecuentemente, adquiere los bienes y derechos de la herencia, se subroga en las

---

un cambio en la titularidad pasiva de cada deuda (...), es el patrimonio afectado por las deudas el que cambia entero de titular”.

13 NÚÑEZ LAGOS, R.: “El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 189, 1951, p. 411.

14 Así lo considera, entre otros, GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 178, para quien el heredero beneficiario sigue siendo continuador del causante y, consecuentemente, responsable por deudas, aunque de forma limitada; es decir, “la herencia aceptada a beneficio de inventario no es, pues, ninguna excepción al principio de continuación de la persona”. Sin embargo, LÓPEZ JACOISTE, J.J.: “El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio”, *Revista de legislación y jurisprudencia*, 1958, pp. 493-495, considera, en relación con el heredero beneficiario, que “mientras no cesa la separación de patrimonios mediante el pago de las deudas hereditarias, en punto a responsabilidades derivadas de estas obligaciones, se encuentra en una posición bastante similar *mutatis mutandis* a la del accionista de una sociedad anónima respecto de las deudas de ésta. El socio, más que sujeto a una responsabilidad limitada, lo que está es exento de responsabilidad personal por las deudas sociales. No es susceptible de legitimación pasiva para ser demandado por obligaciones de la sociedad. Son personas distintas, y por eso más que responsabilidad limitada hay ausencia de responsabilidad. El heredero que acepta a beneficio de inventario no responde con su patrimonio personal en ninguna medida porque, sencillamente, no asume las deudas”. Se trataría, pues, según el autor, de una destinación objetiva del patrimonio al pago de las cargas hereditarias “de manera despersonalizada”, ya que, en virtud del beneficio de inventario, la *successio in locum et in jus* quedaría suspendida hasta la liquidación de las deudas, y por eso, la separación de patrimonio “hace que las cosas ocurran como si el difunto continuara siendo deudor”.

obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, queda vinculado a los actos propios de este y, además, debe cumplir las cargas hereditarias”<sup>15</sup>.

En Aragón, la responsabilidad personal del heredero también se infiere del art. 322.1 del Código de Derecho Foral de 2011 (en adelante, CDFFA), cuando establece que “el llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación”<sup>16</sup>.

Por último, y en igual sentido, el art. 19.2 de la Ley de Derecho Civil Vasco de 2015 (en adelante, LDCV) ordena que “es heredero el designado a título universal en todo o en una parte alícuota de la herencia. El heredero adquiere los bienes y derechos del causante, continúa su posesión, se subroga en sus obligaciones y queda obligado a cumplir las cargas de la herencia”.

## 2. Responsabilidad limitada o limitable.

Esta es otra de las diferencias tradicionales que existen entre el sistema de sucesión en la persona y el de sucesión en los bienes, pues en este último, la responsabilidad está siempre limitada a las fuerzas del caudal hereditario. Sin embargo, también es en este punto en el que existen más divergencias entre los diferentes sistemas sucesorios españoles, como veremos.

### A) Código Civil.

El art. 1003 CC establece que “por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios”. Este precepto viene a establecer una consecuencia (la responsabilidad *ultra vires*) a una omisión (la ausencia de solicitud del beneficio de inventario), y de ella han derivado dos interpretaciones.

La tesis minoritaria considera que el Código Civil español ha establecido, como regla general, un régimen de responsabilidad limitado a través del beneficio de inventario, y que no es sino cuando este no se lleva a efecto o decae que surge la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Esta es la interpretación que hizo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al considerar, como segundo punto de su tesis, que la responsabilidad *ultra*

15 LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 24. DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 513 y 526, afirman que por la aceptación, el heredero pasa a ocupar el lugar que tenía el causante, sucediéndole en todas las relaciones jurídicas transmisibles, y que tal responsabilidad es personal.

16 Según MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo 34, volumen 2, EDESA, Madrid, 1988, p. 145, la responsabilidad limitada del heredero no significa que no esté obligado al pago de las deudas, sino que las mismas no han de afectar a su patrimonio.

vires es únicamente un plus, una incidencia de nuestro sistema sucesorio<sup>17</sup>. Para este autor, nuestro Código Civil establecería así dos sistemas de liquidación: uno rígido, a través del beneficio de inventario; otro más flexible, libre de formas y garantías, por el que el heredero debe asumir el riesgo de responder de manera *ultra vires*. La responsabilidad *ultra vires* no es consecuencia de la sucesión, no se impone como obligación legal, sino como carga de la que el heredero puede prescindir asumiendo las consecuencias desfavorables que acarrea.

Por el contrario, la tesis tradicional y mayoritaria entiende que nuestro sistema establece por defecto la responsabilidad ilimitada; si bien, se permite al heredero que así lo desee limitar su responsabilidad a través del instituto del beneficio de inventario. Dentro de este mayoritario sector doctrinal, destaca el curioso parecer de GINOT LLOBATERAS<sup>18</sup>, para quien “no es muy correcto hablar de responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Al colocarse el heredero en la misma posición jurídica y ser, por tanto, el propio deudor personal, hace que, como consecuencia, responda ilimitadamente con todos sus bienes, entre los que se encontrarán los procedentes de la herencia del causante”.

Volviendo al art. 1003 CC, cabe preguntarse de qué responde ilimitadamente el heredero; es decir, qué se entiende por “todas las cargas de la herencia”. En este sentido, conviene traer a colación la relación de deudas sucesorias efectuada por CRISCUOLI<sup>19</sup>, que distinguió entre cuatro tipos: en primer lugar, las deudas hereditarias o deudas que ya existían en vida del difunto y que no se extinguen con su muerte; en segundo lugar, las cargas de la herencia, que son aquellas que surgen a causa de la muerte del causante y consecuente apertura de la sucesión, como los gastos relativos al funeral, los derivados de la administración de la herencia o del beneficio de inventario<sup>20</sup>; en tercer lugar, las obligaciones testamentarias que son las cargas o

17 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., pp. 119 y ss.

18 GINOT LLOBATERAS, F.: “La responsabilidad del heredero por deudas y legados en Derecho común y foral”, *Anuario de derecho civil*, volumen 3, núm. 4, 1950, p. 1062.

19 CRISCUOLI, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 9 y ss. En la doctrina española se han ofrecido otras relaciones; así, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Comares, Granada, 2017, pp. 206 y ss., han propuesto otra: obligaciones hereditarias, obligaciones legales y obligaciones testamentarias. Las obligaciones hereditarias incluyen tanto las deudas del difunto que subsisten tras su muerte como las cargas de la herencia (entre las que cabe incluir la obligación de colacionar, del art. 1035 CC; o el art. 1064 CC, cuando establece que “los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos en interés particular de uno de ellos, serán a cargo del mismo”); las obligaciones legales incluyen las legítimas, reservas y otras obligaciones previstas por la ley en favor de ciertas personas, así como también los gastos de administración (tradicionalmente considerados como cargas); y por último, las obligaciones testamentarias son las que el testador impone a cargo de herederos y legatarios, como legados, sublegados, fideicomisos y modos testamentarios.

20 RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2017, p. 56, lo denomina como “cargas especiales” o “bajas especiales de la herencia”.



modos que impone el testador a cargo del heredero o del legatario; y por último, las obligaciones sucesorias asistenciales<sup>21</sup>, categoría no recogida por nuestra doctrina<sup>22</sup>.

En nuestra opinión, la exigua regulación del Código Civil en esta materia plantea dos problemas. El primero guarda relación con la falta de definición del segundo tipo de deuda sucesoria, las cargas de la herencia que surgen a causa de la apertura de la sucesión, a diferencia de lo que ocurre en ciertos derechos autonómicos<sup>23</sup>. Destaca la labor comparativa de GETE-ALONSO CALERA que relaciona, comparando todos los sistemas civiles sucesorios españoles, las cargas sucesorias: gastos de última enfermedad y entierro, incineración y funeral del causante; gastos de formación de inventario y partición de la herencia y otros causados por actuaciones judiciales, notariales o registrales que se hiciesen en interés común; gastos de defensa de los bienes mientras la herencia está yacente o permanece la separación del beneficio de inventario; gastos de entrega de legados, pago de legítimas y retribución de albaceas u otros de naturaleza análoga; gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro y otros gastos a que se hallen afectos, así como obligaciones contraídas por el administrador durante la gestión de los negocios del causante o que deriven de su explotación, cuando no deban ser satisfechos por el cónyuge usufructuario<sup>24</sup>.

El segundo problema que plantea esta regulación tiene que ver con la ausencia de norma expresa en relación con el alcance de la responsabilidad por las deudas testamentarias, esto es, por los legados y los modos testamentarios. En este sentido, tanto la doctrina mayoritaria<sup>25</sup> como la jurisprudencia<sup>26</sup> consideran que la responsabilidad del heredero es ilimitada. Así lo entienden toda vez que la responsabilidad *ultra vires* no discrimina entre obligaciones testamentarias y otras cargas; si bien, se ha argüido que dicha responsabilidad puede limitarse sin necesidad de aceptación beneficiaria por el testador estableciendo que los legados deberán ser únicamente pagados con el caudal relicto o por determinado heredero<sup>27</sup>.

---

21 La diferencia entre las obligaciones sucesorias asistenciales y las obligaciones hereditarias es que estas nacen *ex voluntas testatoris*, mientras que aquellas nacen *ex lege*.

22 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., pp. 171 y ss., recoge las tres categorías anteriormente mencionadas y omite la de obligaciones sucesorias asistenciales.

23 Así, por ejemplo, el art. 461-19 CCCat, el art. 356 CDFV y el art. 21.I LDCV.

24 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad", cit., p. 347.

25 Entre otros, MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, Ed. Reus, Madrid, 1943, pp. 423 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Responsabilidad*, cit., p. 24; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., p. 121; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *El beneficio de inventario*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 16 y ss.; RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Heredero*, cit., p. 57.

26 Entre otras, SSTS de 19 de enero de 1911, 13 de febrero de 1951 (RJ 1951, 258) y 8 de mayo de 1957.

27 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., p. 212, sostiene que el testador pueda dispensar al heredero del régimen de garantías o de la sanción de la responsabilidad *ultra vires* por cuanto hace a los legatarios; en igual sentido, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, p. 3232.

Pero, de nuevo, esta tampoco es una cuestión pacífica en la literatura académica; ciertos autores interpretan que el heredero no responde *ultra vires* por los legados testamentarios<sup>28</sup>, y otros muchos consideran que si la responsabilidad no es limitada, debería serlo<sup>29</sup>. El argumento de esta última corriente doctrinal parte de que los legados no son más que liberalidades, regalos, que hace el testador y por los que el heredero no debería responder más allá que con las fuerzas del caudal hereditario; razonamiento totalmente acertado en nuestra opinión. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que esta responsabilidad presuntamente ilimitada por legados únicamente afecta al heredero voluntario y no así al heredero legitimario<sup>30</sup>.

Como dijimos anteriormente, esta responsabilidad ilimitada es, por fortuna, limitable toda vez que el heredero puede evitar disgustos indeseados a través del beneficio de inventario (arts. 1010 a 1034 CC). No es nuestra intención aquí analizar en profundidad los requisitos de este recurso, pero sí resaltaremos dos de ellos, ambos modificados por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015: de una parte, la declaración de solicitar el beneficio de inventario ha de ser formal, expresa y ante notario ex art. 1011 CC; de otra, el plazo para solicitarlo será normalmente de treinta días, que comenzarán a contar desde que el llamado es interrogado sobre si acepta o repudia (art. 1005 CC), o posee la herencia o parte de ella (art. 1014 CC), acepta la herencia o la gestiona como heredero si no la posee (art. 1015 CC), concluye el inventario si hizo uso del derecho de deliberar (art. 1019 CC) o conoce la repudiación si es un llamado sucesivo (art. 1022 CC).

- 
- 28 ROCA SASTRE, R.M.: *Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1948, p. 512, afirma, sobre la cuestión de si el heredero responde con sus propios bienes "hay que considerarla resuelta en el sentido de que el heredero que ha aceptado la herencia de modo *simpliciter*, si bien responde *ultra vires* de las deudas de la sucesión, no responde, en cambio, de los legados, sino en lo que permita la cuantía de la herencia". Asimismo, CÁRDENAS, L.: "Responsabilidad *ultra vires* por los legados", *Revista de derecho privado*, tomo 34, 1950, pp. 151 y ss., también entiende que el heredero sólo responde por los legados con los bienes que recibe, y con independencia de si ha aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario.
- 29 Entre otros, PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil T. V., vol. I, Herencia, heredero y legatario, aceptación y repudiación, responsabilidad del heredero, otras consecuencias de la aceptación, herencia en administración, el albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 27; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La responsabilidad del heredero en el Código Civil", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1961, p. 195; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol. I, EDESA, Madrid, 1989, p. 269; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B.: "El legado de cosa hipotecada como relación obligatoria ex testamento. Las posiciones jurídicas del acreedor hipotecario, el legatario tercer poseedor de finca hipotecada y el heredero gravado con el legado" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), vol. 4 (Derecho Civil. Derecho Sucesiones), Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 5535; PITA BRONCANO, C.: *Ejecución por deudas hereditarias antes y después de la aceptación de la herencia y de la partición* (tesis doctoral), Extremadura, 2004, p. 101; ARROYO AMAYUELAS, E.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), vol. II, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016, pp. 1446-1447.
- 30 VALVERDE VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V, *Parte especial: Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, p. 525; CUADRADO IGLESIAS, M.: "Responsabilidad por razón de legados" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), vol. 4, Thomson Civitas, Madrid, 2002, p. 5183; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., pp. 55 y 79-81.

La doctrina no se ha mostrado muy efusiva en relación con esta reforma, que consideran pobre y del todo insuficiente. BOTÍA VALVERDE<sup>31</sup> lamenta que el legislador español hubiera desaprovechado la oportunidad para regular más acertadamente este recurso y propone una reforma que altere el punto de vista que el CC tiene sobre el beneficio de inventario, como instrumento que el legislador del 1889 introdujo a regañadientes, con carácter restrictivo y con un tufo de clara desconfianza hacia el heredero<sup>32</sup>.

## B) Régimen catalán

Respecto a Cataluña, se ha dicho que ha tenido legislación propia al menos desde la aparición de los *Usatges* en 1068<sup>33</sup>. La evolución histórica hasta la normativa actual ha sido larga e incluye cuerpos normativos ya derogados, como la Compilación del 1960<sup>34</sup>. El vigente Código Civil Catalán se ha gestado en el seno del Observatori de Dret Privat de Catalunya, y, en concreto, el libro IV, relativo a las sucesiones, fue fruto de un proceso de gestación de casi ocho años<sup>35</sup>.

Entrando ya en la materia que nos ocupa, el art. 461-18 CCCat es un claro reflejo de la tradición romana del derecho catalán cuando establece que “por la aceptación de la herencia pura y simple, el heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas hereditarias, no solo con los bienes relictos, sino también con los bienes propios, indistintamente”. Parece así que el legislador catalán ha querido con este precepto conservar, de alguna manera, el principio de responsabilidad *ultra vires*<sup>36</sup>.

Sin embargo, es importante cotejar dicho precepto con el art. 461-15 CCCat en el que se recogen los requisitos de tiempo y forma que deben concurrir para que el llamado o el ya heredero pueda acogerse al beneficio de inventario; en concreto, el párrafo segundo establece que “el inventario de la herencia debe formalizarse ante notario. Puede aprovecharse el inventario tomado para detraer las cuartas del fideicomiso o de la herencia gravada con legados. Sin embargo, el

31 BOTÍA VALVERDE, A. en [www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdccion-voluntaria/](http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/aceptacion-a-beneficio-de-inventario-y-jurisdccion-voluntaria/) (consultado el 9 de abril de 2019).

32 En igual sentido, KARRERA EGIALDE, M.M.: “El modo de solicitar el beneficio de inventario en el Código Civil tras la Ley de jurisdicción voluntaria”, *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 180, señala que la nueva reforma “no llega a articular un sistema coherente y completo que facilite la generalización de su uso como mecanismo protector de los intereses del heredero ante deudas y responsabilidades desconocidas, ni desarticula la afectación de desconfianza hacia el heredero que insufló la codificación al beneficio de inventario”.

33 DURÁN BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Analecta, Pamplona, 1883, p. XXVIII,

34 Para un estudio histórico del derecho catalán recomendamos la lectura de DE BROCA, G.M.: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985, pp. 114 y ss., que se puede encontrar aquí: [www.parlament.cat/document/catalog/48070.pdf](http://www.parlament.cat/document/catalog/48070.pdf).

35 EGEA FERNÁNDEZ, J.: “La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña”, *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 54, 2, 2010, pp. 167-169.

36 GARCÍA GOLDAR, M.: “Vicios”, cit., p. 102.

inventario formalizado por el heredero en documento privado que se presente a la Administración pública competente para la liquidación de los impuestos relativos a la sucesión también produce los efectos legales del beneficio de inventario". Por lo tanto, hay dos modalidades por las que el heredero puede solicitar el beneficio de inventario: la primera, de carácter expreso a través de su formalización ante notario, y la segunda, de carácter tácito-legal, a través de la extensión de efectos cuando el heredero presenta inventario para la liquidación de impuestos<sup>37</sup>; esta segunda vía es la que facilita enormemente que el heredero pueda aprovecharse del beneficio<sup>38</sup>. Además, la formación de inventario no es un acto personalísimo; por ello, el llamado o heredero puede aprovecharse del beneficio realizado por otros (coherederos o no)<sup>39</sup>.

Cabe cuestionarse si la aceptación pura y simple sigue siendo la regla general en el Código Civil de Cataluña; más bien al contrario, parece fácil llegar a la conclusión contraria: que la legislación catalana tiende por defecto al beneficio de inventario siempre que sea posible, mientras no haya transcurrido el plazo y no concurren circunstancias que lo imposibiliten<sup>40</sup>. Existiría así una inversión de la dicotomía clásica limitación-ilimitación de la responsabilidad hereditaria por deudas<sup>41</sup> sin romper por completo con la tradición de la responsabilidad ilimitada<sup>42</sup>.

Resulta claro, a la luz de la regulación actual, que el beneficio de inventario se ha flexibilizado considerablemente<sup>43</sup> por varias razones: la ampliación del plazo hasta los seis meses según el primer párrafo del art. 461-15 CCCat; la no exigencia de una declaración expresa<sup>44</sup>; y, también, porque de acuerdo con el párrafo quinto del

37 LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho*, cit., pp. 230-231; ARROYO AMAYUELAS, E.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dir. por J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA; coord. por L. ALASCO I CARRASCO), vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1504; FRANCINO BATLLE, F.X.: "L'adquisició de l'herència" en AA.VV.: *Dret Civil Català, vol. III. Dret de Successions* (dir. por A. LUCAS ESTEVE), Bosch, Barcelona, 2010, p. 460.

38 EGEA FERNÁNDEZ, J.: "La codificación", cit., p. 179.

39 ARROYO AMAYUELAS, E.: *Comentari*, cit., p. 1512-1513.

40 Eso parece deducirse del art. 461-17 CCCat, cuando establece que sólo cuando el heredero no haya tomado el inventario en el tiempo y la forma establecidos, se entenderá que acepta la herencia de forma pura y simple.

41 LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho*, cit., p. 473; FRANCINO BATLLE, F.X.: "L'adquisició", cit., p. 459; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad", cit., pp. 364 y ss.; GARCÍA GOLDAR, M.: "Vicios", cit., pp. 102-103. ARROYO AMAYUELAS, E.: *Comentari*, cit., p. 1514, matiza la opinión mayoritaria de que la aceptación pura y simple ha dejado de ser la regla general diciendo que es un efecto que se entiende producido cuando el heredero no realiza inventario en tiempo y forma o cuando la ley lo sanciona sin posibilidad de repudiar.

42 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad", cit., pp. 375.

43 GINESTÀ GARGALLO, M.: "La fidelitat de l'inventari en l'acceptació beneficiària de l'herència", *La notaria*, 2014, p. 84, pone de manifiesto que también existe un número mayor de personas que no necesitan solicitar el beneficio de inventario para disfrutar de él.

44 ARROYO AMAYUELAS, E.: *Comentari*, cit., p. 1511; DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho*, cit., p. 517, consideran que más que de *aceptación* a beneficio de inventario habría que hablar de *adquisición* de la herencia a beneficio de inventario, pues dicho beneficio no deriva de una declaración al aceptar, sino de la realización de ciertos actos o concesión por la ley. GALICIA AIZPURÚA, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código Civil y en los derechos civiles autonómicos", *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 54, señala que el legislador catalán ha permitido que el heredero disfrute del beneficio, aunque haya aceptado la herencia sin hacer una manifestación expresa de acogerse al mismo, en contraposición a lo que ocurre en Derecho común. Véase también VILLÓ TRAVÉ, C.:

art. 461-15 CCCat, no es preciso citar a ninguna persona, aunque pueden intervenir los acreedores del causante y otros interesados en la herencia<sup>45</sup>. Esta flexibilización o *facilitación* es una de las principales transformaciones del libro IV, tal y como se explica en la propia exposición de motivos: "en materia de aceptación y repudiación, la novedad más destacada es la facilitación de los efectos de limitación de la responsabilidad del heredero vinculados al beneficio de inventario. El libro cuarto avanza hacia la generalización de la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes recibidos por herencia y lo hace extendiendo las consecuencias del beneficio de inventario, como efecto legal, a los herederos que efectivamente han practicado inventario, aunque no hayan manifestado la voluntad de acogerse a este beneficio o incluso aunque hayan manifestado que lo aceptan de forma pura y simple. Lo que cuenta, en definitiva, es haber practicado, dentro del plazo marcado por la ley, un inventario fiel, en el que figuren todos los bienes y todas las deudas del causante que el heredero conozca o debería conocer razonablemente, y pagar las deudas hereditarias observando las prelación y las reglas de administración que la ley impone al heredero beneficiario. Con la misma voluntad de hacer más accesible el disfrute del beneficio, el libro cuarto equipara el inventario formalizado en documento privado al notarial o judicial<sup>46</sup>, puesto que en las herencias modestas en que no existen bienes inmuebles, se acostumbra a hacer en documento privado. Esta equiparación se condiciona al hecho de que este inventario se haya presentado a la administración pública competente para pagar los tributos relativos a la sucesión".

En otro orden de cosas cabe traer a colación a GINOT LLOBATERAS<sup>47</sup> para quien el problema de la responsabilidad del heredero por legados sólo puede presentarse en las regiones forales regidas por el Derecho romano, pues en las que están inspiradas en el Derecho germánico la responsabilidad es, en todo caso, limitada. Acierta el autor en la premisa, por lo que conviene analizar cuál es la extensión de la responsabilidad del heredero puro y simple catalán en relación con las liberalidades testamentarias. En este sentido, el art. 427-39 CCCat establece que "si el valor de los legados excede de lo que la persona gravada obtiene por causa de muerte, esta los puede reducir o suprimir, salvo que los cumpla íntegramente a sabiendas de que son

---

"La responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias en el derecho civil de Cataluña" (tesis doctoral), Universitat Rovira i Virgili, 2014, pp. 413 y ss.

45 ROCA TRIAS, E.: "L'acceptació i la repudiació", *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. III. Dret de successions, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 608-609; GINESTA GARGALLO, M.: "La fidelitat", cit., p. 84.

46 Esta referencia está desactualizada, pues el segundo párrafo del art. 461-15 CCCat fue modificado por la disposición final 4.12 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, por la que se suprimió la referencia a la posibilidad de solicitar el beneficio de inventario ante el juez.

47 GINOT LLOBATERAS, F.: "La responsabilidad", cit., p. 1098.

excesivos<sup>48</sup>. El legislador catalán ha establecido así la limitación de la responsabilidad *intra vires* del heredero por legados<sup>49</sup>; criterio que nos parece en sumo acertado.

### C) Régimen navarro.

En relación con Navarra, cabe resaltar que la dominación romana no tuvo mucha influencia en su sistema jurídico primitivo, que conservó sus usos y costumbres. El derecho navarro se mantuvo como un ordenamiento jurídico de carácter predominantemente consuetudinario; la publicación escrita de las leyes no debilitó la fuerza de sus usos y costumbres<sup>50</sup>. Tal vez por ello no deba extrañar que la ley 315 de la regulación actual establezca, con una clara raigambre germánica, que “la herencia se entiende adquirida por el heredero desde el fallecimiento del causante”, con posibilidad, eso sí, de renunciar.

Además, la ley 318 determina, en relación con la responsabilidad por deudas, que “el heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, estos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad y sepelio<sup>51</sup>”.

Los precedentes de esta responsabilidad *intra vires* aparecen ya en el Fuero de Tudela de 1117 (capítulos 30, 33, 37 y 163), en el Fuero General de Navarra de 1234 (capítulos 2 y 5 del tít. 17, Libro 3), en el Fuero Reducido del siglo XVI (Libro 3, tít. 9, capítulo 1); además, para cierta doctrina, tal norma guarda consonancia con la adquisición automática de la herencia de la ley 315: “la limitación añade sentido

48 Ya decía GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán (Análisis del Art. 264 de la Compilación de Cataluña)”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, núm. 4, 1983, pp. 1394-1397, que de acuerdo con la regulación anterior al CCCat, “en el sistema sucesorio catalán, de los legados sólo con los bienes hereditarios líquidos responde el heredero” (...). Lo que significa que, en los legados, a menos que el heredero los cumpla / o quiera cumplir / íntegramente sabiendo que son excesivos (artículo 225,1 Comp.) difícilmente se podrán perseguir los bienes privativos del heredero”. Asimismo, como señala DE PAULA PUIG BLANES, F.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, tomo II (coord. por F. DE PAULA PUIG BLANES y F.J. SOSPEDRA NAVAS), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 47-314, p. 283, se trata de una limitación de la responsabilidad del heredero que tiene por finalidad que el heredero pueda mantener como libre la cuarta parte del valor líquido de los que a él se le ha atribuido.

49 DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho*, cit., p. 515.

50 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad del heredero frente a los acreedores de la herencia en el derecho civil foral de Navarra”, *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 866 y ss., hace notar que en la Baja Edad Media, Navarra estaba estructurada como una monarquía pactada, regida frecuentemente por reyes de dinastías francesas. El 15 de junio de 1515, Navarra fue incorporada oficialmente a la Corona de Castilla y León, y según la ley 33, tít. 33, libro I de la Novísima Recopilación de Navarra, quedaban a salvo e ileos todos sus Fueros, Leyes y costumbres; de hecho, las Cortes de Navarra siguieron legislando hasta su desaparición en 1829. La Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 pasó a regular las relaciones entre Navarra y el Estado, perdiendo así su condición de Reino, sus cortes y sus tribunales a cambio de una amplia autonomía administrativa. El 1 de marzo de 1973, después de muchas vicisitudes y negociaciones, se promulga el Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

51 Redacción actual tras la aprobación de la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del derecho civil foral de navarra o fuero nuevo.

automatismo; y el automatismo no se concibe con riesgos desmedidos para el heredero”<sup>52</sup>.

La doctrina ha dicho acerca de esta responsabilidad limitada que presenta caracteres propios, a saber: que actúa automáticamente, sin necesidad de que el llamado lleve a cabo ningún acto expreso de voluntad en dicho sentido y sin que deba elaborar un inventario para gozar de la limitación de responsabilidad<sup>53</sup>. También se ha hecho notar que estas disposiciones son de *ius cogens*, por lo que el causante no puede sustraerse a ellas: toda disposición testamentaria que directa o indirectamente se dirija a burlar o impedir que se produzcan los efectos legales se tendrá por no puesta<sup>54</sup>.

Del tenor literal de la ley 318, cuando habla del “valor de los bienes de la herencia”, puede concluirse que la responsabilidad *intra vires*, es, además, *pro viribus*; razón por la que el heredero podrá pagar dichas deudas con el patrimonio hereditario, pero también con su patrimonio personal, si le conviene o interesa<sup>55</sup>. El problema de que la responsabilidad sea *pro viribus* es que si los bienes de la herencia perecen, perecen para el heredero<sup>56</sup>; además, si el heredero paga más de lo debido –es decir, más allá del valor de las fuerzas del caudal–, los acreedores no estarán obligados a restituir<sup>57</sup>, salvo en los casos de pagos por error, prohibición, ilícitos, etc. que entren dentro del concepto de enriquecimiento sin causa de la ley 509, en cuyo caso el heredero podrá impugnar el pago realizado<sup>58</sup>. No obstante, cuando se trate del cumplimiento de obligaciones que recaigan sobre objetos concretos y determinados que pertenezcan al caudal relicto, el heredero sí deberá pagar con ellos; en este

52 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XXXVII, vol. 2, Editorial Revista Derecho Privado, 2001, pp. 1376-1425, p. 1401, considera que ambos principios se requieren mutuamente, la limitación añade sentido al automatismo y el automatismo no se concibe con riesgos desmedidos para el heredero.

53 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios*, cit., p. 1400, para quien “la responsabilidad limitada del heredero fue, sin más requisitos, un principio consolidado, perteneciente a la configuración del sistema; constituyó vigencia social y jurídica indubitada. Así lo evidencian antiguos pasajes del Fuero de Tudela, del Fuero General y del Fuero Reducido”. Véase también GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 350; GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y RUBIO GIMENO, G.: “Protección de los acreedores” en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. por M.C. GETE-ALONSO CALERA; coord. por J. SOLÉ RESINA), tomo II, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 1003; GARCÍA GOLDAR, M.: “Vicios”, cit., p. 103.

54 EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. TUBIO TORRANO, coord. por M.L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, p. 994; GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., pp. 881 y ss.; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 350.

55 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., pp. 881 y ss.

56 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., p. 882.

57 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios*, cit., p. 1405, considera que el antecedente de esta norma está en el Capítulo I, título IX, Libro III del Fuero Reducido de Navarra, y que viene a configurar el pago por el heredero como una obligación natural.

58 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., p. 883.

caso, entra en juego el principio de identidad del pago en el cumplimiento de las obligaciones<sup>59</sup>.

La legislación navarra no ha fijado claramente el tipo de deudas sucesorias de las que responde el heredero navarro, pero parece que el heredero responderá de las deudas preexistentes y de las que surgen como consecuencia del fallecimiento del causante; la ley 318 sólo habla de gastos de enfermedad y sepelio, pero la interpretación lógica lleva a incluir también otros gastos, como los de realización de inventario, partición de herencia, defensa, etc<sup>60</sup>. Otra cuestión que tampoco concreta la regulación navarra es el momento que ha de tomarse en consideración para determinar el valor de los bienes hereditarios; por ello, cierto sector doctrinal ha propuesto colmar esta laguna con la aplicación por extensión analógica de la ley 335 que fija, como momento para la valoración de los bienes, el de la muerte del causante<sup>61</sup>.

#### D) Régimen aragonés.

En el nacimiento del Reino de Aragón, en el siglo XI, existían normas de carácter local y comarcal, denominadas *fueros*, que no sólo abarcaban materias de Derecho civil, sino también un conjunto de reglas de carácter político, nobiliario, religioso, mercantil, fiscal, penal y procesal. La costumbre era la primera fuente del Derecho aragonés, y los Fueros municipales regían exclusivamente en las ciudades para los que habían sido dados. Juntos a los Fueros estaban los Actos de Corte—que eran normas reglamentarias sobre administración y gobierno— y las Observancias—hechas por los “foristas” acerca de la aplicación de los Fueros, extraídas de las costumbres y de su propio parecer en torno a la materia tratada—<sup>62</sup>.

Estas Observancias son las que han servido de precedente a las normativas que a ellas siguieron (Compilaciones)<sup>63</sup>, así como al actual Código Foral de 2011, cuyo

59 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios*, cit., pp. 1404-1405; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 351.

60 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., p. 883.

61 GALICIA AIZPURÚA, G.: “El sistema”, cit., p. 55. La ley 335 establece literalmente que “la colación se realizará, a elección del obligado, bien mediante aportación efectiva de los bienes objeto de la liberalidad, bien computando el valor que en el momento de la muerte del causante tengan aquellos bienes o hubieran tenido los anteriormente enajenados”.

62 BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. y BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, R.M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo 33, volumen I, EDESA, Madrid, 1988, pp. 3-4.

63 Como pone de manifiesto MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., pp. 141-143, esta regulación procede de las Observancias 3ª, 12ª y 13ª. El fuero único, aprobado en las Cortes de Alcañiz de 1436, establecía que “el successor vniuersal titulo lucratiuo es obligado a las deudas del defuncto tanto quanto huuo de sus bienes, aunque aquellos haya agenado, o los haura consumido o transportado. Y este fuero no se entienda a los contractos testificados antes la edicion deste fuero sino que sean juzgados conforme a los fueros antiguos”. Posteriormente, el art. 44 del Apéndice foral de 1925 (duramente criticada por la doctrina aragonesa, por derogar expresamente el cuerpo de Fueros y Observancias, hasta entonces vigente) establecía que “la herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen el artículo 1010 y siguientes del Código Civil”. En las posteriores Compilaciones de 1963 y 1985 se mantuvo el error de hacer referencia al inventario; sin embargo, y como decía MERINO HERNÁNDEZ,



art. 355 establece, en la materia que aquí nos interesa, que: “1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados”.

Este precepto se aparta de forma “radical” de la influencia del Derecho romano<sup>64</sup>; no en vano, cierta doctrina considera que la normativa aragonesa corresponde al “llamado sistema germánico, propio de gran cantidad de pueblos medievales europeos, en el que los conceptos de herencia y heredero son relativamente tardíos, y en donde el sucesor *mortis causa* es un adquirente de bienes concretos, no responsable de las deudas de su causante, y al que necesariamente le ligan estrechos vínculos de sangre”; se trataría, así, de un concepto objetivo y patrimonialista de herencia<sup>65</sup>.

El ordenamiento aragonés establece una responsabilidad limitada que es, en principio, *cum viribus*<sup>66</sup>; aunque puede pasar a ser *pro viribus*. El propio art. 361.1 CFDA dispone que “el heredero puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto o con su propio patrimonio”; sin embargo, “si el heredero se excediere del valor de lo heredado en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir”. A pesar del tenor literal de los preceptos reseñados, la doctrina considera como pago “normal” el que realice el heredero con su propio peculio o con dinero de la herencia si hay, y el pago “excepcional” será el *abandono* de los bienes en favor de acreedores: el primer caso no plantea excesivos problemas, salvo el relativo a determinar el valor de los bienes hereditarios, que será fijado por el juez; el segundo representa un caso singular del Derecho aragonés —se trataría de

---

J.L., “no es un supuesto de beneficio de inventario, ni siquiera legal, sino un sistema tradicional aragonés diferente, en el que el heredero, *ministerio legis*, nunca tiene una responsabilidad *ultra vires* por las deudas de su causante”. Finalmente, dicho “error” se ha corregido en la normativa actual, en la que se establece la limitación “aunque no se haga inventario”.

- 64 GINOT LLOBATERAS, F.: “La responsabilidad”, cit., p. 1079, se preguntaba si sería admisible en el Derecho moderno la consagración de un sistema de responsabilidad limitada sin garantía alguna para los acreedores y legatarios, pues en una sociedad absolutamente agrícola en la que la fuente principal de riqueza estaba constituida por inmuebles, sin que los muebles alcanzasen un valor económico importante, cual era la sociedad de la época de las Observancias aragonesas, el establecimiento de garantías no era esencial; sin embargo, la transformación sufrida desde aquella época a la actual hace absolutamente indispensable la existencia de tales garantías.
- 65 MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., pp. 142 y ss., quien dice que efectivamente la normativa aragonesa impide cualquier término de comparación con el sistema romano, ni siquiera por aproximación.
- 66 RAMS ALBESA, J.: “El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones”, *Anuario de derecho concursal*, núm. 17, 2009, pp. 51 y ss., dice que esta limitación de responsabilidad *intra vires* y *cum viribus* tiene raigambre antigua.

un especial supuesto de dación en pago en el que la deuda dineraria es sustituida por el pago en especie<sup>67</sup>.

En cualquier caso, cabe resaltar que el heredero sí responde por los bienes enajenados o consumidos, tal y como ya ordenaba el Fuero único, corrigiendo así un error de la Observancia 13<sup>a</sup> cuando establecía que, si tales bienes habían sido enajenados, la responsabilidad del heredero cesaba. Como afirma la doctrina, “sólo cuando tal consecuencia debió de dar lugar a no pocos abusos y engaños a los acreedores, es cuando el legislador aragonés se vio en la necesidad de cortar el fraude”<sup>68</sup>. El precepto en su redacción actual habla de enajenar o consumir, dos términos que expresan indudablemente una acción voluntaria y positiva del heredero, razón por la que cierta doctrina considera que la salida patrimonial no voluntaria de algunos o todos los bienes no es un supuesto subsumible; es decir, que en los casos de pérdida, destrucción, incluso enajenación forzosa, la responsabilidad del heredero dejará de existir, salvo si es él el causante, mediato o inmediato, de la desaparición de los bienes<sup>69</sup>.

En definitiva, la responsabilidad limitada es una consecuencia que se produce ex lege en beneficio del heredero y de los acreedores: al no haber confusión, como veremos, el heredero no responde con sus bienes, aunque podrá pagar si quiere con su propio dinero; de otra parte, los acreedores del causante podrán distinguir los bienes del causante y conocer con exactitud su valor. Se trata además de una norma que establece un principio objetivo y como tal, es independiente de la buena o mala fe; no es una norma sancionadora, cuanto defensora de los derechos de los acreedores<sup>70</sup>.

### E) Régimen vasco.

En el territorio vasco es probablemente donde existió durante muchos años la mayor diversidad normativa, cuyo origen se remonta a varios siglos atrás<sup>71</sup>; de hecho, no fue hasta la LDCV de 2015 que se unificaron los diferentes fueros o Derechos que existían<sup>72</sup>.

67 MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., p. 145.

68 MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., p. 147.

69 MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., pp. 148-149.

70 MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios*, cit., pp. 146-148.

71 Según MONREAL ZÍA, G.: “La codificación contemporánea del Derecho vizcaíno hasta la compilación de 1959”, *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Victoria-Gasteiz, 2016, p. 43. Bizkaia y parte de Álava disponían de un cuerpo de Derecho confirmado en 1527 y editado hasta en siete ocasiones en la Edad Moderna.

72 IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: “La actualización del derecho civil vasco en el año 2015: una visión desde la práctica”, *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 13, 2016, p. 326, dice incluso que hasta la LDCV de 2015 no podía hablarse propiamente de un Derecho vasco, sino de un “Derecho de Bizkaia, o del Valle de Ayala o de Gipuzkoa”.

En relación con el tema que aquí se estudia, también se ha hecho notar que hasta la nueva LDCV de 2015 no existía ninguna regulación específica sobre responsabilidad por deudas y cargas hereditarias, por lo que resultaba de aplicaba el Código Civil<sup>73</sup>. Sin embargo, y con motivo de la nueva ley, se ha regulado de manera expresa esta cuestión en el art. 21.2 que establece que “el heredero responde de las obligaciones del causante, de los legados y de las cargas hereditarias hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación”. Se trata de una responsabilidad limitada *ex lege y pro viribus*<sup>74</sup> en la que no se especifica cuál es el momento en el que habrían de valorarse los bienes hereditarios; esta laguna, se ha dicho, comporta “una elevada dosis de inseguridad jurídica”<sup>75</sup>.

### 3. Confusión o separación de patrimonios.

La cuestión acerca de si la sucesión provoca o no la confusión de patrimonios entre la herencia y el propio del heredero es únicamente posible dentro de los llamados sistemas de sucesión en la persona; parece fuera de toda duda que este problema no se presenta en un sistema de sucesión en los bienes que propugna, como el anglosajón, la liquidación de la herencia por el *personal representative* y su posterior adjudicación a los herederos: en este caso, la herencia siempre permanece como un patrimonio separado.

#### A) Código Civil.

Entre los académicos españoles no existe unanimidad acerca de si la regulación del Código Civil establece una separación de patrimonios automática o es necesario recurrir al beneficio de inventario –u otros recursos como las normas hipotecarias–, para que esta se produzca. Uno de los autores que sí han defendido que la separación opera de forma automática siempre y en todo caso fue PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien sostuvo que el patrimonio sucesorio persiste siempre individualizado a través de las distintas vicisitudes del procedimiento sucesorio,

73 GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y RUBIO GIMENO, G.: “Protección”, cit., p. 1004; además, IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: “Comentario del Capítulo I del Título II” en AA.VV.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 49 y 54, afirma que esta regulación se trata de una cuestión novedosa. Sin embargo, GINOT LLOBATERAS, F.: “La responsabilidad”, cit., pp. 1080-1081, hacía mención a una supuesta ley 14 del título XX del Fuero de Vizcaya que establecía que, si el causante tenía bienes muebles e inmuebles, las deudas habrían de pagarse de los bienes muebles y no de los inmuebles. Y afirmaba que “aunque, en realidad, dicha Ley establece una afección preferente de los muebles a las deudas del causante, es indudable, dados los antecedentes y estructura del Derecho vizcaíno, que no existe *successio* en el sentido romano, sino que se desenvuelve bajo los moldes del sistema germánico”.

74 LLEDÓ YAGÜE, F.: “Epílogo. Algunas referencias notables en el nuevo Derecho civil vasco” en AA.VV.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA), Dykinson, Madrid, 2016, p. 244; URRUTIA BADIOLA, A.M.: “La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular”, *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Victoria-Gasteiz, 2016, p. 314; GALICIA AIZPURÚA, G.: “El sistema”, cit., p. 56

75 GALICIA AIZPURÚA, G.: “El sistema”, cit., p. 56, que añade que la laguna deja dos opciones: atender al valor que tengan los bienes al momento de la apertura de la sucesión, o a los seis meses de producirse el óbito.

como la aceptación y la partición<sup>76</sup>; en su opinión, este hecho traería además otra consecuencia: el establecimiento de un cierto orden de prelación.

No obstante la valía de la tesis defendida por PEÑA, lo cierto es que tanto la doctrina mayoritaria<sup>77</sup> como la jurisprudencia<sup>78</sup> siguen propugnando la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis* como los grandes pilares del sistema sucesorio del Código Civil español; es decir, que el heredero se subroga en la posición de deudor del difunto y por efecto de la *confusio bonorum*, su responsabilidad por deudas sucesorias es ilimitada.

Precisamente para frenar los efectos perniciosos de la confusión de patrimonios, surgió en Roma el *beneficium separationis*, con el fin de evitar el posible perjuicio de que a su deudor fallecido le sucediese, pura y simplemente, un heredero cargado de deudas. Legitimados para pedir este beneficio estaban no sólo los acreedores del causante, sino también los legatarios; pero no así los herederos o sus acreedores<sup>79</sup>. Este beneficio era rogado y no podía ser concedido de oficio ni operar de *iure*, sino más bien al contrario, los acreedores y legatarios debían solicitarlo al Pretor, no existiendo un plazo para ello. La separación actuaba únicamente en favor de los que la obtuviesen; no obstante, las relaciones entre unos y otros separatistas dependían de si eran acreedores o legatarios<sup>80</sup>.

Estas características originales de la institución no han sobrevivido intactas en las tradiciones jurídicas de derecho continental, pero, al menos, en ciertos ordenamientos jurídicos todavía se hace referencia a este mecanismo, a diferencia del Código Civil español, cuyo texto guarda absoluto silencio sobre esta cuestión<sup>81</sup>. A pesar de ello,

76 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., pp. 143 y ss.

77 Por todos, MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., pp. 422 y ss.; DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, 1967, pp. 515 y ss.

78 Destacamos la STS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248), que establece que "por la aceptación pura y simple, el heredero (...) debe pechar con las cargas que aquél (el causante) consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo, de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indiferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios".

79 BIONDI, B.: *Diritto ereditario romano: parte generale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 364; VOCI, P.: *Diritto ereditario romano, v. I: Introduzione, parte generale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1967, pp. 671 y ss.; ROCA SASTRE, R.M.: "El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria", *Anuario de Derecho civil*, vol. 13, núm. 4, 1960, p. 1120; JORDANO FRAGA, F.: *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 237-239.

80 BIONDI, B.: *Diritto*, cit., pp. 373 y ss.

81 Al contrario de lo que ocurría en el Proyecto de Código civil de 1851; véase GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852, pp. 244 y ss., Sección VI, titulada "Del inventario y separación de bienes á petición de los acreedores y legatarios", cuyo primer artículo, el 871, establece que "los acreedores y legatarios del difunto, aunque lo sean a plazo o bajo condición, pueden pedir la formación de inventario y separación de los bienes del difunto y del heredero". Los efectos de la separación se regulaban en el art. 875 y eran los siguientes: "1º. Los acreedores y legatarios que la obtuvieron excluyen en los bienes hereditarios a los acreedores del heredero; pero no cobrarán sino lo que habrían cobrado, si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separación. 2º. Hecho el pago de los que obtuvieron la separación en conformidad al número anterior, el remanente de la herencia pasa al heredero, y los demás acreedores y legatarios corren la suerte que todos los acreedores del mismo. 3º. Los acreedores y legatarios que obtuvieron la separación, no

algunos autores han creído ver reminiscencias del “beneficio” en ciertas disposiciones fragmentarias<sup>82</sup>, como el art. 1082 CC cuando concede a los acreedores hereditarios, reconocidos como tales, la facultad de oponerse a la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos<sup>83</sup>. Otras disposiciones de carácter separatista son las contempladas en la legislación hipotecaria; entre otros, los arts. 45 y 46 LH<sup>84</sup>.

Sea como fuere, lo que está claro es que la legislación civil estatal únicamente prevé, de admitir su existencia, cierto beneficio de separación de patrimonios en favor de los acreedores hereditarios y legatarios, pero no así en favor de los acreedores personales de los sucesores. Además, no podemos sino compartir la opinión de quienes hacen notar críticamente que la mayoría de sistemas en los que se impone, como norma general, la confusión de patrimonios, también suelen regular de forma expresa el beneficio de separación<sup>85</sup>; por ello, no pocos autores reclaman –acertadamente– la necesidad de que se regule expresamente en el Código civil español este beneficio de separación de patrimonios<sup>86</sup>.

## B) Derechos civiles autonómicos.

Comenzando con la normativa catalana, el art. 461-23 CCCat establece que “1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo

---

pueden repetir contra los bienes propios del heredero sino después de pagados todos los acreedores de este”.

- 82 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., pp. 641-642, señala que “si bien nuestros textos legales no reconocen la *separatio bonorum* romana, sí obedecen al criterio sustantivo de dar prioridad, para satisfacerse con los bienes de la herencia, a los acreedores del causante respecto de los legatarios, y a éstos frente a los acreedores del heredero. La cuestión no sería, pues, sustantiva, sino procesal, al faltar la regulación de la *separatio bonorum creditoribus*”; es decir, para este autor, habría un reconocimiento sustantivo del beneficio. Véase también MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 55 y SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 200, quienes consideran que este semi reconocimiento del beneficio de separación es “imperfecto”.
- 83 Por todos, LÓPEZ JACOISTE, J.J.: “El beneficio”, cit., pp. 505 y ss. Cabe señalar, también, que SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., pp. 123 y 233-236, han defendido la existencia de un beneficio de separación notarial, ahora que se han extendido las competencias del notario en la partición.
- 84 GARCÍA BAÑÓN, A.: *El beneficio de separación*, Rialp, Madrid, 1962, pp. 77 y ss., considera que el beneficio de separación al que se llega a través de estas disposiciones fragmentarias se caracteriza por cuatro notas, a saber: debe existir riesgo de confusión patrimonial, debe haber ausencia de pago o garantía suficiente, la solicitud ha de realizarse dentro de un plazo establecido por la ley, y el acreedor ha de probar la existencia de su título.
- 85 GARCÍA BAÑÓN, A.: *El beneficio*, cit., p. 29.
- 86 Entre otros, ROCA SASTRE, R.M.: “El *beneficium*”, cit., p. 1157; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “El beneficio”, cit., p. 1381; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: “Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia” en AA.VV.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (dir. por M.D. ÁLVAREZ GARCÍA y F. ZUBIRI DE SALINAS), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 748; VILLO TRAVE, C.: “Una propuesta de regulación del beneficio de separación de patrimonios en el Código Civil español a la luz de la experiencia del Derecho civil de Cataluña”, *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2016, pp. 228-229; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 200.

los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante. 2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo. 3. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero<sup>87</sup>.

De esta regulación caben destacar dos aspectos positivos: el primero, que se ha ampliado la legitimación para pedirlo a los acreedores del heredero<sup>88</sup>, al igual que ha hecho recientemente el legislador francés<sup>89</sup>; el segundo, que es un recurso independiente del beneficio de inventario y que está pensado para proteger los intereses de los acreedores hereditarios<sup>90</sup>.

En cuanto a Navarra, la ley 319 CDCFN, titulada “Beneficio de separación”, establece lo siguiente: “a) Quiénes pueden solicitarlo. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores. b) Efectos. La separación de bienes hereditarios afectará a estos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran

87 Como bien explica VILLO TRAVÉ, C.: “La responsabilidad”, cit., pp. 415 y ss., no fue hasta el Proyecto de 1955 cuando se reguló por primera vez el beneficio de separación de patrimonios en derecho catalán. Sin embargo, en la antigua Compilación, y según GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “El beneficio”, cit., pp. 1384-1393, consideraba que la misma excluía ya no sólo a los acreedores del heredero, sino también a los acreedores de las cargas hereditarias.

88 DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho*, cit., p. 529; LLÁCER MATAÇAS, M.R.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dir. por J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA; coord. por L. ALASCIO I CARRASCO), vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1541 y ss.

89 El art. 878 señala, tras la reforma de 2006, que “*les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier. Réciproquement, les créanciers personnels de l'héritier peuvent demander à être préférés à tout créancier du défunt sur les biens de l'héritier non recueillis au titre de la succession. Le droit de préférence donne lieu au privilège sur les immeubles prévu au 6° de l'article 2374 et il est sujet à inscription conformément à l'article 2383*”. Según GASNIER, F.: *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois, Paris, 2013, pp. 17 y 27-ss., la reforma es positiva no sólo porque ha venido sólo a cambiar el nombre, antes llamado *séparation des patrimoines* y ahora *droit de préférence*, sino porque también se ha extendido la legitimación a los acreedores del heredero.

90 LLÁCER MATAÇAS, M.R.: *Comentari*, cit., pp. 1539 y ss.

solicitado. El juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, a petición de los interesados y con citación de los acreedores que fueran conocidos, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieren solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieren solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria<sup>91</sup>.

La confusión de patrimonios no se produce en el ordenamiento navarro hasta los seis meses posteriores al fallecimiento<sup>92</sup>; cabría preguntarse si su regulación es necesaria teniendo en cuenta que se limita la responsabilidad del heredero por deudas<sup>93</sup>. La respuesta ha de ser positiva y viene dada, precisamente, por el hecho de que se trate de una limitación *pro viribus*; tal y como ha señalado la doctrina, la confusión de patrimonios de una herencia solvente con el patrimonio de un heredero insolvente puede perjudicar gravemente a los acreedores hereditarios<sup>94</sup>.

Este beneficio puede solicitarse por todos los acreedores hereditarios, tengan créditos vencidos y exigibles como pendientes de vencimiento, dentro del susodicho plazo de seis meses, y podrá ejercitarse incluso en relación con bienes que sean objeto de un legado<sup>95</sup>. La consecuencia que de la solicitud se derive será la existencia de dos masas patrimoniales independientes y separadas: el patrimonio relicto y el patrimonio del heredero, pasando así la responsabilidad a ser *cum viribus*, es decir, con los bienes de la herencia<sup>96</sup>. En definitiva, parece que el ordenamiento navarro descansa, como se ha dicho, sobre “una equilibrada consideración de los herederos y de los acreedores de la herencia. La garantía de los primeros está en que su responsabilidad es *intra vires hereditatis*; la de los segundos, en el beneficio de separación de patrimonios<sup>97</sup>”.

En relación con la normativa aragonesa, el art. 357 CDFA, titulado “Separación de patrimonios”, establece que “1. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto. 2. La

91 Redacción actual tras la aprobación de la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la compilación del derecho civil foral de Navarra o fuero nuevo.

92 Por ello, EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A.: *Comentarios*, cit., p. 994, entiende que la aceptación de la herencia en Navarra no genera una situación semejante a la aceptación con beneficio de inventario, pues transcurrido ese lapso de seis meses, se produce la irremisible confusión de patrimonios.

93 Para GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 351, esta separación de patrimonios es una buena manera de paliar los posibles perjuicios que se derivan del automatismo de la adquisición, toda vez que la característica de esta normativa es que la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad no corren parejos.

94 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., p. 886.

95 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios*, cit., p. 1411.

96 GAMBOA URIBARREN, B.: “La responsabilidad”, cit., p. 886.

97 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios*, cit., p. 1377.

aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de esta contra aquél". Queda claro, por el tenor literal del precepto, que en Aragón la separación de patrimonios es un efecto que se produce *ex lege*<sup>98</sup>.

Además, esta separación de patrimonios automática tiene un buen desarrollo normativo, como se observa en otros preceptos: uno, en favor del heredero, toda vez que este puede oponerse, *ex art. 358 CDA*, al "embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio"<sup>99</sup>; el segundo, en beneficio de *quienes tengan derechos sobre el caudal hereditario*, es que se regula expresamente un sistema de preferencias, como veremos.

Por último, en el País Vasco, el art. 21.3 LDCV ordena que "a los efectos de la responsabilidad de los herederos se establece el beneficio de separación. Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento, no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías. Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores. A salvo la normativa concursal, la separación de bienes hereditarios afectará éstos para el pago preferente a los acreedores y legatarios que la hubieran solicitado. El juez, a petición de los interesados, señalará plazo para la formación de inventario y decretará las anotaciones y embargos preventivos, notificaciones y demás medidas de aseguramiento. Una vez satisfechos los acreedores de la herencia y legatarios que hubieran solicitado la separación, serán pagados los acreedores y legatarios que no la hubieran solicitado, sin más preferencia entre ellos que la que les corresponda por la naturaleza de sus créditos o conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En las sucesiones en las que el causante haya designado comisario, se estará a lo dispuesto en el artículo 43".

Como se puede observar, y ha manifestado la doctrina, la nota típica de esta regulación vasca es que la limitación de responsabilidad y la separación de

98 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad", cit., pp. 354 y ss., hace notar que el ordenamiento aragonés parte así de una separación automática entre el patrimonio relicto y el particular del heredero. GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y RUBIO GIMENO, G.: "Protección", cit., p. 1005, entienden también que el legislador aragonés parte de la separación de patrimonios como efecto *ex lege*.

99 SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: Doctrina y jurisprudencia* (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA; coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA), Dykinson, Madrid, 2015, p. 529, afirma que el heredero es deudor de las deudas de la herencia, pero con los bienes heredados; es decir, no es propiamente un tercero, pero el cauce procesal de la tercería de dominio le sirve a fin de levantar un embargo mal trabado por afectar a bienes que no responden de las deudas del embargo.



patrimonios no se dan siempre en el mismo momento, sino que pueden coincidir o no<sup>100</sup>.

### III. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN Y ORDEN DE PRIORIDADES.

Este es también otro punto en el que el sistema de sucesión en la persona dista mucho del sistema de sucesión en los bienes; así, en el modelo anglosajón se establece la liquidación ordenada y obligatoria de la herencia para todos los casos. Dicha liquidación corresponde al *personal representative*, que puede ser nombrado por el testador (*executor*) o por la ley en su defecto (*administrator*); pudiendo haber hasta un máximo de cuatro<sup>101</sup>. Este es un cargo voluntario, pues es posible renunciar al mismo, y las funciones que conlleva son básicamente tres: reunir todos los bienes hereditarios, pagar todas las deudas y, por último, distribuir el residuo como se determine en el testamento o la ley. En relación con la liquidación de la herencia, es importante señalar que el *personal representative* debe pagar todas las deudas antes de distribuir el residuo, pues si no lo hiciese y posteriormente los bienes no fuesen suficientes para pagar deudas sería culpable de cometer *devastavit* (*wasting of assets*). Además, la ley establece que los *personal representatives* deben publicar la liquidación de la herencia cuando conozcan o crean razonablemente que pueden persistir deudas del causante, invitando a quienes tengan créditos contra el difunto los presenten dentro de un plazo razonable, no inferior a dos meses, en el *London Gazzete* y en algún periódico local<sup>102</sup>.

La liquidación de la herencia se debe hacer en un plazo razonable y, en cualquier caso, la jurisprudencia anglosajona ha determinado que deberá hacerse dentro del *executor's year*, salvo cuando por las circunstancias del caso el período deba extenderse<sup>103</sup>. Asimismo, será cometido esencial del *personal representative* dilucidar previamente si la herencia es solvente o insolvente, pues si fuese insolvente, deberá seguir el orden de prioridades establecido<sup>104</sup>.

Queda claro así que la liquidación de la herencia ordenada es una prioridad en el sistema sucesorio del *common law*; huelga repetir que este procedimiento es

100 GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad", cit., pp. 360-361.

101 En realidad, el testador puede nombrar a tantos *executors* como desee, pero es la S. 114 (1) de la *Senior Courts Act 1981* la que establece que no se debe conceder el *probate* a más de cuatro.

102 Section 27 de la *Trustee Act 1925*; MUSTOE, N.E.: *Executors and Administrators*, 5º ed., Butterworth & Co, Londres, 1952, p. 97; RENDELL, C.: *Wills, probate and administration*, Guildhall University, Londres, 1994, p. 281; MARGRAVE-JONES, C.: *Mellows: the law of succession*, Butterworths, Londres, 1993, p. 381. PHILLIPS, W.B.: *The accounts of Executors Administrators and Trustees*, 11ª ed., Sir Isaac Pitman and Sons, Londres, 1965, p. 97, considera que, además de publicarlo en los dos periódicos referidos, también debería publicarse en un periódico extranjero, si el *personal representative* creyese que pueden existir acreedores del difunto que residan en el extranjero. Y para DAVIES, D.T. et al: *Wills, probate and administration service*, Butterworths, Londres, 2017, p. E-30, el *personal representative* deberá publicar también la intención de liquidar la herencia en el periódico local del lugar en el que radiquen los bienes inmuebles del difunto.

103 *Re Tankard* (1942).

104 Si así no lo hiciese, cometería *devastavit*; vid. MUSTOE, N.E.: *Executors*, cit., p. 97.

obligatorio para cualquier herencia, con independencia de su valor económico o de la mayor o menor presencia de deudas.

## I. Código Civil.

Los sistemas de sucesión en la persona se caracterizan, como ya dijimos *ut supra*, por la ausencia de un procedimiento de liquidación; circunstancia que guarda consonancia con el hecho de que el sucesor no es un adquirente de bienes, sino que se subroga en la posición –activa o pasiva– que ostentaba el causante. Los bienes y las deudas pasan a ser del heredero, y parece hasta cierto punto “normal” que este las vaya liquidando como crea conveniente. Este es, en apariencia, el principio sobre el que se asienta la normativa del Código Civil español; sin embargo, ciertos autores<sup>105</sup> consideran que existe un orden de prioridades en la liquidación de la herencia que se aplica tanto si el heredero ha aceptado con beneficio de inventario como sin él.

Así, en primer lugar, la preferencia de los acreedores hereditarios frente a los legitimarios se deduciría del tenor del art. 818.I CC cuando señala que “para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento”; no en vano, si el pasivo hereditario supera al activo, la legítima no llega a nacer, o no nace, al menos, con cargo a bienes hereditarios.

En segundo lugar, la preferencia del acreedor hereditario sobre el legatario se infiere de los arts. 1029 y 1082 CC y el 788.3 LEC<sup>106</sup>. El art. 1029 CC señala, en sede de beneficio de inventario, que “si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles”; sin embargo, y a pesar de su ubicación sistemática, la doctrina considera que la aplicación de este precepto no se restringe a los casos en que el heredero haya declarado hacer uso del beneficio de inventario<sup>107</sup>. Asimismo, el referido art. 1082 CC les da la facultad a los acreedores

105 ROVIRA JAÉN, F.J.: “En torno a las deudas”, cit., pp. 1573 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: “La responsabilidad”, cit., pp. 108 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 201; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., pp. 623-637; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios*, cit., p. 264; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso*, cit., pp. 110-11; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago*, cit., pp. 93 y ss.; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 342; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., pp. 17 y ss.; GALICIA AIZPURÚA, G.: “El sistema”, cit., pp. 46-47. Además, la RDGRN de 1 de septiembre de 1976 (RJ 1976, 3785), parece haber adoptado también esta tesis cuando afirma que: “aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 659 y 660 del CC, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales, llevan a la conclusión contraria...”.

106 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 211, consideran sobre esta prelación que “ha de ser así, pues de otro modo el causante podría disponer *mortis causa* de sus bienes en perjuicio de sus acreedores”; prelación que ya existía en el Derecho romano, derivada del principio *nemo liberalis nisi liberatus*, y, en definitiva, de que “no es posible disponer gratuitamente de los propios bienes cuando se tienen deudas pendientes”.

107 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios*, cit., p. 271; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., pp. 147-148; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 211.

hereditarios de oponerse a la partición, precepto este que encuentra concreción en el art. 788.3 LEC, que ordena que “cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del art. 782, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción”. Por lo tanto, queda claro que con independencia de si el heredero acepta pura y simplemente o con beneficio de inventario, el acreedor hereditario tendrá preferencia frente a los legatarios.

De otra parte, la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los acreedores personales del heredero también se extrae de dos principios fundamentales: “antes es pagar que heredar” y “no hay herencia sino en el residuo”<sup>108</sup>. La preferencia de los legitimarios sobre los legatarios se infiere también de varios arts. del Código Civil que protegen la intangibilidad de la legítima, como el art. 817 CC cuando ordena que “las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas”, o el art. 820 CC, que ordena la supresión o reducción de las donaciones (y legados) inoficiosos<sup>109</sup>. Por último, la preferencia de los legatarios sobre los acreedores particulares del heredero parece obvia también, máxime si se tiene en cuenta el adagio “no hay herencia sino en el residuo” pero, sobre todo, como reconocimiento a la libertad de testar.

En cualquier caso, cabe resaltar que todas estas normas se configuran alrededor de una ausencia de liquidación ordenada por el heredero, y parten de su ejercicio voluntario por los legitimados; es decir, que el heredero no será en principio responsable por pagar legados en perjuicio de acreedores hereditarios o legitimarios y, si ninguno de estos ejercita la acción que *determina* su *preferencia*, quedarán a expensas de resarcirse cuando el heredero les pague con bienes hereditarios o propios.

Si, por el contrario, el heredero hubiese aceptado haciendo uso del beneficio de inventario, la normativa del Código Civil sí establece un régimen de prioridades obligatorio. Y es que a pesar de que el art. 1025 CC permite, a *sensu contrario*, que los legatarios puedan demandar el pago de sus legados una vez finalizada la formación del inventario y el término para deliberar; lo cierto es que el art. 1027 CC determina taxativamente que “el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores”<sup>110</sup>.

En cuanto a las prioridades entre los diferentes acreedores hereditarios, el art. 1028 CC establece que “cuando haya juicio pendiente entre los acreedores sobre la

108 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p.195 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia*, cit., pp. 163 y ss.; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 3.

109 GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios*, cit., pp. 270 y ss.

110 Véase, sobre esta cuestión, GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios*, cit., pp. 409 y ss.

preferencia de sus créditos, serán pagados por el orden y según el grado que señale la sentencia firme de graduación. No habiendo juicio pendiente entre los acreedores, serán pagados los que primero se presenten; pero, constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho”.

## 2. Derechos civiles autonómicos

En el caso de la normativa catalana se puede apreciar una regulación pareja a la del Código Civil español, pues se prevé un orden de prioridades que también será obligatorio cuando el heredero no haya hecho uso del beneficio de inventario<sup>111</sup>. Dicho orden de pagos es el siguiente: en primer lugar, deudas y cargas de la herencia<sup>112</sup>; en segundo lugar, atribuciones sucesorias legales, esto es, legítima y cuarta viudal, por ese orden<sup>113</sup>; en tercer lugar, los legados; y en cuarto lugar, acreedores del heredero, que podrían perseguir los bienes remanentes una vez adquiridos por éste.

En relación con los ordenamientos autonómicos que limitan *ex lege* la responsabilidad del heredero por deudas, cabe señalar que la normativa navarra y vasca no regulan ningún orden de prioridades en la liquidación de la herencia. Sí se contempla en el Código aragonés, cuyo art. 359 establece que “con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero”; y que “cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero”. Además, el art. 360 CDFA establece que “1. El heredero pagará a los acreedores del causante a medida que se presenten, cobrará sus créditos y, finalmente, cumplirá los legados. 2. No obstante, si consta que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho”. Interesa apuntar sobre esta cuestión que la doctrina ha afirmado que cuando resulte aplicable la normativa aragonesa, el heredero no podrá perder la limitación legal de su responsabilidad por no liquidar correctamente la herencia<sup>114</sup>.

111 DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho*, cit., p. 516; GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Responsabilidad”, cit., p. 368.

112 Sobre esta cuestión, conviene distinguir entre si la herencia es activa o por el contrario deficitaria o insolvente, en el sentido de no poder hacer frente a deudas vencidas, tal y como hacen DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho*, cit., pp. 522-523, pues, en ese caso y de acuerdo con el art. 461-22 CCCat, el heredero que disfruta del beneficio de inventario tiene el deber de solicitar la declaración del concurso de la herencia si se cumplieren los requisitos legales. En caso contrario, si la herencia fuese solvente, ya no se haría necesario arbitrar una prelación entre los acreedores del causante, sino únicamente entre ellos y legitimarios y legatarios.

113 Según el art. 427-41 CCCat, el derecho del heredero a la cuarta falcidia es preferente al de los legatarios.

114 SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios*, cit., p. 530.

## IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUANDO EXISTE MÁS DE UN SUCESOR.

Es importante, respecto a la responsabilidad por deudas cuando hay más de un heredero, distinguir la relación externa, entre acreedores hereditarios y herederos, y la relación interna, entre coherederos<sup>115</sup>.

### I. Relación externa herederos–acreedores.

#### A) Código Civil.

En la relación externa, la doctrina tradicional ha distinguido tres grandes sistemas de responsabilidad por deudas entre coherederos<sup>116</sup>: en primer lugar, aquellos que dividen de manera *ipso iure* las deudas (Francia, Italia<sup>117</sup>); en segundo lugar, los sistemas intermedios, en los que las deudas únicamente se dividen después de la partición (BGB<sup>118</sup>); y por último, aquellos en los que la responsabilidad es solidaria tanto antes como después de la partición (Suiza)<sup>119</sup>.

En el caso del Código Civil, el art. 1084.1º CC establece que “hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio”. Debido a este precepto, tanto la doctrina mayoritaria<sup>120</sup> como

115 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., p. 663; GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., pp. 207-208.

116 FERRANDIS VILELLA, J.: *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 208.

117 En Francia se establece el principio de división automática de las deudas ex art. 873 CC, con ciertas excepciones. GRIMALDI, M.: *Droit civil*, cit., p. 581, considera que las excepciones se pueden agrupar en cuatro categorías distintas, según que la excepción lo sea en razón de la naturaleza de la deuda (por ejemplo, la deuda hipotecaria, que es indivisible), de una disposición legislativa, de la voluntad del difunto, o de la voluntad de los sucesores. En Italia también se aplica el principio de división automática de deudas, que es fuertemente criticado por la doctrina (entre otros, ALBANESE, A.: *Della collazione. Del pagamento dei debiti* (art. 737-756), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 333-392) por ser perjudicial para los acreedores.

118 En el sistema germánico se ha optado por la solidaridad de los coherederos por deudas (§ 2058); si bien, hasta que no se haya practicado la división, los herederos responderán de forma limitada con el patrimonio hereditario y a los acreedores les está vedado reclamar el pago de sus créditos frente al patrimonio personal de los herederos. Por lo tanto, en Alemania, la herencia permanece como un patrimonio separado mientras dure la comunidad. Véase BINDER, J.: *Derecho de sucesiones* (trad. J.L. LACRUZ BERDEJO), Labor, Barcelona, 1953, pp. 271 y ss.; ROCA SASTRE, R.M.: *Derecho de Sucesiones* de Theodor Kipp, Traducción de la decimoprimer edición de H. COING, Vol. II, 2ª ed. (al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL), Bosch, Barcelona, 1976, p. 314.

119 En el Código Civil Suizo también existe solidaridad, antes y después de la partición (arts. 602 y 603); si bien ésta se haya limitada en el tiempo, pues de acuerdo con el art. 630 *Code Civil* suizo, la solidaridad cesa después de cinco años, y el plazo empieza a correr desde la partición o desde la exigibilidad de las deudas, si esta fuese posterior a la partición.

120 Así lo entienden, de forma implícita o explícita, autores como GONZÁLEZ PALOMINO, J.: “La adjudicación para pago de deudas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. I, 1945, p. 221; GINOT LLOBATERAS, F.: “La responsabilidad”, cit., pp. 1073-1074; ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, núm. 3, 1967, pp. 481 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, t. VI, *Derecho de sucesiones*, v. I, *La sucesión en general*, Reus, Madrid, 1978, pp. 397 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios*, cit., p. 267; GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 209; MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago*, cit., p. 145; NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad*

la jurisprudencia<sup>121</sup> han interpretado que la responsabilidad de los coherederos por deudas es solidaria, no sólo después de la partición, sino también antes; como consecuencia, los coherederos se encontrarán mutuamente obligados a cubrir la posible insolvencia de los demás. Para quien así lo entiende, el legislador abandonó el histórico principio de división automática ya desde el Proyecto de 1851, donde se introdujo la regla de la solidaridad, apartándose así de las tradiciones jurídicas vecinas, que conservaron la regla romana de la divisibilidad de las deudas. En cuanto al fundamento de la responsabilidad solidaria de los coherederos, diversas razones se han ofrecido: que es una especie de pena privada por no haber liquidado todas las deudas antes de disolver la comunidad<sup>122</sup>; que la pluralidad sobrevenida de deudores no debe alterar y menos perjudicar la posición del acreedor, pues la sucesión implica continuidad o inalterabilidad de las relaciones jurídicas<sup>123</sup>; o que el heredero es continuador de la personalidad del causante, y por ello, cada uno de los coherederos es tan deudor como aquél<sup>124</sup>.

Sin embargo, esta cuestión de la responsabilidad antes-después de la partición no es pacífica en la doctrina; existe un sector doctrinal que no se plantea la cuestión<sup>125</sup>, otro que no ve clara la solución<sup>126</sup>, y un último que considera que la responsabilidad antes de la partición debe ser en mano común<sup>127</sup>. Una de las autoras que ha defendido la mancomunidad es MARÍN GARCÍA DE LEONARDO<sup>128</sup>, quien entiende que antes de la partición, los acreedores deben dirigirse frente a todos, pues hasta la

---

*por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 142; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 23.

- 121 Se pueden citar, entre otras, las siguientes SSTs: 23 de octubre de 1899; 9 de enero de 1901; 3 de abril de 1903; 2 de octubre de 1907; 21 de febrero de 1911; 28 de enero de 1919; 3 de enero de 1928; 23 de febrero de 1929; 20 de noviembre de 1929; 17 de diciembre de 1930; 22 de junio de 1931; 12 de julio de 1935; 27 de marzo de 1957; 15 de octubre de 1962; 17 de marzo de 1966; 14 de julio de 1984; 30 de noviembre de 1993 (Rj 1993, 9906); 21 de abril de 1997 (Rj 1997, 3248); así como las RRDGRN de 21 de febrero de 1923, 30 junio 1927 y 16 de octubre de 1933.
- 122 FERRANDIS VILELLA, J.: *La comunidad*, cit., p. 206.
- 123 SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. y GARCÍA GARCÍA, J.A.: "La responsabilidad de los herederos antes y después de la partición" en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M.P. FERRER VANRELL, J.A. TORRES LANA; coord. por O. MONJE BALSAMEDA), vol. 2, Dykinson, Madrid, 2014, p. 1398.
- 124 GINOT LLOBATERAS, F.: "La responsabilidad", cit., p. 1071.
- 125 Entre otros, MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios*, cit., pp. 794 y ss., considera que la responsabilidad es solidaria y no distingue otro tipo de responsabilidad para antes de la partición.
- 126 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 93, señalan que "la del artículo 1084 del Código civil no es una responsabilidad solidaria en sentido estricto, dado el derecho del demandado a hacer citar y emplazar a sus coherederos". En efecto, y como hace notar GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 213, "el derecho a que el demandado pueda pedir un plazo para hacer citar y emplazar a sus codeudores ha estado tradicionalmente ligado a las deudas indivisibles y no a las solidarias, y es precisamente en el marco de la indivisibilidad donde lo recogen los Códigos que tienen nuestra misma matriz histórica"; razón por la que considera la autora que se observa en este punto de nuestro Derecho cierta originalidad.
- 127 Entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, 2ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 2095-2096 y GARCÍA VALDECASAS, J.G.: "La comunidad hereditaria en el derecho español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 7, 1953, p. 267.
- 128 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 22 y ss.

partición no se concretan los porcentajes de bienes concretos de la herencia que tienen los herederos. Defiende la autora que el legislador no quiso extender la solución prevista en el art. 1084 del Código civil a la fase anterior a la partición porque no lo consideró necesario, ya que en este período no se plantea el peligro de una pérdida de garantías para el acreedor; para argumentar su posición utiliza el criterio histórico de la división *ipso iure*, que se conservó en Las Partidas. El art. 1003 CC hace referencia a la situación de un solo heredero, pero tiene una lectura distinta cuando se trata de deudas que pertenecen indivisas a la comunidad de los herederos; no existe por tanto solidaridad, sino mancomunidad como estado de indivisión: cada uno es deudor *in totum*, pero no *totaliter*. A pesar de ello, y como hemos puesto de manifiesto, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia consideran que la responsabilidad es solidaria, tanto antes como después de la partición.

En otro orden de cosas, el segundo párrafo del art. 1084 CC hace mención a la posibilidad de que uno sólo de los coherederos resulte responsable del pago por disposición del testador o en virtud de la partición<sup>129</sup>. En este sentido, es importante señalar que el testador no puede disponer de sus deudas ordenando su transmisión a uno o varios coherederos con exclusión de los demás, aunque sí puede distribuir el pago de las deudas en la relación interna entre coherederos. Dicha disposición no podrá afectar a los acreedores ya que el testador no puede impedir que aquéllos reclamen el pago de la deuda de cualquier coheredero que deseen<sup>130</sup>; en otras palabras, la distribución de las deudas por el testador no es oponible a los acreedores de la herencia<sup>131</sup>.

Tampoco serán vinculantes para los acreedores los acuerdos adoptados entre los coherederos; si bien, sí lo serán en la relación interna de estos<sup>132</sup>. Si se acuerda la adjudicación de un bien hereditario a uno de los coherederos para que lo venda y pague las deudas hereditarias con el precio obtenido, el adjudicatario será el responsable del pago, que podrá realizar mediante la entrega del bien, o con el saldo de su enajenación<sup>133</sup>; en ese caso, podrá reclamar a los coherederos, si hubiera pagado más de lo obtenido con la venta o, en el supuesto de que hubiera quedado algún remanente tras la satisfacción de las deudas, deberá restituirlo a la

129 El artículo establece que “en uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda”. TOMÁS MARTÍNEZ, G.: *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 135, afirma que el momento propicio para la adjudicación será, en principio, el de la partición, aunque nada impide que se realice en un tiempo anterior.

130 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La responsabilidad”, cit., p. 513.

131 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., pp. 191 y ss., considera que los acreedores hereditarios no resultarán afectados por los pactos entre coherederos o por las disposiciones del testador donde, eventualmente, se establezca una distribución de responsabilidad distinta a la reglada por el CC, salvo que los acreedores hayan dado su conformidad a tales modificaciones; en cualquier caso, estarán legitimados para ejercitar la “llamada en garantía”, actualmente regulada en el art. 14 LEC.

132 PITA BRONCANO, C.: *Ejecución*, cit., pp. 210-211.

133 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 147.

masa hereditaria<sup>134</sup>, pero tal práctica no podrá afectar a los acreedores, salvo que ellos mismos hubieran consentido la adjudicación. En definitiva, la adjudicación es un negocio interno de asunción de deudas, cuya finalidad no consiste en otorgar garantías a los acreedores del causante, sino distribuir las deudas hereditarias entre los adjudicatarios. Por lo tanto, las adjudicaciones de bienes sin la aceptación de los acreedores son sólo *res inter alios acta*, como lo son las particiones y no evitará que el acreedor pueda dirigirse a cualquiera de los herederos. Si el acreedor reclama al adjudicatario, este no podrá citar ni emplazar al resto de los coherederos; si el acreedor reclama a otro, este podrá repetir en vía de regreso contra el adjudicatario. No obstante, si los acuerdos de adjudicación fuesen consentidos por los acreedores, quedan vinculados por ellos ex arts. 1257 y 1205 CC; de ahí que se haya defendido que la anotación preventiva del art. 45 LH supone la ratificación del acreedor a la adjudicación y la liberación de responsabilidad de los no adjudicatarios<sup>135</sup>. No obstante, esta tesis no ha sido aceptada por cierto sector doctrinal que entiende que admitirla convierte a la anotación preventiva “en una especie de trampa para el acreedor; que, creyendo hacer valer un privilegio que ha de beneficiarle, termina por limitar la responsabilidad de los herederos o como mínimo sus posibilidades para reclamarles indistintamente al margen de las eventuales adjudicaciones”<sup>136</sup>.

## B) Derechos civiles autonómicos.

La normativa catalana sigue, por el contrario, el criterio romano de división automática de las deudas. Este principio se consagra en el art. 463-1 CCCat, que establece que “las obligaciones y las cargas hereditarias se dividen entre los coherederos en proporción a las cuotas respectivas, sin solidaridad entre ellos”<sup>137</sup>. Esta norma no varía ni antes ni después de la partición, tal y como determina el art. 464-16.1º CCCat: “la partición de la herencia no modifica el régimen de responsabilidad de los coherederos establecido por el artículo 463-1”.

En cuanto a la posible adjudicación, el art. 464-12 CCCat determina que “1. Si se adjudica a un coheredero un crédito contra un tercero, los demás solo responden de la insolvencia de este en el momento de hacerse la partición, salvo pacto en

134 SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. y GARCÍA GARCÍA, J.A.: “La responsabilidad”, cit., p. 1418.

135 GONZÁLEZ PALOMINO, J.: “La adjudicación”, cit., p. 238, afirma que “la solicitud del acreedor de anotación preventiva de su derecho sobre las fincas adjudicadas para pago de su crédito, es, a mi entender, una adhesión o ratificación explícita e inequívoca del contrato de toma interna de deuda con efectos de liberación de los demás coherederos”.

136 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., pp. 237-238.

137 FARRERO RÚA, A.B.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (coord. por F. DE PAULA PUIG BLANES y F.J. SOSPEDRA NAVAS), tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, p. 492, indica que fue con la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, donde se estableció que si concurren a la sucesión, simultáneamente, una pluralidad de herederos, adquieren el patrimonio hereditario en proporción a las respectivas cuotas, y las obligaciones y las cargas de la herencia se dividen en proporción a las respectivas cuotas sin solidaridad entre los herederos; así fue cómo la doctrina se inclinó por considerar que las normas sobre comunidad hereditaria eran las de la comunidad germánica.



contrario. 2. Si se adjudica una renta periódica, la garantía de la solvencia del deudor dura tres años desde la partición, salvo pacto en contrario”.

Respecto de los ordenamientos que limitan *ex lege* la responsabilidad del heredero por deudas, cabe señalar que ni la regulación navarra ni la vasca establecen normas *ad hoc* acerca de la responsabilidad cuando existe más de un coheredero. La normativa aragonesa, por el contrario, sí cuenta con una normativa detallada que, entre otras cosas, distingue según se haya hecho partición o no. Así, el art. 369 CDFA establece que “los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición, habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia”. Como ha señalado la doctrina, esta norma tiene una evidente trascendencia procesal al diseñar un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario<sup>138</sup>.

Una vez hecha la partición, y según establece el art. 371.1º CDFA, los acreedores hereditarios ya sólo podrán exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad. Del tenor de este precepto se desprende que la responsabilidad será solidaria, en beneficio de los acreedores, pero no será absoluta sino matizada por la limitación *cum viribus* o *pro viribus*, en los casos del art. 355.2 CDFA<sup>139</sup>.

## 2. Relación interna entre coherederos.

### A) Código Civil.

En cuanto a la relación interna, el art. 1084.2 del CC español establece que el heredero que haya sido “demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda”; además, el art. 1085.1 CC señala que “el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia podrá reclamar de los demás su parte proporcional”<sup>140</sup>.

138 SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios*, cit., p. 539.

139 SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios*, cit., p. 541.

140 El segundo apartado del art. 1085 CC establece que “esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar”. Sobre este precepto, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., p. 683, afirma que, así como el art. 1084 se ocupa de las *relaciones externas* de los herederos con los acreedores hereditarios, este art. 1085 trata de las *relaciones internas* de los coherederos, entre sí, consecuentes al pago efectuado a cualquiera de esos acreedores por un coheredero de más de lo que, en sus relaciones con los demás, le correspondía satisfacer.

En virtud de estos dos artículos se deduce que el coheredero que ha pagado la deuda puede reclamar a los demás en proporción a sus cuotas<sup>141</sup>, salvo que le corresponda el pago a él sólo por disposición del testador (a menos que con ello resulte dañada su legítima), o salvo que corresponda por tal disposición el pago a uno (o varios) sólo, en cuyo caso únicamente podrá reclamar a este (con igual límite de daño de legítima); y si uno de los coherederos frente al que se repite es insolvente, suplen su parte todos los demás en proporción a sus cuotas<sup>142</sup>.

La posibilidad que concede el art. 1084.2 CC al heredero reclamado para citar a los demás coherederos cuando él solo sea demandado por el acreedor para el pago<sup>143</sup> evita que estos le opongan medios de defensa que él no alegó frente a la reclamación del acreedor<sup>144</sup>. Una vez efectuado el pago por uno de los codeudores, desaparece la solidaridad y, por lo tanto, el coheredero que hizo frente al pago sólo podrá reclamar de los otros la parte correspondiente a cada uno. No obstante, la relación interna –se ha dicho– no queda sometida exactamente al régimen de las obligaciones parciarias ya que, por aplicación de los principios generales que regulan la relación interna de la solidaridad pasiva, el codeudor que pagó más de lo que le correspondía tiene derecho a percibir los intereses del anticipo, mientras que la hipotética insolvencia de alguno de los obligados ha de ser soportada por todos, incluyendo al que realizó el pago<sup>145</sup>.

Dentro de esta relación interna cabe también plantearse dos situaciones posibles: la del coheredero deudor y la del coheredero acreedor de la herencia. Sobre este último, el art. 1087 CC ordena que “el coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y sin perjuicio de lo establecido en la sección 5.ª, capítulo VI, de este título”. Según este precepto, el acreedor heredero tiene que deducir su parte, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que en este caso la responsabilidad deviene parciaria<sup>146</sup>; si bien, se podría considerar que este precepto no es sino una extensión del art. 1145 CC cuando regula la relación interna entre los codeudores solidarios una vez realizado el pago por uno de ellos. Además, como bien señala GARCÍA RUBIO<sup>147</sup>, este artículo se aplica “tanto si el coheredero-acreedor es aceptante puro y simple,

141 Además, y como ha dicho VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., p. 690, también podrá el deudor solidario que pagó reclamar a sus codeudores los intereses del anticipo de su respectiva parte correspondiente ex art. 1144.2 CC.

142 ALBALADEJO GARCÍA, M.: “La responsabilidad”, cit., p. 513.

143 Para GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 213, este precepto confiere al demandado la posibilidad de actuar una “llamada en garantía”, actualmente regulada en el art. 14 LEC.

144 SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. y GARCÍA GARCÍA, J.A.: “La responsabilidad”, cit., p. 1413-1416; en igual sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión*, cit., p. 146, “para poder ejercer el derecho de regreso, al heredero le basta con haber pagado –siempre que ese pago fuera objetivamente válido– de más, sin necesidad de que previamente se le hubiera reclamado en vía judicial o extrajudicial”.

145 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 216.

146 Por todos, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios*, cit., p. 703-704.

147 GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., pp. 211-212.

como si es un heredero beneficiario y no ha operado la confusión, sino el autopago". No obstante, las conclusiones son, como bien reconoce la autora, diferentes, pues si el coheredero acreedor fuese heredero beneficiario, este conservaría de manera íntegra su crédito contra el caudal hereditario ex art. 1023 CC, por lo que podría autopagarse a sí mismo antes que a otro acreedor en el caso de que no hubiese juicio pendiente entre los acreedores; por el contrario, si fuese heredero puro y simple, la afección del caudal hereditario al pago de las deudas no evitaría que la confusión se produjese "en daño del heredero".

En relación con el coheredero deudor de la herencia, el Código Civil guarda silencio; únicamente el art. 1192 establece que la obligación se extinguirá cuando concurran en la misma persona *los conceptos de acreedor y de deudor*. Se exceptúa, dice el precepto, el caso en que la confusión tenga lugar por título de herencia cuando esta se aceptase a beneficio de inventario; es decir, que en un caso ordinario de aceptación pura y simple en el que concurre en la misma persona, tras la transmisión *mortis causa*, la condición de acreedor y deudor quedará extinguida. En caso de que concurran varios coherederos, parece que sólo se extinguirá su parte proporcional pero no así la parte proporcional del crédito en favor de los otros coherederos. Es por ello que creemos que en caso de que alguno de los coherederos sea deudor de la comunidad hereditaria, los otros coherederos dispondrán de una acción de reclamación por lo que corresponda a su cuota hereditaria, y no por el total, en aplicación analógica del art. 1087 CC.

## **B) Derechos civiles autonómicos.**

En la normativa catalana parece que la cuestión se simplifica bastante, habida cuenta de la división automática que se produce en la relación externa frente a los acreedores hereditarios, como hemos visto. Así, el art. 464-16.2º CCCat únicamente establece que "el coheredero que antes de la partición ha pagado más de lo que le correspondía, según su cuota, puede reclamar a los demás el importe que les corresponda. La acción de repetición prescribe a los tres años de la partición".

En cuanto a la situación del coheredero acreedor, el art. 464-16.3º CCCat establece que este "puede reclamar a los demás el pago de su crédito, en la parte que corresponda a cada uno de ellos, una vez deducida la parte que le corresponde como coheredero"; parece olvidarse también este cuerpo normativo de la situación del coheredero deudor.

Por último, en relación con los derechos autonómicos que limitan la responsabilidad *ex lege* del heredero, la situación se vuelve a repetir: la normativa navarra y vasca no prevén norma alguna específica, al contrario que la aragonesa. En este sentido, el art. 371 CDFV, párrafo segundo, establece que el coheredero acreedor puede igualmente "reclamar de cualquiera de los otros el pago de su

crédito, pero deducida su parte proporcional como tal heredero"; se conservaría así, según afirma la doctrina, la responsabilidad solidaria, pues el coheredero es acreedor en virtud de la separación de patrimonios; la diferencia radicaría en que hecha la partición también será en parte deudor de sí mismo y por ello el crédito se extingue parcialmente por confusión<sup>148</sup>.

Además, el párrafo tercero determina que "el demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda". En este caso parece que la solidaridad está también atenuada por el derecho de hacer llamar y emplazar a sus coherederos; se trata así, se ha dicho, de cohonestar los efectos propios de la solidaridad con la promoción del ejercicio del derecho de defensa<sup>149</sup>. Finalmente, el art. 372 CDFR estipula que "el coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponda por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia procediendo contra los demás coherederos y, si se ha practicado ya la partición, puede reclamar a cada uno su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad".

#### IV. CONCLUSIONES.

El puzle normativo que existe dentro de España en relación a la responsabilidad del heredero por deudas sucesorias es ciertamente variopinto; de hecho, únicamente existe un denominador común en todos los regímenes que aquí comparamos: Que la responsabilidad del sucesor es personal.

Así, la responsabilidad no es igual de limitada ni limitable en ninguno de los ordenamientos contemplados. En el Código Civil español, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia siguen defendiendo que el heredero es responsable *ultra vires hereditatis*, salvo cuando se someta a los dificultosos plazos y requisitos del beneficio de inventario. En el Código Civil catalán también se conserva ese principio de tradición romana; sin embargo, el beneficio de inventario se ha flexibilizado y facilitado tanto que se ha invertido la situación, pasando a ser la adquisición beneficiaria la regla general.

De otra parte, en Navarra, Aragón y País Vasco se ha limitado la responsabilidad del heredero por deudas sucesorias; sin embargo, las limitaciones que operan en los tres territorios mencionados no son iguales. En Navarra y en el País Vasco, la limitación *intra vires* es además *pro viribus*, es decir, por el valor de los bienes hereditarios; por el contrario, en Aragón, la limitación es *cum viribus*, aunque puede pasar a ser *pro viribus* en dos casos: cuando el propio heredero desea pagar las

148 SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios*, cit., p. 541.

149 Como la referida "llamada en garantía", actualmente regulada en el art. 14 LEC; véase Para GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución*, cit., p. 213, y SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios*, cit., p. 541.

deudas y cargas de la herencia con su propio patrimonio, y cuando deba responder por el valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos, así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados. El Código Foral de Aragón se convierte así en el único cuerpo normativo autonómico en el que se sanciona al heredero por una mala gestión o liquidación de la herencia.

En cuanto a la confusión o a la separación de patrimonios, hemos visto que ciertos autores defienden su reconocimiento a través de disposiciones fragmentarias en el Código Civil español; sin embargo, no existe, a pesar de su conveniencia, una regulación específica sobre la materia, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil catalán. En este cuerpo normativo no sólo se regula un recurso independiente del beneficio de inventario, y en clara defensa de los intereses de las personas con derechos sobre el caudal relicto (acreedores hereditarios y legatarios), sino que además se ha ampliado la legitimación para pedirlo a los acreedores del heredero, que lógicamente también podrían tener interés en que el patrimonio de su deudor se mantenga separado de la herencia.

La necesidad de la regulación de un recurso como el beneficio de separación de patrimonios se hace todavía más evidente al comprobar que el mismo se regula en los tres territorios autonómicos que ya limitan la responsabilidad del heredero. Cabe resaltar, de nuevo, la similitud de los presupuestos establecidos en la normativa navarra y vasca: el plazo para solicitarlo es de seis meses y únicamente beneficiará a los acreedores hereditarios y legatarios que así lo soliciten. Una vez transcurrido el plazo sin que se hubiese solicitado, procederá la confusión entre el patrimonio personal del heredero y la herencia. En el caso de Aragón, por el contrario, la separación de patrimonios se produce de forma automática y siempre y en todo caso; criterio que guarda consonancia con el hecho de que la limitación de la responsabilidad sea, en principio, *cum viribus*.

En cuanto al procedimiento de liquidación de la herencia, es fácil observar que, en ninguna normativa, ni común ni autonómica, se establece la obligatoriedad de un proceso de liquidación oficial y público, tal y como ocurre en el derecho anglosajón. En el caso del Código Civil español, sí existe, al menos, un orden de prioridades no únicamente aplicable a la liquidación beneficiaria; modelo que se reproduce también en el caso catalán. En cuanto al resto de ordenamientos autonómicos, cabe destacar la normativa aragonesa, que también regula, de manera expresa, un determinado orden de prioridades, a diferencia de Navarra y País Vasco.

Por último, y en relación con la responsabilidad de los coherederos, las divergencias no cesan. En el Código Civil español, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que la responsabilidad de los coherederos es solidaria, tanto antes como después de la partición; sin embargo, en la relación interna, cada

coheredero no deberá más de lo que corresponda a su participación. En el Código Civil catalán, por el contrario, se ha establecido el principio de división automático de deudas, tanto antes, como después de la partición. De nuevo, las normativas navarra y vasca no establecen normas específicas sobre esta cuestión; sin embargo, sí lo hace la normativa aragonesa, que prevé un régimen diferente previo y posterior a la partición: antes de la división, el acreedor deberá reclamar el pago de la deuda a todos los coherederos; después de la partición, la responsabilidad será solidaria, pero limitada a los bienes hereditarios —o el valor de los mismos—. Solidaridad que no desaparece ni siquiera en la relación interna entre coherederos; si bien, el coheredero acreedor deberá deducirse su propia cuota.

Como anticipamos en la introducción, la simple reducción a un sistema binario “sucesión en los bienes-sucesión en la persona” es claramente insuficiente, pues las normativas autonómicas aquí analizadas no encajan adecuadamente en ninguna de las categorías expuestas. Sin embargo, probablemente no sea esto lo que debemos resaltar en este trabajo, sino la utilidad de esta comparativa de cara a una hipotética futura reforma del Código Civil español, en aras de armonizar sus normas, un tanto vetustas, con los principios de las normativas autonómicas, en muchos puntos más adaptadas a los tiempos actuales. En este sentido, creemos que el legislador español tiene dos opciones: una, la de permanecer fiel a los principios más básicos de la tradición romana; otra, la de romper con costumbres que difícilmente encuentran explicación en la época actual, como la responsabilidad *ultra vires*. Si se decanta por la primera tal vez convendría que se fijase en la norma catalana, en la que no sólo se han flexibilizado los requisitos de la aceptación beneficiaria, configurándola además como regla general, sino que también se ha limitado *tout court* la responsabilidad del heredero por legados. Si, por el contrario, el legislador español apostase por una reforma más transgresora, que limite la responsabilidad del heredero siempre y en todo caso, no deberá buscar muy lejos para encontrar un buen referente legislativo, pues lo tiene aquí, entre sus fronteras. En nuestra opinión, la normativa aragonesa es la que más eficaz y eficientemente regula la materia de la responsabilidad del heredero por deudas; no sólo porque su normativa es más prolija en detalles, sino porque guarda mayor consonancia entre sus normas y principios.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "La responsabilidad de los herederos por deudas del causante antes de la partición", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 20, núm. 3, 1967.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, 7ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

ALBANESE, A.: *Della collazione. Del pagamento dei debiti (art. 737-756)*, Giuffrè, Milano, 2009.

ARROYO AMAYUELAS, E.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dir. por J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA; coord. por L. ALASCIO I CARRASCO), vol. II, Atelier, Barcelona, 2009.

ARROYO AMAYUELAS, E.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), vol. II, 2ª ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2016.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. y BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, R.M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo 33, volumen 1, EDESA, Madrid, 1988.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: "El concurso de la herencia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 53, 2010.

BINDER, J.: *Derecho de sucesiones* (trad. J.L. LACRUZ BERDEJO), Labor, Barcelona, 1953.

BIONDI, B.: *Diritto ereditario romano: parte generale*, Giuffrè, Milano, 1954.

CÁRDENAS, L.: "Responsabilidad *ultra vires* por los legados", *Revista de derecho privado*, tomo 34, 1950.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Reus, Madrid, 1960.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral, t. VI, Derecho de sucesiones, v. I, La sucesión en general*, Reus, Madrid, 1978.

CRISCUOLI, G.: *Le obbligazioni testamentarie*, Giuffrè, Milano, 1980.

CUADRADO IGLESIAS, M.: "Responsabilidad por razón de legados" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), vol. 4, Thomson Civitas, Madrid, 2002.

DAVIES, D.T. et al: *Wills, probate and administration service*, Butterworths, Londres, 2017.

DE BROCA, G.M.: *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1990), *Compendio de Derecho sucesorio*, La Ley, Madrid.

DE PAULA PUIG BLANES, F.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, tomo II (coord. por F. DE PAULA PUIG BLANES y F.J. SOSPEDRA NAVAS), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

DEL MORAL DE LUNA, A.: "Hacia el heredero limitadamente responsable", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 7, 1953.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Lecciones de Derecho Civil*, Universidad de Valencia, 1967.

DURÁN BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho Civil de Cataluña escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Analecta, Pamplona, 1883.

EGEA FERNÁNDEZ, J.: "La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña", *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 54, 2, 2010.

EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A.: *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. TUBIO TORRANO, coord. por M.L. ARCOS VIEIRA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002.

FARRERO RÚA, A.B.: *Comentarios al Código Civil de Cataluña* (coord. por F. DE PAULA PUIG BLANES y F.J. SOSPEDRA NAVAS), tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

FERRANDIS VILELLA, J.: *La comunidad hereditaria*, Bosch, Barcelona, 1954.

FRANCINO BATLLE, F.X.: "L'adquisició de l'herència" en AA.VV.: *Dret Civil Català, vol. III. Dret de Successions* (dir. por A. LUCAS ESTEVE), Bosch, Barcelona, 2010.

GALICIA AIZPURÚA, G.: "El sistema de responsabilidad hereditaria en el Código Civil y en los derechos civiles autonómicos", *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, 2018.



GAMBOA URIBARREN, B.: "La responsabilidad del heredero frente a los acreedores de la herencia en el derecho civil foral de Navarra", *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

GARCÍA BAÑÓN, A.: *El beneficio de separación*, Rialp, Madrid, 1962.

GARCÍA GOLDAR, M.: "Vicios e virtudes da regulación galega en materia de liquidación sucesoria e algunha proposta de lege ferenda" en AA.VV.: *Propostas de modernización do Dereito* (dir. por M. GARCÍA GOLDAR y J. AMMERMAN YEBRA), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2017.

GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, 1852.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Civitas, Madrid, 1989.

GARCÍA RUBIO, M.P.: *Introducción al Derecho Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.

GARCÍA VALDECASAS, J.G.: "La comunidad hereditaria en el derecho español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 7, 1953.

GASNIER, F.: *L'organisation de la liquidation du passif successoral*, Defrénois, Paris, 2013.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán (Análisis del Art. 264 de la Compilación de Cataluña)", *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, núm. 4, 1983.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: "Responsabilidad hereditaria", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones*, 2ª ed. (dir. por M. CARMEN GETE-ALONSO CALERA; coord. por J. SOLÉ RESINA), tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

GINESTÀ GARGALLO, M.: "La fidelitat de l'inventari en l'acceptació beneficiària de l'herència", *La notaria*, 2014.

GINOT LLOBATERAS, F.: "La responsabilidad del heredero por deudas y legados en Derecho común y foral", *Anuario de derecho civil*, volumen 3, núm. 4, 1950.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol I, EDESA, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.: *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Montecorvo, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ PALOMINO, J.: "La adjudicación para pago de deudas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. I, 1945.

GRAMUNT FOMBUENA, M.D. y RUBIO GIMENO, G.: "Protección de los acreedores" en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Sucesiones* (dir. por M.C. GETE-ALONSO CALERA; coord. por J. SOLÉ RESINA), tomo II, Cizur Menor, Navarra, 2016.

GRIMALDI, M.: *Droit civil. Successions*, 6ª ed., Litec, Paris, 2001.

IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: "Comentario del Capítulo I del Título II" en AA.VV.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA), Dykinson, Madrid, 2016.

IRIARTE ÁNGEL, F. de B.: "La actualización del Derecho civil vasco en el año 2015: una visión desde la práctica", *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 13, 2016.

JORDANO FRAGA, F.: *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa, ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

KARRERA EGIALDE, M.M.: "El modo de solicitar el beneficio de inventario en el Código Civil tras la Ley de jurisdicción voluntaria", *Deudas y herencia*, Thomson Reuters Cizur Menor, Navarra, 2018.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "La responsabilidad del heredero en el Código Civil", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1961.

LARRONDO LIZARRAGA, J.: *El nuevo derecho sucesorio catalán*, Bosch, Barcelona, 2008.

LLÁCER MATAÇAS, M.R.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (dir. por J. EGEA FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA; coord. por L. ALASCIO I CARRASCO), vol. II, Atelier, Barcelona, 2009.

LLEDÓ YAGÜE, F.: "Epílogo. Algunas referencias notables en el nuevo Derecho civil vasco" en AA.VV.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial* (dir. por A.M. URRUTIA BADIOLA), Dykinson, Madrid, 2016.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: "El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio", *Revista de legislación y jurisprudencia*, 1958.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), tomo XXXVII, vol. 2, Editorial Revista Derecho Privado, 2001.

MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, Ed. Reus, Madrid, 1943.

MARGRAVE-JONES, C.: *Mellows: the law of succession*, Butterworths, Londres, 1993.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Civitas, Madrid, 1991.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo 34, volumen 2, EDESA, Madrid, 1988.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

MONREAL ZIA, G.: "La codificación contemporánea del Derecho vizcaíno hasta la compilación de 1959", *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Victoria-Gasteiz, 2016.

MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, E.: "El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 51, 1998.

MUSTOE, N.E.: *Executors and Administrators*, 5<sup>o</sup> ed., Butterworth & Co, Londres, 1952.

NAVARRO CASTRO, M.: *La responsabilidad por las deudas hereditarias*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.

NÚÑEZ LAGOS, R.: "El derecho sucesorio ante la tradición española y el Código Civil", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, tomo 189, 1951.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: "Derecho sucesorio y derecho de crédito. Una difícil confluencia" en AA.VV.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (dir. por M.D. ÁLVAREZ GARCÍA y F. ZUBIRI DE SALINAS), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 2009.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *El beneficio de inventario*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

PHILLIPS, W.B.: *The accounts of Executors Administrators and Trustees*, 11<sup>a</sup> ed., Sir Isaac Pitman and Sons, Londres, 1965.

PITA BRONCANO, C.: *Ejecución por deudas hereditarias antes y después de la aceptación de la herencia y de la partición* (tesis doctoral), Extremadura, 2004.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil T.V., vol. I, Herencia, heredero y legatario, aceptación y repudiación, responsabilidad del heredero, otras consecuencias de la aceptación, herencia en administración, el albaceazgo*, Bosch, Barcelona, 1961.

RAMS ALBESA, J.: "El concurso de la persona física y el Derecho aragonés de sucesiones", *Anuario de derecho concursal*, núm. 17, 2009.

RENDELL, C.: *Wills, probate and administration*, Guildhall University, Londres, 1994.

ROCA SASTRE, R.M.: *Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, Barcelona, 1948.

ROCA SASTRE, R.M.: "El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria", *Anuario de Derecho civil*, vol. 13, núm. 4, 1960.

ROCA SASTRE, R.M.: *Derecho de Sucesiones* de Theodor Kipp, Traducción de la decimoprimer revisión de H. COING, Vol. II, 2<sup>a</sup> ed. (al cuidado de L. PUIG FERRIOL y F. BADOSA COLL), Bosch, Barcelona, 1976.

ROCA TRÍAS, E.: "L'acceptació i la repudiació", *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. III. Dret de successions, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

RODRÍGUEZ ROSADO, B.: *Heredero y legitimario*, Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2017.

ROMÁN GARCÍA, A. (1999), *Derecho de sucesiones: Instituciones de Derecho Civil Español VII*, McGraw-Hill, Madrid.

ROVIRA JAÉN, F.J.: "En torno a las deudas de la herencia", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1969.

ROVIRA JAÉN, F.J.: "Una propuesta de regulación del beneficio de separación de patrimonios en el Código Civil español a la luz de la experiencia del Derecho civil

de Cataluña", *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2016.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., y MARTOS CALABRÚS, M.A.: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria*, Comares, Granada, 2017.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B.: "El legado de cosa hipotecada como relación obligatoria ex testamento. Las posiciones jurídicas del acreedor hipotecario, el legatario tercer poseedor de finca hipotecada y el heredero gravado con el legado" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), vol. 4 (Derecho Civil. Derecho Sucesiones), Thomson Civitas, Madrid, 2003.

SALEILLES, R.: "Lettre adressée au Secrétaire général", *Bull. Soc. Ét. Lég.*, 1911.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E. y GARCÍA GARCÍA, J.A.: "La responsabilidad de los herederos antes y después de la partición" en AA.VV.: *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* (dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, M.P. FERRER VANRELL, J.A. TORRES LANA; coord. por O. MONJE BALSAMEDA), vol. 2, Dykinson, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, 2ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910.

SERRANO GARCÍA, J.A.: *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón: Doctrina y jurisprudencia (artículos 316-372)*, (dir. por J. DELGADO ECHEVERRÍA; coord. por M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA), Dykinson, Madrid, 2015.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: *La adjudicación para pago de deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2000.

URRUTIA BADIOLA, A.M.: "La sucesión *mortis causa* en general en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco y los testamentos en particular", *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Victoria-Gasteiz, 2016.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo XIV, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1989.

VALVERDE VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t.V, Parte especial: Derecho de sucesión *mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.

VILLÓ TRAVÉ, C.: "La responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias en el derecho civil de Cataluña" (tesis doctoral), Universitat Rovira i Virgili, 2014.

VOCI, P.: *Diritto ereditario romano, v. I: Introduzione, parte generale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1967.

WILLIAMS, MORTIMER y SUNNUCKS: *Executors, administrators and probate*, Sweet & Maxwell, Londres, 2013.



## LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LA TUTELA EJECUTIVA EN EL CPC DE 2013\*

### THE NEW CONFIGURATION OF EXECUTIVE PROCESSES IN THE BOLIVIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2013

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 296-317*

\* El presente trabajo se realiza en el marco del proyecto "La cooperación judicial en la Unión Europea como instrumento de protección de los derechos de los ciudadanos". Ref: DER2015-64716-P-IP: Pardo Iranzo, V.Y de la Red Temática de Excelencia "Justicia civil: análisis y prospectiva". Ref: DER2016-81752-REDT. IP: Senés Motilla, C.





Virginia  
PARDO IRANZO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 6 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** El nuevo Código de Procedimiento Civil Boliviano diseña los procesos de ejecución de una manera diferente a como lo hacía su predecesor y aprovecha la ocasión para mejorar en algunos aspectos la regulación anterior. Este artículo analiza, de una manera crítica, cual es la naturaleza que tiene cada uno de los diversos procesos de ejecución y si su ubicación en la ley es o no la correcta.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso de ejecución civil; naturaleza; configuración

**ABSTRACT:** *The new Bolivian Civil Procedure Code designs the execution processes in a different way than its predecessor did and takes the opportunity to improve the previous regulation in some aspects. This article analyzes, in a critical way, what is the nature of each one of the different execution processes and if its location in the law is correct or not.*

**KEY WORDS:** *Procedural civil enforcement; nature; configuration.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. SOBRE EL ORIGEN DE LA DUALIDAD DE EJECUCIONES.- III. LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1975.- 1. El proceso ejecutivo. 2. La ejecución de sentencia. 3. La ejecución coactiva civil de garantía reales.- IV. LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.- 1. Procesos de ejecución.- A) Sobre el Capítulo Primero: Ejecución de sentencias.- B) El Capítulo segundo: Ejecución coactiva de sumas de dinero.- C) Capítulo Tercero: Ejecución de otras obligaciones.- 2. El Proceso ejecutivo.- V. LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS.- VI. CONCLUSIÓN**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

A pesar de que la Disposición Transitoria Primera marcaba el 6 de agosto de 2014 como el día de comienzo en la aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Civil (promulgado por Ley N° 439, de 19 de noviembre de 2013), no fue hasta el 6 de febrero de 2016, y tras la promulgación de diversas leyes adicionales, cuando finalmente el Nuevo Código procesal civil entró realmente en vigor. Su disposición derogatoria segunda abroga el anterior Código de Procedimiento Civil –el de 1975<sup>1</sup>– y todas aquellas disposiciones contrarias al actual Código.

Muchos son los cambios introducidos en el proceso civil; por lo que se refiere a la ejecución, más allá de meras modificaciones de poco calado, puede afirmarse que se produce una reestructuración de la tutela ejecutiva.

Por un lado, y a nivel general, se sigue, al menos aparentemente, con la dualidad de ejecuciones (es decir, el Código sigue distinguiendo entre proceso ejecutivo y ejecución de sentencias), pero se cambia la ubicación del proceso ejecutivo, que deja de estar incardinado dentro de los procesos de ejecución para pasar a estarlo dentro de los procesos con estructura monitoria (que, como es bien sabido, son procesos de conocimiento). Por su parte, la ejecución de sentencia sí se incardina

---

<sup>1</sup> Decreto ley n° 12760 de 6 de agosto de 1975, elevado a rango de ley por Ley n°. 1760, de 28 de febrero de 1997.

### • Virginia Pardo Irazo

Catedrática de Derecho Procesal en la Universitat de València donde es docente de grado y de postgrado. Autora de casi un centenar de publicaciones, ha realizado estancias (becadas) de investigación en Friburgo (Alemania), Florencia y Génova (Italia), Nueva York (EEUU), Londres (Reino Unido) y Dublín (Irlanda), y estancias docentes en Varsovia (Polonia), Toulouse (Francia) y Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). En esta ciudad, desde enero de 2004, imparte clase en la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, explicando la asignatura "El procedimiento de ejecución en el Código de Procedimiento Civil". Hay que destacar también el más de medio centenar de ponencias y conferencias impartidas en Congresos tanto en universidades españolas como extranjeras (en EEUU, México, Panamá, Cuba, Colombia, Perú, Paraguay, Bolivia, Brasil, etc.).

en los procesos de ejecución junto con la ejecución coactiva de sumas de dinero y la de otras obligaciones, aunque, como se explica más adelante, la estructura de los capítulos que conforman el título correspondiente es algo confusa.

Por otro, y de manera más concreta, hay instituciones que son reubicadas como, por ejemplo, el embargo y las tercerías que dejan, de manera correcta puesto que son instituciones de carácter general, de estar enmarcadas dentro del proceso ejecutivo. A la vez, se aprovecha la ley para regular aspectos que antes carecían de sustento legal como, por ejemplo, la oposición a la ejecución de sentencias<sup>2</sup>, aunque hay otros que, de manera injustificada a mi parecer, no son regulados -v.gr; el acto de la subasta-.

El presente artículo pretende realizar un análisis crítico de cómo ha quedado configurada la tutela ejecutiva en el nuevo Código de Procedimiento Civil, cual es la naturaleza que tiene cada uno de los diversos procesos de ejecución y si su ubicación en la ley es o no la correcta.

## II. SOBRE EL ORIGEN DE LA DUALIDAD DE EJECUCIONES.

Si el proceso de declaración o de conocimiento tiene como finalidad que el juez diga el derecho en el caso concreto, el de ejecución, en cambio, es aquel en el que lo que se pretende es acomodar “forzosamente”, por parte del órgano jurisdiccional, la realidad a lo establecido en el título. El primero finaliza –o, mejor; puede finalizar<sup>3</sup>- con una sentencia firme de condena, que es precisamente el título que da derecho a solicitar el inicio del segundo. Dicho de otro modo, *conditio sine qua non* para solicitar y obtener el despacho de la ejecución es la existencia de un título ejecutivo; éste constituye la *causa petendi* del proceso de ejecución a la vez que establece los límites en los que el mismo se va a desarrollar.

El primer título ejecutivo que existió fue la sentencia firme de condena: originariamente se entendió que lo normal era que el juez dijera el derecho y, en caso de no cumplirse voluntariamente lo mandado por él, se acudiera a la ejecución. Por tanto, primero se declaraba el derecho y, en su caso, luego se ejecutaba. El único y originario título ejecutivo fue la sentencia.

2 Los arts. 507 y ss. del anterior CPC permitían al ejecutado oponerse a la ejecución, pero únicamente cuando se trataba de un proceso ejecutivo. A pesar de ello, parte de la doctrina había defendido que en la práctica también debía permitirse la oposición en ejecución de sentencia: “no tendría ningún sentido que se impidiera al ejecutado toda posibilidad de resistencia. Aun así, el único precepto que se refería a la oposición en ejecución de sentencia era el 344 CPC: en ejecución de sentencia solo podrán oponerse las excepciones perentorias sobrevinientes y fundadas en documentos preconstituidos” (PARDO IRANZO, V.: *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil. El proceso ejecutivo y la ejecución de sentencias*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2011, p. 125).

3 También podría, por ejemplo, finalizar con sentencia absolutoria o mero-declarativa o constitutiva. Ninguna de ellas, sin embargo, da lugar a la posterior ejecución.

Posteriormente se crearon otros títulos ejecutivos –los conocidos como títulos extrajurisdiccionales- dando lugar a que se pudiera acudir al proceso de ejecución sin previo proceso de conocimiento. Cuando una persona posee, por ejemplo, un documento público se le permite solicitar la ejecución forzosa de lo en él contenido (siempre que reúna determinados requisitos) sin necesidad de acudir previamente a un proceso de declaración.

Ahora bien, la existencia de dos tipos de títulos ejecutivos no “obliga” a que necesariamente existan dos clases de procesos de ejecución (proceso ejecutivo y el proceso de ejecución de sentencia) sino que sería factible que existiera un único proceso de ejecución a través del cual se ejecutara cualquier título ejecutivo. De hecho, si nos remontamos a los orígenes vemos que así fue y, en algunos ordenamientos como el español, después de muchos años de dualidad de ejecuciones, desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, se ha vuelto a la unidad. Veamos, entonces, como se llegó a la dualidad.

Como acabo de indicar el primer título ejecutivo existente fue la sentencia de condena. Posteriormente, y para favorecer las relaciones entre comerciantes, en España Enrique III, a través de la Ley dada a Sevilla en 1396, convirtió en título ejecutivo los documentos notariales y los equiparó a la Sentencia (por lo que el sistema de ejecución era unitario)<sup>4</sup>. Tras los documentos notariales fueron paulatinamente apareciendo otros títulos ejecutivos como, por ejemplo, la confesión hecha ante juez competente (por Ley de 1534), pero no cambió el hecho de que existiera un solo proceso de ejecución a través del que se ejecutaban todos ellos. Una pragmática de 2 de junio de 1782 daba fuerza ejecutiva a la libranza o letra de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial<sup>5</sup>.

La Ley dada en Sevilla por Enrique III fue extendida en 1480 por los Reyes Católicos a todos sus Reinos, por medio de la *Lex Toletana*, pero añadiendo -y de ahí

---

4 Unos años antes, en 1360, en el Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado por Pedro I a la ciudad de Sevilla se concedió fuerza ejecutiva a los documentos notariales, aunque no se les equiparó a la Sentencia. De hecho, tratándose de la ejecución de documento notarial era necesario que de manera previa a la venta de los bienes se requiriera al deudor para que formulara causas de oposición.

Por otro lado, antes del siglo XIV era habitual que los contratos públicos contuvieran cláusulas ejecutivas en virtud de las cuales el deudor, si incumplía la obligación en el plazo fijado, se sometía a la ejecución con su persona y sus bienes como si se hubiera dictado sentencia contra él. Ahora bien, se trataba de una costumbre sin reflejo legal (vid. MONTERO AROCA, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, con FLORES MARTÍES, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 41 y ss).

5 “Declaro por vía de regla y punto general que toda letra aceptada, sea ejecutiva como instrumento público, y en defecto del aceptante la pague efectivamente el que la endosó a favor del tenedor de la letra, y en falta de este el que la hubiere endosado antes hasta el que la haya girado por su orden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer ejecución cuando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso o cesión de bienes o se hallare implicado o difícil la paga por concurrencia de acreedores u otro motivo, pues basta certificación de impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demás obligados al pago”. Esta disposición fue complementada por declaración de 6 de noviembre de 1802: “... que para repetir contra los endosantes y librador, bastará el protesto formalizado y presentado por falta de pago del aceptante, y que esta repetición podrá hacerla el portador o tenedor de la letra mercantil o judicialmente contra cualquiera de los anteriormente obligados, cual más la convenga, según lo previene la Ordenanza de Bilbao”.

vendría posteriormente el error- "I esto mismo mandamos que se guarde, pidiendo ejecución de Sentencia pasada en cosa juzgada". Es decir, que al convertir en título ejecutivo los documentos notariales por Ley de 1936 se aprovechó esta misma ley para regular una serie de instituciones aplicables al proceso de ejecución en general, con lo que se creó la base para la confusión futura.

En la Nueva Recopilación (1567) la ejecución –que era unitaria- se caracteriza principalmente por las siguientes notas:

1. El mandato ejecutivo, el embargo y los pregones no debían ser precedidos de la citación del deudor. A éste solo se le citaba de remate.

2. El mandato ejecutivo debía llevarse a efecto aunque se recurriera en apelación, pues esta era en un solo efecto (en el devolutivo).

3. La citación de remate tenía como efecto abrir el plazo de 3 días para que el ejecutado formulara oposición. Si no había oposición se dictaba sentencia de remate (fuera cual fuera el título). Si había oposición, tras resolverse ésta, también se dictaba sentencia de remate.

En la Novísima Recopilación (1805) no hubo cambios sustanciales. Seguía existiendo un único proceso de ejecución, aunque comienzan a haber autores que reclaman que la ejecución de la sentencia sea diferente de la ejecución de otros títulos. Por otro lado, y respecto de la oposición a la ejecución, empiezan a distinguirse excepciones que pueden oponerse cuando el título es la sentencia y excepciones que pueden oponerse contra otros títulos (si el título es la sentencia –se decía- podían oponerse únicamente aquellas excepciones que se dirigen contra la ejecución misma). En la Novísima Recopilación seguía debiendo dictarse sentencia de remate fuera cual fuera el título y hubiera existido o no oposición.

La terminación con la unidad de la ejecución y la creación de una dualidad de ejecuciones se produjo en España con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En ella se distingue entre "De la ejecución de las sentencias" (Título XVIII, arts. 891 a 921) y "De las ejecuciones" (Título XX, arts. 941 a 1009, en el que existían las Secciones: "Del título ejecutivo", "Del procedimiento de apremio", "De las tercerías" y "De la segunda instancia en el juicio ejecutivo". Es decir, se diferencia, por un lado, el juicio ejecutivo, a través del que se ejecutan los títulos ejecutivos no jurisdiccionales (los contenidos en el art. 941 LEC/1855), y por otro, la ejecución de sentencias (proceso a través del que se ejecutaban no solo las sentencias sino también otros títulos no enumerados taxativamente como, por ejemplo, el laudo arbitral).

Respecto de la ejecución de sentencias lo que se pretendía, según los autores de la época, era que la regulación fuera sencilla y breve, evitando largos procedimientos.

Para ello se suprimió la citación de remate al vencido, la oposición del mismo a la ejecución y la sentencia de remate. En consecuencia, el ejecutado no podía oponerse a la ejecución cuando el título ejecutivo era la sentencia. A pesar de lo dicho, para el principal autor de la época debían admitirse las excepciones de pago, falsedad y prescripción<sup>6</sup>.

Con relación a los títulos no judiciales, se decía que la ley les daba una fuerza similar, pero no igual, a la de la sentencia y precisamente por esa falta de identidad no debían ejecutarse de igual manera que ésta.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 siguió la misma línea, aunque ya no utiliza el título “De las ejecuciones”, sino que distingue entre “De la ejecución de las sentencias” (Libro II, Título VIII) y “Del juicio ejecutivo” (Título XV) en el que se incluyen Secciones relativas al procedimiento ejecutivo, al procedimiento de apremio y a las tercerías. Si nos fijamos, incluye instituciones que son generales –el apremio y las tercerías– dentro del juicio ejecutivo; en consecuencia, cuando se ejecuta una sentencia debemos remitirnos para lo relativo a esos aspectos a lo establecido en el juicio ejecutivo y no a la inversa como sería lo normal –puesto que la ejecución de sentencia, como hemos visto, es la ordinaria mientras que la ejecución de otros títulos es especial–.

Con la dualidad de ejecuciones termina la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 que regula un único proceso de ejecución por el que se ejecuta cualquier título ejecutivo. Ahora bien, como la diferente naturaleza del título hace que existan algunas diferencias, la ley procesal civil española establece en ejecución las especialidades oportunas en aquellos aspectos en los que es necesario: por ejemplo, con relación al contenido de la demanda ejecutiva (art. 549 1 y 2 LEC) o respecto de la oposición a la ejecución (si el título ejecutivo es jurisdiccional o asimilado el artículo aplicable es el 556 LEC mientras que si es extrajurisdiccional el oportuno es el siguiente).

En Bolivia ha ocurrido algo similar a lo acaecido en España con las leyes procesales civiles del siglo XIX. Como vemos en el apartado siguiente tanto el Código de procedimiento anterior como el actual parten de la dualidad de ejecuciones (insisto que en el Código actual la dualidad más bien es aparente), en ambos se regula tanto el proceso ejecutivo como el proceso de ejecución de sentencias, aunque existen diferencias en cuanto a la naturaleza atribuida a cada uno de ellos y a la ubicación de determinadas instituciones.

---

6 VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, III, Madrid, 1858, pp. 663 y ss.

### III. LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1975.

El anterior Código Procesal civil distinguía dos tipos de procesos de ejecución diferentes: el denominado proceso ejecutivo, que era el adecuado cuando el título ejecutivo era alguno de los establecidos en el art. 487 CPC, y la ejecución de sentencias –y de títulos asimilados, v.gr: el laudo–, que procedía cuando se trataba de ejecutar sentencias pero siempre que se pidiera su ejecución antes del transcurso de un año de ejecutoriada pues, en caso contrario, se ejecutaba por los trámites del proceso ejecutivo (art. 487, 8 CPC)<sup>7</sup>. Posteriormente, en 1997, se creó un nuevo proceso de ejecución todavía más especial que el ejecutivo: la ejecución coactiva civil de garantías reales.

#### I. El proceso ejecutivo.

Como acabo de indicar, el proceso ejecutivo era el oportuno cuando se trataba de ejecutar uno de los títulos del art. 487 CPC. Aunque muchos de ellos tienen naturaleza extrajurisdiccional (así, los documentos públicos, los valores y documentos mercantiles que de acuerdo al Código de Comercio o Ley especial tengan fuerza ejecutiva, los documentos de crédito por expensas comunes en edificios sujetos al régimen legal de propiedad horizontal y los documentos de crédito por recibos impagos en arrendamientos de inmuebles) también recogía otros en los que, de una manera u otra, había participación del órgano jurisdiccional: así, por ejemplo, los documentos privados reconocidos o tenidos por tales por juez competente o la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se pidiera su cumplimiento después de un año de ejecutoriada. Si nos fijamos en estos últimos, la diferencia entre ellos, es que en el caso de la sentencia ha habido un proceso de conocimiento en el que se ha dicho el derecho mientras que, en el caso de los documentos privados reconocidos, no.

El proceso ejecutivo estaba ubicado dentro del Libro III titulado “De los procesos de ejecución”. Precisamente el Título primero de dicho libro era el dedicado al Proceso ejecutivo y estaba compuesto por seis capítulos: el primero relativo a su procedencia y a los títulos ejecutivos, el segundo a la intimación de pago, el tercero al embargo, el cuarto a las excepciones, el quinto a la sentencia (de remate) y el sexto y último a las tercerías. Como vemos, al estilo de lo que pasó con la LEC española de 1881 ese Código reguló dentro del proceso ejecutivo instituciones básicas de carácter general, como son el embargo y las tercerías, con la consecuencia de que respecto de la ejecución de sentencias era necesario hacer remisiones al

7 El proceso de ejecución era visto como una mera fase o continuación del de conocimiento, de ahí que, por ejemplo y como vemos más adelante, no se hablara de demanda ejecutiva sino de solicitud de ejecución y, de ahí también que, si transcurría más de un año de ejecutoriada la sentencia se entendía que ya no había esa continuidad y se debía acudir a los trámites del ejecutivo.

proceso ejecutivo y no a la inversa como sería lo normal, puesto que la ejecución de sentencias –ya lo he dicho anteriormente- es ordinaria mientras que la ejecución de otros títulos es especial.

La ubicación de la regulación del proceso ejecutivo dentro del Libro III hace que no quepa duda acerca de la naturaleza del mismo: es un proceso de ejecución. Además de por lo dicho, hay otras cuatro razones para afirmar su naturaleza ejecutiva:

1. En primer lugar, la ley está partiendo de su naturaleza ejecutiva. Así, dice que “se procederá ejecutivamente” (art. 486 CPC), “ejecutado” (arts. 493 CPC...), “ejecutante” (arts. 495 CPC...), “ejecución” (arts. 492 CPC...), etc.

2. En segundo lugar, la causa de pedir se reduce al título ejecutivo. Del título nace el derecho del ejecutante, no siendo preciso que éste alegue nada distinto. Tampoco tiene obligación de probar nada.

3. Presentado la demanda, el juez, de oficio, examinará la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos. Si concurren, despachará ejecución (no se admite o inadmite la demanda).

4. Finalmente, es probado que en la ejecución es posible intercalar incidentes declarativos. El escrito por el que el ejecutado se opone al proceso ejecutivo no es una contestación a la demanda ejecutiva, sino que es una demanda incidental. De la misma se da traslado al ejecutante (demandado incidental) para que conteste, pero tras esto no cabe dúplica.

## 2. La ejecución de sentencia.

Por su parte, la ejecución de la sentencia conforma el Título segundo de ese mismo Libro III y está compuesto, a su vez, por cuatro capítulos: el primero titulado “ejecución de sentencia”, el segundo “forma de ejecutar las sentencias”, el tercero “fianza de resultas” y el cuarto, y último, “ejecución de sentencias dictadas en el extranjero”.

De la regulación cabía destacar lo siguiente:

1. En primer lugar, y por su ubicación, es evidente que su naturaleza también es de proceso de ejecución.

2. En segundo lugar, el Código parece considerar al proceso ejecutivo como un auténtico proceso mientras que la ejecución de sentencias no sería más que una fase o la continuación del proceso de conocimiento anterior. En este sentido, para iniciar el proceso ejecutivo haría falta demanda ejecutiva mientras que para ejecutar una



sentencia bastaría, según la ley, con un “escrito de solicitud”<sup>8</sup>; el proceso ejecutivo se despacha mediante Auto mientras que el de ejecución de sentencia no está claro que se exija que la resolución tenga esa forma; en el primero hay oposición, para el segundo no se regula<sup>9</sup>, etc.

3. Finalmente, y en cuanto al título que daba derecho a este tipo de proceso de ejecución, el art. 514 CPC se refería a la “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”<sup>10</sup> y había que añadir, en atención al art. 487.8 CPC, que no debía haber transcurrido un año desde su firmeza (“desde ejecutoriada”). Pero esta vía debía ser también la adecuada para ejecutar aquellas otras resoluciones a las que la ley otorgara fuerza ejecutiva<sup>11</sup> y cuando se trataba de ejecutar un laudo arbitral, puesto que según el art. 60, II de la Ley de Arbitraje y Conciliación de 1997 “El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia”<sup>12</sup>.

### 3. La ejecución coactiva civil de garantía reales.

Por último, la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar de 28 de febrero de 1997 añadió un nuevo proceso de ejecución: la conocida como ejecución coactiva civil de garantías reales. El CPC de 1975 no recogía inicialmente ningún procedimiento hipotecario específico. Cuando se trataba de una deuda con garantía hipotecaria se aplicaba el proceso ejecutivo sobre la base del título ejecutivo que es la escritura pública de constitución de la hipoteca. Y al respecto se contenía en el mismo (art. 496 CPC) únicamente la siguiente matización: “La intimación de pago dispondrá la anotación del embargo sobre el inmueble hipotecado y ordenará que el registrador de derechos reales informe sobre: 1) Los gravámenes que afectaren al inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios. 2) Las transferencias que del inmueble se hubieren realizado desde la fecha de constituirse la hipoteca, con indicación del nombre y domicilio de los adquirentes”.

- 
- 8 Con todo, el escrito de solicitud no podía ser otra cosa que la petición de ejecución o demanda ejecutiva.
  - 9 Probablemente no se reguló porque se pensó erróneamente que las causas de oposición deberían de haberse examinado en el juicio (en el proceso de conocimiento) que dio lugar a la sentencia firme (al título ejecutivo). Con todo, como he indicado *supra*, también en ejecución de sentencia debía permitirse una cierta oposición.
  - 10 Realmente se refiere a la sentencia firme de condena, puesto que, si vamos al artículo siguiente, el 515 CPC, dice que una sentencia recibe autoridad de cosa juzgada: “1. Cuando la ley no reconociere en el pleito otra instancia ni recurso. 2. Cuando las partes consintieren expresa o tácitamente en su ejecutoria”. Esas características son propias de la “firmeza”.
  - 11 Por ejemplo, cuando la ejecución en forma específica se transformaba en genérica, los gastos que se causaban al acreedor debían ser liquidados vía incidental y su cobro “luego de aprobada la liquidación, se realizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 520 parágrafo I”, es decir, conforme a la ejecución de sentencia de condena a suma líquida (art. 521, IV CPC).
  - 12 De igual manera que para la sentencia, y a pesar del silencio legal, si se pretendía ejecutar un laudo una vez transcurrido un año desde su firmeza, debía entenderse que la vía oportuna para hacerlo era el proceso ejecutivo.

Como digo la LAPCYAF creó un nuevo proceso de ejecución, más privilegiado que el resto de ejecuciones. La ejecución coactiva era la oportuna para el pago de suma líquida y exigible cuando el título fuera uno de los siguientes:

1. Crédito hipotecario inscrito, en cuyo título el deudor hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo.

2. Crédito prendario de bienes muebles sujetos a registro igualmente inscrito, respecto a cuya ejecución el deudor hubiere renunciado expresamente a los trámites del proceso ejecutivo<sup>13</sup>.

En cuanto a su naturaleza, el proceso ejecutivo por garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios también tenía naturaleza ejecutiva, no declarativa. Era un proceso de ejecución no de declaración, es decir, un proceso en el que no se pretende que el juez diga el derecho en el caso concreto, sino que realice una conducta productora de un cambio en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título que le sirve de fundamento.

Pero, además, es un proceso de ejecución especial (un proceso ejecutivo más especial –especialísimo– que el que podemos denominar proceso ejecutivo “común”). Su singularidad radicaba no tanto en el hecho de que el procedimiento fuera especial –puesto que en su mayor parte había una remisión al proceso ejecutivo común– o en que se siguiera únicamente por obligaciones dinerarias (garantizadas con prenda o hipoteca), sino por el hecho de la limitación de las causas de oposición, de la limitación de la cognición intercalada en la ejecución. Exclusivamente era posible oponer las cinco causas recogidas en el art. 49, III<sup>14</sup>, CPC frente a las diez excepciones que podían oponerse en el proceso ejecutivo (las recogidas en el art. 507 CPC).

---

13 No es extraño que los ordenamientos regulen un específico procedimiento hipotecario debido a que se ha venido considerando que el título ejecutivo que da lugar al mismo tiene una fuerza especial, más intensa que la de los otros títulos ejecutivos –de ahí que la tutela sea *ultra privilegiada*–.

De igual modo ha ocurrido en mi país: la primera vez que se creó en España un procedimiento hipotecario fue con la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 (y en su Reglamento de 18 de julio de 1893) que se aplicaba a Cuba, Puerto Rico y Filipinas (vid. MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 115 y ss.). En su Exposición de Motivos se argüía la inseguridad del resultado, el coste excesivo, la descomodida complicación... del proceso ejecutivo y, por tanto, la necesidad de proporcionar una mayor seguridad al prestamista, de asegurarle que va a cobrar fácilmente y con prontitud. Ya antes, con la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (reformada en 1869) se establecían normas relativas a la ejecución hipotecaria, aunque todavía no se regulaba como procedimiento específico, sino que el procedimiento adecuado era el juicio ejecutivo. Después de varios intentos la Ley de 21 de abril de 1909 en su Disposición Transitoria 6ª ordenaba hacer, en el plazo de ocho meses, una nueva edición oficial de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, la Ley Hipotecaria se promulgó el 16 de diciembre de 1909 instaurándose de con ella también para la Península “un rápido procedimiento para el cobro de las deudas hipotecarias”, regulado en su art. 131 y denominado “procedimiento judicial sumario”.

14 Según el citado precepto solo cabía oponer, todas juntas y debidamente documentadas, las excepciones de incompetencia, falta de fuerza coactiva, falsedad e inhabilidad del título, prescripción y pago documentado, dentro del plazo de cinco días desde la citación con la demanda y sentencia.

## IV. LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El nuevo Código de Procedimiento Civil da un giro importante en cuanto a la naturaleza de los procesos de ejecución. Por un lado, ubica el proceso ejecutivo dentro de los procesos de estructura monitoria; por otro, y en un título aparte, regula los procesos de ejecución.

### I. Procesos de ejecución.

Es el título V del Libro II (“Desarrollo de los Procesos”) el dedicado a los procesos de ejecución. El mismo está compuesto por tres capítulos: el primero titulado “Ejecución de sentencias”; el segundo “Ejecución coactiva de sumas de dinero” y el tercero “Ejecución de otras obligaciones”.

#### A) Sobre el Capítulo Primero: Ejecución de sentencias.

Como acabo de indicar, el Capítulo Primero del Título V se titula “Ejecución de sentencias”, indicándose en el primero de sus artículos, el 397 (rubricado “Procedencia”), que “las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada se ejecutarán solo a instancia de parte interesada sin alterar ni modificar su contenido, por la autoridad judicial de primera instancia que hubiere conocido el proceso”.

Tras dicho precepto, los artículos que le siguen establecen qué cabe entender por cosa juzgada, cuales son las facultades de la autoridad judicial y de las partes en ejecución, la ejecución coactiva de las sentencias, las sanciones pecuniarias, la posibilidad de ejecución provisional y los efectos de la ejecución con relación a terceros en caso de revocación o casación de la sentencia.

Lo primero que llama la atención, si comparamos este capítulo con los siguientes es que, los capítulos segundo y tercero también se refieren —en todo o en parte— a la ejecución de sentencia. El segundo, dedicado a la ejecución de sumas de dinero, recoge entre sus títulos ejecutivos “la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada” (art. 404. I CPC) y en él se regula la ejecución dineraria. El tercero, dedicado a la ejecución de otras obligaciones, está dedicado a la ejecución no dineraria y en cuanto al título que puede contener dicho tipo de obligaciones se refiere a la sentencia.

Lo dicho hasta este momento nos lleva a la conclusión de que el Capítulo I, más que establecer cómo se ejecutan las sentencias, está regulando aspectos generales aplicables a la ejecución dineraria y/o a la no dineraria y, por otro lado, los mismos en ocasiones son apropiados independientemente de cual sea el título ejecutivo que ha dado lugar a la ejecución y, en otras, solo son aplicables para algunos títulos,

por ejemplo, el artículo relativo a la ejecución provisional no tiene sentido cuando el título es extrajurisdiccional.

Veamos los diferentes preceptos que componen este primer capítulo:

1. El artículo 397 CPC, en sus diferentes apartados, identifica cual es el título ejecutivo (en concreto, “la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”), establece expresamente el principio de justicia rogada (las sentencias se ejecutarán “solo a instancia de parte interesada”), la posibilidad de que se ejecute parcialmente una sentencia (para aquella parte que no ha sido objeto de recurso de apelación o casación) y, finalmente, la transformación de la ejecución específica en genérica (para el caso de que “no fuere posible la ejecución de la sentencia en la forma determinada”).

2. El art. 398 CPC, en igual sentido que el art. 515 del CPC anterior, concreta cuando una sentencia recibe “autoridad de cosa juzgada”; en concreto cuando: “1. La Ley no reconozca en el pleito otra instancia ni recurso. 2. Las partes consintieren expresa o tácitamente en su ejecutoria”. Es decir, está indicando que el título ejecutivo en la sentencia “firme” puesto que la cosa juzgada (en su efecto negativo) lo que hace es impedir que se celebre un nuevo proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto.

3. En cuanto al siguiente precepto, el 399 CPC, señala que la ejecución se circunscribirá a la realización de lo establecido en la sentencia, que el juez adoptará las medidas necesarias para la ejecución y que las partes actuarán en plano de igualdad.

4. El art. 400 CPC indica que la ejecución no se suspenderá aunque se interponga (dentro de la misma) algún recurso o algún escrito tendente a dilatarla. Únicamente podrá ser suspendida en caso de proceso penal por falsedad documental (sobre el documento base de la acción) o de proceso civil en el que la falsedad se oponga como excepción.

5. El art. 401 CPC recoge la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias como medida coercitiva que “constraña” la voluntad del deudor y le incite a cumplir. Su naturaleza no es propiamente de sanción sino de medida coercitiva y, además, tienen carácter indemnizatorio pues su importe beneficia a la parte perjudicada, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el español en el que la cantidad recaudada va al Tesoro público.

6. Los últimos dos preceptos, el 402 y 403 CPC, regulan la ejecución provisional y los efectos de la revocación de la sentencia respecto de los derechos de terceros de buena fe que adquirieron a título oneroso. Con carácter general se permite la

ejecución provisional prestando caución suficiente para responder; en su caso, de los gastos judiciales y de los daños y perjuicios causados a la parte contraria (art. 269, I CPC).

De lo dicho hasta este momento queda claro que este primer capítulo, a pesar de su denominación, no está regulando propiamente la ejecución de sentencias, sino que establece aspectos generales que deben ponerse en relación con los fijados en los capítulos siguientes.

*B) El Capítulo segundo: Ejecución coactiva de sumas de dinero.*

El segundo capítulo es el dedicado a la ejecución dineraria, en concreto, de cantidad líquida y exigible<sup>15</sup>. El título que da derecho a este tipo de ejecución no es solo la sentencia firme de condena sino también los siguientes (art. 404 CPC):

1. El crédito prendario, hipotecario, agrario o industrial inscrito en el que el deudor hubiere renunciado al proceso ejecutivo.

2. La transacción aprobada judicialmente.

3. La conciliación aprobada y

4. El laudo arbitral ejecutoriado.

Como vemos la obligación de pago de una cantidad de dinero puede estar contenida tanto en títulos de naturaleza jurisdiccional o asimilada como en títulos de naturaleza extrajurisdiccional<sup>16</sup>.

La ejecución se inicia a instancia de parte y el juez la despacha *inaudita parte debitoris*. Despachada ejecución se lo notifica al ejecutado y le concede un plazo de 5 días para oponerse a la misma (las excepciones son las contenidas en el art. 409 CPC). Los artículos siguientes regulan algunos aspectos del embargo y del remate<sup>17</sup> finalizando con lo relativo al pago del precio, a la aprobación del remate, al levantamiento de medidas precautorias así como a la entrega del bien.

15 La regla general es que la condena ha de ser líquida. Excepcionalmente se permite esta ejecución para el pago de sumas ilíquidas siempre que se realice la liquidación en forma previa a la ejecución (art. 405 CPC) y se trate de sumas procedentes de frutos (art. 406 CPC) o de daños y perjuicios (art. 407 CPC). En este sentido también el art. 215 CPC cuando indica que "si la sentencia condenare al pago de frutos o intereses o al resarcimiento de daños y perjuicios, deberá fijar la cantidad líquida y plazo determinado para su cumplimiento o, excepcionalmente, establecerá las bases las cuales habrá de hacerse su liquidación en ejecución de sentencia".

16 Hay un único proceso para toda obligación de pago de cantidad líquida y exigible (sin perjuicio del proceso ejecutivo). Desaparece, en consecuencia, la antigua ejecución coactiva civil de garantías reales como proceso de ejecución "especialísimo".

17 El abrogado CPC regulaba dos clases de subasta: la de muebles y la de inmuebles. Actualmente hay una única subasta (independientemente de que el bien sea mueble o inmueble). Por otro lado, hay dos posibilidades de subasta, en la segunda subasta se rebaja el 20% del valor de la base (art. 422 CPC).

Cabe destacar como positivo de la nueva regulación el que recoja la oposición a la ejecución de sentencia (y también del resto de títulos del 404 CPC), puesto que el CPC anterior no contemplaba expresamente la posibilidad de oponer excepciones cuando el título era jurisdiccional. Sin embargo, y con carácter general, debe criticarse que el citado precepto no se refiera expresamente a la posibilidad de oponer falta de personería y litispendencia. Además, debe matizarse que la excepción de cosa juzgada no tiene sentido cuando el título que ha dado lugar a la ejecución es la sentencia o el laudo.

Pero, por otro lado, son unas cuantas las cuestiones que han quedado sin regulación. Por poner solo dos ejemplos: ni se regula el acta de embargo (antes contenida en el art. 501 CPC) ni se hace alusión al acto de la subasta propiamente dicho cuyo desarrollo queda sin norma que lo contemple.

También me parece criticable la denominación: "Ejecución coactiva". Por un lado, porque toda ejecución implica coerción, toda ejecución es "forzosa" o "coactiva". Por otro, porque la denominación puede llevarnos a confusión: trae reminiscencias de la antigua "Ejecución coactiva civil de garantías reales sobre créditos hipotecarios y prendarios" que, como ya he indicado, era un proceso de ejecución "especialísimo" limitado a cuando el título era el crédito hipotecario o prendario inscrito con renuncia expresa del deudor a los trámites del proceso ejecutivo.

### C) Capítulo tercero: ejecución de otras obligaciones.

El último de los capítulos del Título V es el relativo a la ejecución no dineraria. Con carácter general debe criticarse la deficiente regulación. En tan solo tres artículos se ventila todo lo relativo a esta importante clase de ejecución, pero, además, el contenido de los mismos es claramente insuficiente.

En líneas generales debemos destacar lo siguiente:

1. A diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior, en la actual y de manera similar a lo que ocurre en otros ordenamientos como el español, solo los títulos jurisdiccionales o asimilados pueden contener obligaciones dinerarias.

2. Como punto de partida debe intentarse la ejecución *in natura* o en sus propios términos y solo subsidiariamente la ejecución genérica o por equivalente. Para conseguirlo se regulan, como hemos visto, los apremios pecuniarios estando prohibidos los personales (art. 1466 Cc: "El deudor no podrá ser sometido a apremio corporal para la ejecución forzosa de las obligaciones reguladas en este código").

Respecto de los preceptos concretos:

1. Es el art. 429 CPC el dedicado a las obligaciones de dar indicándose únicamente que para conseguir la entrega de un bien determinado “se librára mandamiento para desapoderar” al deudor “con el auxilio, en su caso, de la fuerza pública”. A ello hay que añadir la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias (arts. 401 y 431, III CPC). Si es imposible la ejecución *in natura* se procederá a la ejecución por el valor del bien más daños y perjuicios.

Debe criticarse que el precepto ni diferencia entre cosa mueble específica o genérica o cosa inmueble ni establece distintas medidas en atención al tipo de bien y a la diferente problemática que su ejecución implica.

2. Las obligaciones de hacer están contempladas en el artículo siguiente, el 430 CPC. El párrafo primero es el relativo a las obligaciones de hacer fungibles, el segundo a las infungibles y el tercero a la condena al otorgamiento de escritura pública y, en su caso, a efectuar la entrega del bien.

Respecto de las obligaciones de hacer fungibles e infungibles se intentará la ejecución en forma específica y si no fuera posible ésta se sustituirá por la ejecución genérica pudiendo, en general, utilizarse las sanciones pecuniarias (arts. 401 y 431, III CPC).

En cuanto a la condena al otorgamiento de escritura pública, al tratarse de un hacer fungible jurídicamente, si el deudor no cumple, “la autoridad judicial, subsidiariamente, otorgará la escritura, y si así corresponde, dispondrá se efectúe la entrega...”.

3. Finalmente el art. 431 CPC es el que regula las condenas a no hacer estableciendo como medidas: “que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si fuere posible, a costa del deudor, o se indemnizen los daños y perjuicios” (art. 431, I CPC). Para ello cabe imponer sanciones pecuniarias y progresivas (art. 431, II CPC) indicándose expresamente que dichas sanciones también caben, como hemos visto, para la ejecución de obligaciones de dar y de hacer (art. 431, III CPC).

## 2. El Proceso ejecutivo.

El actual CPC traslada el proceso ejecutivo de los procesos de ejecución a los procesos de estructura monitoria<sup>18</sup>. En concreto lo regula en la Sección II del

---

18 Como indica PARADA MENDÍA, “en la exposición de motivos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se justifica esta ubicación sistemática no tanto por su naturaleza, sino por la estructura (monitoria) que utiliza. Pero esta no es justificación suficiente ya que también adoptan la estructura monitoria otros procesos e incluso incidentes y no por ello se ubican entre los procesos de conocimiento...” (PARADA MENDÍA, Á. y ARIAS LAZCANO, L. A.: *Procesos de conocimiento en el Código Procesal Civil*, editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2018, p. 211).

Capítulo Tercero (“Proceso de estructura monitoria”) del Título IV (“Proceso de conocimiento”) del Libro II (Desarrollo de los procesos”).

Como se deduce de su propia ubicación los procesos de estructura monitoria son procesos de conocimiento. Procesos de declaración especiales encaminados a la creación rápida de un título ejecutivo, pero procesos de conocimiento, al fin y al cabo. Como indica PARADA MENDÍA, apoya “esta postura el hecho que la sentencia dictada en estos procesos tiene calidad de cosa juzgada que impide un nuevo y posterior proceso sobre lo mismo”<sup>19</sup>.

Aunque en muchos países el monitorio es concebido como una tutela rápida y privilegiada del crédito (obligaciones dinerarias) en Bolivia (si dejamos fuera el proceso ejecutivo que, como vemos a continuación, su naturaleza es de proceso de ejecución) se ha creado principalmente para obligaciones de dar<sup>20</sup>. En concreto, y según indica el art. 375 CPC “el proceso de estructura monitoria procederá en los siguientes casos: 1. Ejecutivos. 2. Entrega del bien. 3. Entrega de la herencia. 4. Resolución de contrato por incumplimiento de la obligación de pago. 5. Cese de la copropiedad. 6. Destajo en régimen de libre contratación. 7. Otros expresamente señalados por Ley”.

Si, por un lado, el monitorio es un proceso de conocimiento que pretende la creación rápida de un título ejecutivo y cuya sentencia produce cosa juzgada -lo que impide un proceso de conocimiento posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto-. Y si, por otro, en el proceso ejecutivo partimos de la existencia de un título ejecutivo (en consecuencia, no hay que crearlo pues ya lo tenemos) siendo posible un proceso ordinario posterior pues no hay cosa juzgada (art. 386 CPC)<sup>21</sup>. Si partimos de todo lo anterior parece claro que el proceso ejecutivo, a pesar del lugar donde está ubicado, es un proceso de ejecución –no de conocimiento-. Es un

19 PARADA MENDÍA, Á. y ARIAS LAZCANO, L. A.: *Procesos de conocimiento...*, cit., p. 197.

20 Cfr. PARADA MENDÍA, Á. y ARIAS LAZCANO, L. A.: *Procesos de conocimiento...*, cit., p. 198.

21 Cuestión distinta y ampliamente debatida es el contenido y la extensión del declarativo posterior. Según el AS 408, de 19 de septiembre de 2014 (referido al CPC anterior pero perfectamente aplicable al actual): “la norma en examen evidentemente no permite la revisión de lo resuelto en sentencia en los procesos ejecutivo y coactivo, dada la limitación del debate que prevé el procedimiento respecto de la legitimidad, la existencia de la causa de la obligación, de las defensas y a la actividad probatoria, de manera tal que dichas sentencias adquieren solamente la calidad de cosa juzgada formal. Empero dicha norma legal no autoriza el juicio ordinario posterior, nada menos que para reexaminar resoluciones dictadas en ejecución de las sentencias de remate, como son el auto de aprobación de remate y adjudicación judicial, pues dichas resoluciones dictadas en ejecución de sentencia únicamente pueden ser impugnadas mediante apelación devolutiva, sin recurso ulterior, conforme previene el art. 518 del Código de procedimiento Civil; ello implica no solo la irreversibilidad de dichas resoluciones dentro del trámite de la ejecución sino también la imposibilidad de modificarlas en proceso ordinario posterior dentro de la jurisdicción ordinaria... Ninguna norma legal le otorga facultad al juez para revisar en proceso ordinario posterior las resoluciones pronunciadas en ejecución de sentencia de procesos de ejecución; lo que implica por añadidura que la demanda resulta ser manifiestamente improponible...”.

AS 672/2015 de 13 de agosto de 2015: “corresponde aclarar que el proceso ordinario posterior no constituye una instancia más de impugnación dentro del proceso ejecutivo, razón por la cual no es posible que dentro de éste se revisen cuestiones que debieron ser consideradas y resueltas al interior de aquel...”.



proceso tendente a acomodar la realidad exterior a lo establecido en el título (a “ejecutar” no a que “se diga el derecho”).

Partiendo de lo dicho hasta ahora se observa que, en cuanto a la tutela ejecutiva, el nuevo Código de procedimiento Civil parte nuevamente –y, en principio- de la dualidad de ejecuciones:

Por un lado, está la ejecución de sentencias, títulos asimilados a ella y créditos hipotecarios, prendarios, agrario o industrial inscrito (siempre que en la escritura se hubiere renunciado al proceso ejecutivo). Los títulos jurisdiccionales o asimilados pueden contener tanto obligaciones dinerarias como no dinerarias; el crédito hipotecario, prendario, agrario o industrial únicamente obligaciones dinerarias.

Por otro, el proceso ejecutivo que procede cuando se trata del pago de una cantidad de dinero líquida y exigible (art. 378 CPC) contenida en alguno de los títulos ejecutivos contenidos en el art. 379 CPC (documentos públicos, documentos privados suscritos por la obligada u obligado o su representante voluntariamente reconocidos o dados por reconocidos por ante autoridad competente o reconocidos voluntariamente ante notario de fe pública, los documentos de crédito por arrendamiento de bienes...).

Procedimentalmente el proceso ejecutivo es muy similar a la ejecución de sentencias y resto de títulos. Básicamente se diferencia en lo siguiente:

1. Despachada ejecución se intimará de pago al deudor dentro de día tercero siempre que no exista diligencia judicial de reconocimiento de firmas y rúbricas en forma previa a la demanda ejecutiva (art. 380.IV CPC). Como indica PARADA MENDÍA “en los casos de los títulos ejecutivos de los numerales 1, 2, 4 y 7 del art. 379 CPC la intimación no es exigible. En los dos primeros porque el reconocimiento es condición del título (documentos públicos y privados reconocidos. En estos últimos por estar implícito por la presencia judicial en la formación del título (cuentas aprobadas por resolución judicial y confesión de deuda ante juez competente)<sup>22</sup>”.

2. El plazo para oponerse a la ejecución es de 10 días en vez de 5 existiendo alguna causa más de oposición, como, por ejemplo, la remisión, novación, transacción, conciliación y compromiso documentado.

Sentado lo anterior la conclusión a la que hay que llegar es que realmente el legislador boliviano ha regulado un único proceso de ejecución a través del cual se ejecuta cualquier título ejecutivo existiendo determinadas especialidades dependiendo del título que se ejecuta. No creo que dichas especialidades sean de

22 PARADA MENDÍA, A. y ARIAS LAZCANO, L. A., *Procesos de conocimiento...*, cit., p. 243.

tanto calado como para hablar de dualidad de ejecuciones sino que, más bien, se trata de un sistema unitario de ejecución<sup>23</sup>.

## V. LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EXTRANJERAS.

El anterior CPC regulaba la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero en el último capítulo –el cuarto– del Título segundo, relativo a la ejecución de las sentencias. Los arts. 552 CPC y siguientes establecían lo siguiente:

1. La eficacia en Bolivia de resoluciones extranjeras será la que determinen los tratados y/o convenios internacionales.

2. En defecto de tratado se aplica el principio de reciprocidad, es decir, Bolivia otorgará a las resoluciones extranjeras eficacia si en el país extranjero de que se trate se otorga eficacia a las resoluciones bolivianas.

3. En cualquier caso, la ejecución de una resolución extranjera en Bolivia requiere el trámite previo del exequátur.

El actual Código de Procedimiento Civil ha optado por regular la cooperación judicial internacional en un título aparte, el octavo, del Libro II (“Desarrollo de los procesos”). El mismo está formado por cuatro capítulos dedicados a las disposiciones generales (Capítulo primero), a los exhortos suplicatorios y otras comisiones (Capítulo segundo), a la cooperación judicial internacional en materia cautelar (Capítulo tercero) y a la ejecución de sentencia dictadas en el extranjero (Capítulo cuarto).

Por lo que se refiere a la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero se sigue manteniendo expresamente la prelación normativa (art. 502 CPC): son de aplicación los tratados y convenios internacionales y lo establecido en el CPC. Igualmente se opta por mantener el principio de reciprocidad, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en España donde la regla establecida por la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, es el *favor cooperationis*. Según el art. 504, II CPC “si la sentencia hubiere sido dictada en un país donde no se ejecuten los fallos de autoridades judiciales bolivianas, tampoco podrá serlo en el Estado Plurinacional”.

Desde mi punto de vista, la opción del legislador español es preferible pues supone otorgar primacía a la tutela de los intereses de los ciudadanos que son los

---

23 Otra cuestión es la distinción entre ejecución dineraria y no dineraria. La diferente naturaleza de la obligación contenida en el título ejecutivo determina que las medidas ejecutivas a adoptar sean muy distintas en cada caso.

que al final resultan perjudicados si no hay cooperación<sup>24</sup>. Es decir, se traslada el foco de atención del Estado al sujeto que va a resultar beneficiado por los actos de cooperación. Como ha sido puesto de manifiesto “un modelo basado en la reciprocidad responde a una idea de retorsión, que pretende sancionar la falta de colaboración de otro Estado. Sin embargo, en última instancia, son los particulares quienes acaban resultando perjudicados por este mecanismo, ya que son sus derechos y no los del Estado extranjero los que se ven afectados. De este modo, el particular que pretende que se reconozca su divorcio, su filiación o simplemente su derecho a una indemnización por un accidente de tráfico ve denegada su pretensión por una razón sobre la que no tiene ningún control, como es que el Estado extranjero tiene una actitud no cooperativa con España. Paradójicamente, en ciertos casos, esto puede acabar perjudicando incluso a los nacionales españoles (por ejemplo, cuando son ellos los que pretenden que la resolución extranjera tenga eficacia en España)”<sup>25</sup>.

Por otra parte, resulta interesante la clarificación conceptual realizada por el nuevo CPC entre lo que es el reconocimiento y la ejecución propiamente dicha. Así, según el art. 503, II CPC “el reconocimiento es el acto o sucesión de actos procesales que tiene por objeto establecer si la sentencia extranjera reúne los requisitos indispensables de fondo y forma señalados en el presente Capítulo”. Por su parte, “la ejecución es el acto o sucesión de actos procesales que tiene por objeto el cumplimiento de las sentencias dictadas en el extranjero” (art. 503, III CPC).

La resolución extranjera se reconocerá siempre que se cumplan los requisitos de validez establecidos en el art. 505 CPC (ej. no vulneración del orden público boliviano); requisitos que nada tienen que ver con lo acertado o no de la decisión adoptada por el juez extranjero (es decir, con un control sobre el fondo del asunto).

El reconocimiento sirve para conformar el título ejecutivo, para atribuir fuerza ejecutiva en Bolivia a una resolución extranjera –siempre que la misma tenga fuerza ejecutiva en el país de origen-. Reconocida la sentencia extranjera por el Tribunal Supremo de Justicia mediante el procedimiento contemplado en el art. 507 CPC ya es posible su ejecución que se realizará según los trámites vistos para las resoluciones bolivianas (art. 507, IV CPC). El título ejecutivo en este caso es un título complejo formado por la resolución judicial extranjera más la resolución de exequátur –que tiene naturaleza constitutiva-.

24 Vid. PARDO IRANZO, V.: “Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015”, en prensa.

25 HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “Algunas propuestas para una futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013-II, p. 96. GARCIMARTÍN, F. J.: “Sobre el fundamento de la cooperación civil internacional”, *Cooperación jurídica internacional*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./REMACHA y TEJADA, J. R. (eds.), Colección Escuela Diplomática, núm. 5, Madrid, 2001, pp. 61 y ss.

#### IV. CONCLUSIÓN.

El Nuevo Código de Procedimiento Civil da un giro en la configuración de la tutela ejecutiva, por un lado, porque por primera vez coloca al proceso de ejecución de sentencias como el proceso de ejecución por antonomasia. Por otro, porque saca de los procesos de ejecución al proceso ejecutivo incardinándolo en los de estructura monitoria. De todas formas, esto último no es más que una ficción y ello porque, a pesar de su ubicación, el proceso ejecutivo tiene naturaleza de proceso de ejecución, no de proceso de conocimiento.

En consecuencia, sigue existiendo la dualidad ejecución de sentencia (y otros títulos, v. gr. crédito hipotecario inscrito)-proceso ejecutivo dando la sensación de que sigue existiendo una dualidad de ejecuciones. Sin embargo, vistas las similitudes entre ambos procesos de ejecución creo que más bien existe una única ejecución con algunas especialidades dependiendo de cuál es el título ejecutivo.

Por último y en cuanto a la ejecución de resoluciones extranjeras, se mantiene el principio de reciprocidad en la cooperación judicial internacional y se clarifica la distinción entre reconocimiento y ejecución, plasmándose expresamente que con el reconocimiento se pretende la declaración de ejecutabilidad de una resolución, que es el paso previo para su posterior ejecución. Una vez superado el trámite del exequátur, la sentencia extranjera se ejecuta como si se tratara de una resolución dictada por un órgano jurisdiccional boliviano.

## BIBLIOGRAFÍA

GARCIMARTÍN, F. J.: "Sobre el fundamento de la cooperación civil internacional", *Cooperación jurídica internacional*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S./REMACHA y TEJADA, J. R. (eds.), Colección Escuela Diplomática, núm. 5, Madrid, 2001.

HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E.: "Algunas propuestas para una futura Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 28, 2013-II.

MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J.: *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I, con FLORS MATÍES, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PARADA MENDÍA, Á. y ARIAS LAZCANO, L. A.: *Procesos de conocimiento en el Código Procesal Civil*, editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2018.

PARDO IRANZO, V.: "Cooperación jurídica internacional en materia civil: problemática general tres años y medio después de la entrada en vigor de la Ley 29/2015", en prensa.

PARDO IRANZO, V.: *La tutela ejecutiva en el procedimiento civil. El proceso ejecutivo y la ejecución de sentencias*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra, 2011.

VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, III, Madrid, 1858.

**ALGUNOS ELEMENTOS DE INTERÉS EN RELACIÓN  
A LOS “OTROS” MODOS DE TERMINACIÓN EN EL  
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL\***

***SOME ELEMENTS OF INTEREST IN RELATION TO THE  
“OTHER” MODES OF TERMINATION IN THE SPANISH  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVE PROCESS***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 318-335*

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Veinte años de la LJCA: una revisión crítica desde la perspectiva procesal” (DER2017-88678-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y dirigido por la Profesora Doctora Raquel Castillejo Manzanares, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela.



Cristina  
ALONSO  
SALGADO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 13 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Desde hace algunos años, la resolución alternativa de conflictos avanza imparable en casi todos los ámbitos del sistema de Justicia español. El proceso contencioso-administrativo no constituye una excepción. Sin embargo, como es sabido, son múltiples las dificultades para incorporar los diferentes métodos alternativos en el proceso contencioso-administrativo: principios, fundamentos, leitmotiv, etc. El presente trabajo explora algunas de las vías que, con base en la Ley 29/1998, de 13 de julio, salvan las referidas objeciones y que, en buena lógica, posibilitan el recurso a este tipo de formulaciones en el proceso contencioso-administrativo.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación; resolución alternativa de conflicto; ámbito contencioso-administrativo.

**ABSTRACT:** *For some years now, alternative dispute resolution has been unstoppable in almost all areas of the Spanish justice system. The contentious-administrative process is not an exception. However, as is well known, there are multiple difficulties in incorporating different alternative methods in the contentious-administrative process: principles, fundamentals, leitmotiv, etc. The present work explores some of the ways that, based on the Law 29/1998, of July 13, avoid the referred objections and that, therefore, make possible the use of this type of formulations in the contentious-administrative process.*

**KEY WORDS:** *Mediation; alternative dispute resolution; contentious-administrative sphere.*

**SUMARIO.- I. MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA TRADICIONAL.- II. MUCHO MÁS QUE MEDIACIÓN.- III. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN UN CONTEXTO DE DIFICULTADES. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.**

## I. MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA TRADICIONAL.

El debate especializado en relación a la resolución alternativa de conflictos y, en particular, a la mediación<sup>1</sup> se ha filtrado por cada uno de los ámbitos del Derecho español. A su expansión y generalización ha contribuido decisivamente la situación de crisis sistémica que aqueja nuestro sistema de Justicia desde hace no pocas décadas<sup>2</sup>.

- 1 Vid. de interés, BUENO DE MATA, F.: "Mediación on-line. ¿La mediación del futuro?", en AA.VV.: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* (coord. por F. MARTÍN DÍZ), Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 85-102; CRUZ PARRA, J.A.: "La mediación policial", en AA.VV.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (coord. por A. M. LOZANO MARTÍN), Tecnos, Madrid, 2015, pp. 396-406; LÓPEZ GARCÍA, J.: "La mediación en España. En especial, la mediación concursal", *Revista de investigación universitaria*, núm. 12, 2016, pp. 45-62; CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; NOYA FERREIRO, L.: "Introducción a la mediación penal", en AA.VV.: *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018; etc.
- 2 Y es que ya en el Libro Blanco de la Justicia manifestaba el propio Consejo General del Poder Judicial que: "El origen del presente Libro Blanco se encuentra en la preocupación del Consejo General del Poder Judicial, elegido por el Congreso de los Diputados y el Senado en julio de 1996, respecto al estado de la Administración de Justicia en España, consecuencia de los problemas estructurales, funcionales y organizativos de la misma, y a la necesidad de abordar una reforma en profundidad. Esta preocupación no resulta únicamente de que el Consejo cumpla la obligación de todo poder público de examinar críticamente el estado del área o materia encomendada a su gestión, para detectar deficiencias y proponer mejoras, sino también de la conciencia de que, aun tras las profundas reformas que ha experimentado la Justicia en nuestro país, existe en la sociedad un extendido estado de opinión que refleja una profunda insatisfacción con (...) la Administración de Justicia, y que afecta, o puede afectar muy negativamente, a la confianza del pueblo español en ella. La confianza en la Justicia, la convicción de que Jueces y Tribunales van a responder adecuadamente y mediante una pronta y correcta aplicación de las leyes a las demandas de los ciudadanos, es un elemento esencial para el mantenimiento del respeto al ordenamiento jurídico y de la convivencia ciudadana (...)", CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Libro blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 17.

### • Cristina Alonso Salgado

Investigadora del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela. Es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración, y Doctora en Derecho con mención europea (Premio Extraordinario de Doctorado) por la misma Universidad. Es autora de más de sesenta artículos y capítulos de libro; ha impartido más de cien conferencias, charlas y comunicaciones en países como México, Portugal, España, etc.; ha coordinado tres obras colectivas; ha participado en la organización de más de treinta actividades I+D+i; y ha realizado estancias de investigación, entre otros, en el Institute Advanced Legal Studies de Londres, en el Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, y en el Dipartimento di Scienze giuridiche "A. Cicu", Università di Bologna. Correo electrónico: cristina.alonso@usc.es



En un contexto necesitado de reformas cualitativas<sup>3</sup>, buena parte del discurso reformador ha venido de la mano de la importación desde lejanas latitudes jurídicas de las denominadas fórmulas *Alternative dispute resolution*<sup>4</sup>. Entre ellas, la que mayor éxito está teniendo es, sin duda, la mediación<sup>5</sup>.

En palabras de MIGUEZ MACHO, “La situación de desbordamiento de la Justicia administrativa no es exclusiva de nuestro país, aunque quizá aquí adquiera una mayor gravedad en sus consecuencias sobre el administrado por la generalización y extensión del privilegio de autotutela al que se hace referencia en el presente trabajo. Por eso en el panorama comparado se viene proponiendo desde hace años la introducción de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos (...)”<sup>6</sup>.

## II. MUCHO MÁS QUE MEDIACIÓN.

Basta echar un vistazo –aun cuando a vuelapluma– por el señalado debate especializado para identificar el vigor del movimiento pro-mediación en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, a decir verdad, ese empuje de inicio no ha contado con la imprescindible traslación a los textos legales. Como se apuntaba anteriormente, problemente ello se deba a que las formulaciones *Alternative Dispute Resolution* son propias de culturas jurídicas diferentes a la nuestra. Esa deslocalización de institutos no siempre resulta fácil, justamente, porque su acomodo en estructuras ajenas exige no pocos esfuerzos de adaptación.

Además, la muy diferente naturaleza de los diferentes órdenes jurisdiccionales ha acabado por generar una muy desigual evolución de los señalados métodos en nuestro sistema de Justicia. La maleabilidad del Derecho privado ha permitido unos avances que el ámbito del Derecho público no ha permitido o, al menos, no ha favorecido.

Conviene notar a este respecto la innegable evolución de la mediación en materia civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Su promulgación significó un punto de inflexión en los señalados ámbitos. Y ello porque,

---

3 Que rebasen los tradicionales debates cuantitativos, esto es, los referidos a las conocidas carencias e insuficiencias de medios materiales y recursos humanos del sistema de Justicia español.

4 En adelante, ADR.

5 Para el debate en relación a la crisis, “La justificación material del planteamiento que aquí se expone radica en la crisis de la eficacia social de la justicia administrativa (...) Que la justicia administrativa se encuentra en crisis no es sólo una afirmación válida para el contencioso, también imputable a otros órdenes jurisdiccionales (...) Hay que intentar, pues, arbitrar métodos nuevos y remedios varios para superar esta crisis; pero hay que realizarlo con cautela; conocido es por todos que algunos de estos intentos han conducido a planteamientos que han resultado a la postre, mucho más peligrosos que los vicios que intentaban solucionar, en la medida en la que ha producido una huida del Derecho Administrativo”, en ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1-4.

6 MIGUEZ MACHO, L.: “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, en AA.VV.: *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia* (coord. por L. MIGUEZ MACHO y B. GONZÁLEZ MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 259.

como es sabido, más allá de los elementos susceptibles de crítica<sup>7</sup>, la referida ley fue la primera<sup>8</sup> en enarbolar la bandera de la mediación para acto seguido regularla con cierto detalle: estatuto del mediador; principios informadores e instituciones de mediación, etc<sup>9</sup>.

Con todo, el desarrollo de la mediación ha contado con una fortuna desigual en otros órdenes jurisdiccionales. Nótese a este respecto el intrincado camino de la mediación penal -surcado de no pocas críticas: ámbito objetivo, subjetivo, etc.<sup>10</sup>-, hasta la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito<sup>11</sup>.

7 Por ejemplo, la problemática en relación a la formalización del acuerdo de mediación; la relativa a las exigencias formativas, etc.

8 *Grosso modo*.

9 Repárese en el espectacular desarrollo de la mediación determinados espacios como por ejemplo, CASTILLEJO MANZANARES, R. y ALONSO SALGADO, C.: "Una lectura restaurativa acerca de los 'códigos éticos' de la Policía: mucho más que mediación policial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018; ALONSO SALGADO, C.: *La mediación en el proceso penal del menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017; SOLETO MUÑOZ, H.: "Mediación laboral. Mediación comunitaria", en AA.VV.: *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (coord. por H. SOLETO MUÑOZ y M. OTERO PARGA), Tecnos, Madrid, 2007; FRANCO CONFORTI, O. D.: "Mediación electrónica (e-Mediación)", *Diario La Ley*, núm. 8519, 2015; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: "La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal", *Diario La Ley*, núm. 8225, 2014; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La mediación en los mecanismos de expresión del conflicto laboral. Mediación y huelga", en AA.VV.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (coord. por A. LOZANO MARTÍN y G. OROZCO PARDO), Tecnos, Madrid, 2015; GALEOTE MUÑOZ, M. P.: "La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 34, 2014; VARELA GÓMEZ, B.: "Mediación penal y procedimiento de menores", en AA.VV.: *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018; VALIÑO CES, A.: "La mediación en el precurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015", en AA.VV.: *Los desafíos de la justicia en la era post crisis* (coord. por A. NEIRA PENA), Atelier, Barcelona, 2016; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: "La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal", en AA.VV.: *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013; etc.

10 *Vid.*, ALONSO SALGADO, C.: *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; CASTILLEJO MANZANARES, R.: "El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género", *Diario La Ley*, 2016, núm. 8884; BARONA VILAR, S.: *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; etc.

11 Ya la Decisión Marco de la Unión Europea 2001/220/JAI, de 15 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de la Víctima en el proceso penal establecía en sus artículos 10 y 17: artículo 10, "1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales"; artículo 17, "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en la presente Decisión marco: en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006 (...)". Pero el Gobierno Español, no cumplió con la obligación encomendada por los artículos 10 y 17 de la Decisión Marco, toda vez que pretendía ser acometida a la vez que la promulgación de la imprescindible nueva LECrim. Más concretamente, el Gobierno español señaló mediante respuesta parlamentaria escrita 4/001242/000 de 9 de julio de 2004 que "(...)" se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de

La realidad evidencia que son muchos los ámbitos en los que el desarrollo del procedimiento mediador dista mucho de ser satisfactorio. Tal y como se anticipaba, especial mención merecen a este respecto las reticencias que su implantación sigue provocando en el ámbito de las relaciones jurídico públicas. Ni que decir tiene que muchas de las objeciones cuentan con una base más que sólida. Y ello porque, en lo que ahora interesa, sus principios<sup>12</sup> y *leitmotiv* dificultan sesiblemente la solución alternativa<sup>13</sup> de conflictos. No obstante, lo que se viene de afirmar no debe llevar a equívoco en relación a la orientación del presente trabajo que es, sin duda, pro-mediación. Y ello porque, en primer lugar, que sea más difícil no significa que resulte imposible. Las dificultades representan un condicionante, no un determinante, representan un obstáculo que, sin duda, pueden ser salvado. Además, en segundo lugar, las potencialidades que estas formulaciones ofrecen -agilización<sup>14</sup>, simplificación, ahorro en costes, etc. -, resultan más que atractivas para el proceso contencioso-administrativo. Los motivos que justifican acudir a estos métodos en este marco "(...)" son las mismas que en el resto de órdenes jurisdiccionales, pero además, no

---

la misma", CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 174.

Así pues, se hizo preciso esperar hasta la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo y, concretamente, hasta su transposición a través de la Ley *supra* referida.

- 12 "El sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al principio de legalidad, es una de las razones por las que muchos operadores jurídicos muestran reticencias a aceptar esta forma de solución de conflictos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero el único límite legal impuesto a la posibilidad de transigir es que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico, lesivo al interés público o a terceros. El campo de asuntos en los que se puede llegar a un acuerdo es, por tanto, grande, abarcando aquellos supuestos en los que hay incertidumbre sobre los hechos y el derecho a aplicar, así como aquéllos en los que se ejerce una potestad discrecional y puede elegirse entre varias alternativas. La garantía de que el acuerdo no supone un desconocimiento flagrante de la legalidad ni del interés público o el de terceros está, precisamente, en que es supervisado por un juez, una de cuyas funciones es ponderar si se respetan los límites de lo que puede ser objeto de transacción", en MOYA MEYER, L. H.: "Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo", en AA.VV.: *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 252.
- 13 Es habitual la referencia al referido carácter alternativo. Sin embargo, la alusión se hace en los términos que destaca BARONA VILAR cuando señala que "(...) se está produciendo una superación de la etapa exclusivista jurisdiccional como delimitación de nuestra disciplina, para abordar el futuro de la misma, que pasa necesariamente por la asunción de la tutela extrajurisdiccional en la resolución de conflictos; tutela que no supone, a pesar de la utilización del nombre, una alternativa antagónica o excluyente a los tribunales sino que no comporta, en muchos casos, (...) un comportamiento desde los tribunales o para que los tribunales puedan cumplir su función de manera más efectiva", en BARONA VILAR, S.: *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 17.
- 14 En relación a la conocida lentitud en este ámbito, cabe destacar que "(...) un tercio de los procedimientos pendientes de resolución sólo están a la espera de que se dicte sentencia; es decir, que habiéndose cumplimentado todas las instancias, las partes deben esperar meses y hasta años sin que procedan nuevos actos procesales para ver resueltas su acción y su oposición. Así pues, se conjuga una media más que notable de actuaciones indebidas de la Administración, con un nivel de lentitud apreciable en orden a conseguir la sentencia contradictoria de fondo por parte de aquellos particulares que han tenido que acudir al tribunal que, finalmente, les dará la razón (...) sería del género iluso negar la evidencia y el sentir general de los profesionales y de los justiciables: que la tardanza en resolver es un común denominador en nuestros tribunales contencioso-administrativos y que, en un buen número de ocasiones, ese factor se convierte en una situación exasperante, sobre todo para el administrado que al final consigue una resolución estimatoria. De hecho, la alusión a la lentitud y sus consecuencias perjudiciales para la prestación del servicio público de justicia se repite en las sucesivas reformas de la Jurisdicción desde la Ley Santamaría de Paredes hasta la vigente LJ98", en BREMOND TRIANA, L. M.: *La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo*, Reus, Madrid, 2013, pp. 23-24.

olvidemos que junto con los tradicionales principios garantistas del procedimiento, hemos de dar cabida otros principios como el de participación, transparencia, eficacia y consensualidad<sup>15</sup>.

Así pues, no cabe duda de que merece la pena salvar las dificultades y examinar las opciones que desde una perspectiva garantista permitan su incorporación al ámbito que ahora interesa. Insistimos, no se pretende obviar aquí la difícil interacción de los métodos de la *Alternative Dispute Resolution* en el referido contexto, únicamente se pone el acento en que "(...) la mediación en el ámbito contencioso-administrativo constituye un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante la interposición de fórmulas procedimentales de composición basadas en la autonomía de las partes y fundadas en la armonía social"<sup>16</sup>.

En conclusión, el evidente desarrollo de las formulaciones alternativas de resolución de controversias invita al esfuerzo analítico para efectuar una radiografía crítica que ponga negro sobre blanco acerca de las potencialidades y reparos de su aplicación en un ámbito tan controvertido como el relativo al proceso contencioso-administrativo<sup>17</sup>.

### III. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN UN CONTEXTO DE DIFICULTADES. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.

Habida cuenta de lo que se viene de explicar, corresponde ahora detenerse en algunas de las vías más evidentes para la canalización de la metodología ADR<sup>18</sup> en el proceso contencioso-administrativo. En efecto, con la Ley 29/1998, de 13 julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>19</sup>, tal posibilidad toma cuerpo,

15 AVILÉS NAVARRO, M.: *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), 2015, p. 187-188.

16 CARBALLO MARTÍNEZ, G.: "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013, p. 18.

17 De interés, GIL ROBLES, A.: "La mediación administrativa como alternativa", *Revista del Poder Judicial*, núm. 84, 2012, pp. 40-43.

18 En relación a estos métodos, cabe destacar que "Se iniciaron en EEUU a raíz de las manifestaciones de insatisfacción con la administración de justicia y los estudios de los antropólogos de los años sesenta y setenta (PALUMBO, MUSHEN e HALLET) (...) Los proyectos iniciales comunitarios o de barrio fueron sostenidos inicialmente por el Estado Federal animado por una corriente de deslegalización y desjudicialización de los conflictos, dictándose en 1980 la *Dispute Resolution Act* que estableció una regulación para tales estructuras. El movimiento se denominó genéricamente *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Sus propuestas dentro del ámbito penal se dejaron notar en relación al comunitarismo y la mediación penal, especialmente en las *Community Boards* de EEUU, que tratan, a diferencia de las VORP, casos civiles y penales", en GORDILLO SANTANA, L.F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Lustel, Madrid, 2007, pp. 133-134.

19 En adelante, Ley 29/1998. Con anterioridad a esta Ley 29/1998, en relación a la terminación anormal del proceso contencioso-administrativo en la Ley de 1956 cabe destacar la: "(...) formulación realmente avanzada de los modos de terminación anormal en su aspecto técnico, que es más amplia y profusa que la establecida en la mayoría de

fundamentalmente, a través de la sección novena del capítulo I de su título IV, a saber, los denominados "Otros modos de terminación del procedimiento".

Así pues, contextualizado en el marco referido, conviene notar, en primer lugar, la opción del desestimiento<sup>20</sup>. De conformidad con el artículo 74 de la Ley 29/1998, el recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia. Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. En el caso de que, tras el traslado a las otras partes, éstas prestaran conformidad o no se opusieran al desistimiento<sup>21</sup>, se dictará decreto en el que se declarará finalizado el

---

la legislación procesal administrativa comparada, y me atrevo a decir que la propiamente civil. Desde ese punto de vista, la LJ56 es sobresaliente. Ahora bien, la regulación contenida en los artículos 88 a 91 LJ56 no está tampoco exenta de críticas. Una de las objeciones que, a mi juicio, puede hacerse es que la LJ56 reguló los modos de terminación anormal del proceso con grandes cautelas y beneficios hacia la Administración (autorizaciones, posibilidad de 'reformular' lo satisfecho con la carga para el administrado de volver a instar el recurso...), limitando así la novedosa aplicación del principio antiformalista predicado en su Exposición de Motivos, y lastrando su plena aplicación. Además, perdió la oportunidad de incluir otras fórmulas auto o heterocompositivas que facilitarían la terminación anormal (conciliación, transacción, arbitraje), si bien es verdad que bastante hizo con sistematizar y ordenar las ordinarias", en BREMOND TRIANA, L. M.: *La terminación anormal*, cit., p. 78.

- 20 "Dicho modo de terminación anticipada puede definirse como el acto procesal del demandante consistente en aquella manifestación de voluntad unilateral en virtud de la cual abandona, se aparta o se separa, no ya de la acción ni del derecho fundamento de la pretensión, sino el pleito mismo. El autor del proceso evita la sentencia de fondo y renuncia a sus efectos propios. Con ello, una vez dictada la resolución judicial que acepta aquella declaración, el actor se reserva la posibilidad de entablar un nuevo proceso con la misma pretensión mientras la acción que le asiste no haya prescrito. Es, por así decirlo, 'una renuncia pro nunc, pro tempore', 'la manifestación única de voluntad con que el actor declara no querer por ahora pretender la declaración de certeza por parte del Estado de las relaciones jurídicas deducidas en juicio en vía de acción' (...) Por las razones expuestas hasta aquí, defino el desistimiento en lo contencioso-administrativo como aquel acto procesal, unilateral y de parte, en concreto, del demandante (o, en su caso, del recurrente), que consiste en una declaración expresa o tácita, pero en ambos casos inequívoca, por la que manifiesta al tribunal su voluntad de abandonar el proceso o recurso en sentido formal, por él instado. Declaración que no tiene por qué estar fundamentada en un motivo concreto, ni mucho menos en una asunción de las razones que sostienen la oposición por parte del demandado. Así pues, el desistimiento, a diferencia de la renuncia a la acción, recae sobre el recurso. Ahora bien, dicho abandono genera como efecto que no haya un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto controvertido, de modo que el actor se reserva la posibilidad de poder volver a ejercitar de nuevo el recurso-acción y a reiterar la misma pretensión imprejuzgada, junto con otras, en su caso, siempre que su derecho a dicho recurso no se haya extinguido por el paso del tiempo u otras causas obstativas diferentes", en BREMOND TRIANA, L. M.: *La terminación anormal*, cit., pp. 84-90.
- 21 A juicio de QUINTANA CARRETERO, "El desistimiento es una declaración de voluntad efectuada por el demandante con la conformidad del demandado mediante la cual manifiesta su deseo de abandonar la pretensión ejercitada en el recurso contencioso-administrativo. No cabe confundirse el desistimiento con la renuncia, a la que no se refiere expresamente la Ley, en cuanto que, así como aquél comporta un abandono del ejercicio de la pretensión en un procedimiento determinado, ésta supone una dejación del derecho. Por eso el desistimiento, en principio, no produce efectos materiales de cosa juzgada, y no se impide que el demandante pueda volver a instar la continuación del procedimiento, antes bien, está expresamente prevista esta posibilidad en el artículo 74.7 de la LJCA, al que luego se aludirá. Además, el desistimiento no adquiere eficacia procesal en cuanto acto de la parte, sino en cuanto acto judicial. El escrito de desistimiento presentado por la parte no pone fin al proceso por sí solo, siendo preciso aguardar hasta la emisión de la correspondiente resolución judicial que, aceptándolo, ponga fin a la tramitación. Es más, el órgano judicial ni siquiera se encuentra vinculado por la pretensión de desistimiento, pudiendo rechazarla y continuar el procedimiento, lo que se produce, incluso, en los procesos ligados de forma más estricta al principio dispositivo, puesto que, junto al interés de la parte que pretende desistir, pueden existir intereses del resto de las partes que el órgano judicial puede considerar dignos de atención a efectos de continuar adelante (STC 89/2011, de 6 de junio). El artículo 74 dispone una regulación completa del desistimiento, estableciendo sus requisitos subjetivos, objetivos y de actividad, en la más pura técnica procesalista, con determinación del procedimiento y de sus efectos, por lo que tal regulación completa es incompatible con el régimen supletorio de la LEC (STS de 1 de enero de 2004, rec. 7296/2001)", en

procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia. En caso contrario, o si se apreciara daño para el interés público<sup>22</sup>, se informará al órgano jurisdiccional para que resuelva lo que corresponda<sup>23</sup>. Evidentemente, cabe la posibilidad de que fueren varios los recurrentes, en cuyo caso “el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido”<sup>24</sup>.

Cuando el desistimiento provenga de la Administración pública, deberá presentarse testimonio del acuerdo adoptado –de acuerdo con la legalidad vigente– por el órgano competente<sup>25</sup>.

Igualmente, cabe que el demandado se allane<sup>26</sup> siempre y cuando se hubieran satisfecho las exigencias del artículo 74.2 de la Ley 29/1998. Una vez haya tenido lugar el allanamiento<sup>27</sup>, el órgano jurisdiccional dictará, sin más trámites, sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, a excepción de que ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>, en cuyo caso, comunicará

---

QUINTANA CARRETERO, J.P.: *Prontuario de Derecho administrativo y contencioso-administrativo para abogados*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2016, pp. 1347-1348.

- 22 En relación a la posibilidad de rechazar razonadamente el desistimiento cuando se aprecien daños para el interés público, *vid.* la sentencia número 806/2003, de 7 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- 23 Apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 74 de la Ley 29/1998.
- 24 Apartado 5 del artículo 74 de la Ley 29/1998.
- 25 Final del apartado 2 del artículo 74 de la Ley 29/1998.  
Y termina el artículo 74 de la Ley 29/1998 indicando que “(...) 6. El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas. 7. Cuando se hubiera desistido del recurso porque la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, y después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el actor podrá pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio. Si el Juez o Tribunal lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito alegaciones complementarias sobre la revocación. 8. Desistido un recurso de apelación o de casación, el Secretario judicial sin más trámites declarará terminado el procedimiento por decreto, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas al órgano jurisdiccional de procedencia”.
- 26 “De todos los modos de terminación anormal, el allanamiento ha sido el que, aparentemente, menos cambios ha sufrido en la LJ98 respecto de la regulación anterior. Como hecho demostrativo de esa afirmación diré que las nuevas previsiones no han sido objeto de enmienda alguna a lo largo del trámite parlamentario. Tampoco ha merecido demasiada atención en los informes y dictámenes previos del CGPJ o del Consejo de Estado, ni en los comentarios de la doctrina hasta el momento. Por otro lado, en el aspecto omisivo, el legislador ha renunciado a incorporar alguno de los criterios jurisprudenciales que aclararon o matizaron procesal civil posterior sí hace, como por ejemplo el allanamiento parcial objetivo. Partimos pues, de una situación de inercia o de conformismo con la normativa dada que sólo puede basarse en la presupuesta suficiencia de aquella regulación. En tales condiciones, es difícil acometer un estudio exhaustivo del artículo 75 LJ98 sin incurrir en la repetición de las críticas que ya apunté en el capítulo primero. No obstante esa dificultad inicial, en las próximas páginas intentaré, como es la intención principal de este libro, acotar los problemas subsistentes, entrar en su estudio crítico y, en su caso, proponer soluciones”, en BREMOND TRIANA, L. M.: *La terminación anormal*, cit., pp. 211-212.
- 27 “El allanamiento es una declaración de voluntad efectuada por el demandado mediante la cual manifiesta su conformidad con la pretensión del demandante en el proceso contencioso-administrativo. Más que semejante al desistimiento, el allanamiento se parece a la renuncia, en tanto en cuanto que va a provocar una resolución judicial que produce todos los efectos de la cosa juzgada”, en QUINTANA CARRETERO, J.P.: *Prontuario de Derecho*, cit., p. 1349.
- 28 “Habiéndose allanado la parte demandada a las pretensiones de la actora, según acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de diciembre de 2012, procede estimar tales pretensiones al no suponer ello infracción

a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las escuchará por plazo común de diez días, dictando después la sentencia que considere ajustada a Derecho. En el caso de que fueren varios los demandados, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no se hubiesen allanado. Tal y como se explicaba en relación al desistimiento, cabe la posibilidad de que fueren varios los demandados, en cuyo caso "el procedimiento seguirá respecto de aquellos que no se hubiesen allanado"<sup>29</sup>.

Cabe también, en tercer lugar, que si presentado recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconoce totalmente<sup>30</sup> en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional, cuando la Administración no lo hubiere hecho. El letrado de la Administración de Justicia mandará oír a las partes por plazo común de cinco días y, previa comprobación de lo alegado, el órgano jurisdiccional dictará auto en el que declarará finalizado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último supuesto dictará sentencia ajustada a Derecho<sup>31</sup>.

Finalmente, en los procedimientos en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de parte, formuladas la demanda y la contestación<sup>32</sup>, podrá someter a la valoración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que sirva para terminar el conflicto, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en concreto, cuando trate sobre una estimación de cantidad<sup>33</sup>.

Permítasenos a este respecto un pequeño excurso. La limitación de materias que se viene de apuntar ha sido enarbolada en multitud de ocasiones para destacar las dificultades de la práctica del procedimiento mediador<sup>34</sup> en un ámbito como el

---

manifiesta del ordenamiento jurídico (artículo 75.2 de la Ley Jurisdiccional)", en STS 1999/2013, de 8 de marzo.

29 Artículo 75 de la Ley 29/1998.

De interés en la materia, auto 18 enero 2018 del Tribunal Supremo.

30 De interés al respecto, *vid.* la sentencia número 759/2003, de 20 junio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

31 Artículo 76 de la Ley 28/1998.

Para el debate, *vid.* STS 2470/2016, de 18 de noviembre.

32 "El uso del silencio lleva a numerosos pleitos sin respuesta que podrían solventarse con una negociación simple, siendo a la vista de las armas de las partes (alegatos de demanda y contestación y pruebas aportadas) cuando se abre el espacio negociador. En cambio tras las pruebas y particularmente de las pericias judiciales se refuerza o debilita notablemente la posición de las partes con lo que la resistencia al procedimiento de mediación es mayor por las partes", en CHAVES GARCÍA, J. R.: "La mediación en el ámbito contencioso-administrativo local y sanitaria", *Poder Judicial*, 2017.

33 Párrafo primero del artículo 77.1 de la Ley 29/1998.

34 También de otras formulaciones ADR.

que ahora interesa<sup>35</sup>. No se negará aquí que, como afirma BREMOND TRIANA, la “(...) regulación del artículo 77<sup>36</sup> LJ98 es una muestra patente de como el voluntarismo del legislador choca con la terca realidad de la praxis procesal cotidiana de modo que, al final, la previsión normativa deviene casi inútil por su escasísima utilización”<sup>37</sup>. Con todo, a nuestro juicio, más allá de la evidente existencia de una multitud de espacios en los que resulta complejo llegar a acuerdos, “(...) ello no implica necesariamente que sea impracticable, sino que deben individualizarse aquellas áreas o supuestos en los que existe un espacio para la negociación entre las partes y, en consecuencia, sea más factible la utilización del procedimiento de mediación”<sup>38</sup>.

Volviendo al hilo principal, los representantes de las Administraciones públicas demandadas precisarán la autorización oportuna para la transacción, de conformidad con las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos<sup>39</sup>.

Sobre lo que se viene de señalar, se hace preciso subrayar que, en primer lugar, la tentativa de conciliación<sup>40</sup> no suspenderá el curso de las actuaciones, –a excepción

35 “Este es uno de los puntos normalmente utilizados (junto con el principio de legalidad) para cuestionar la posibilidad de transar en esta jurisdicción. La Ley se limita a decir que es posible hacerlo ‘sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad’. Mi experiencia me demuestra que incluso en el ámbito del procedimiento sancionador es posible llegar a acuerdos, por ejemplo rebajando la sanción al mínimo legal, sin que, por tanto, sufra el principio de legalidad. En cualquier caso, creo que no debe existir cuestión en que en fase de ejecución de sentencia no existe límite alguno a la transacción y que el esgrimido respeto del principio de legalidad queda muy debilitado como excusa en todos aquellos supuestos en los que la resolución impugnada es el silencio administrativo. Mi experiencia personal indica que más del 80% de las demandas de responsabilidad patrimonial lo son contra desestimaciones presuntas, con lo que difícilmente habrá aquí límites a la transacción”, en ROJAS POZO, C., “La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en AA.VV.: *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 264-265.

Igualmente, de interés sobre la materia, *vid.*, MIGUEZ MACHO, L.: “Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, p. 25.

36 De interés, auto 3 abril 2001 del Tribunal Supremo.

37 BREMOND TRIANA, L. M.: *La terminación anormal*, cit., pp. 324-325.

38 GONZÁLEZ-MORO, MÉNDEZ, A.: “La mediación en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en AA.VV.: *La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2016, pp. 148-149.

39 “Estamos ante una barrera clásica a la mediación, negociación u otras técnicas encaminada a decidir sobre los intereses públicos. La misma ha sido aplicada de forma inflexible por parte de las administraciones públicas y por sus letrados. Además, en su interpretación, ha de tenerse que no la suple el poder notarial para pleitos que faculta para transigir al letrado o abogado de la administración, sino ‘que la delegación de competencias tiene un ámbito subjetivo circunscrito a los concejales o a la Junta de Gobierno’ (STSJ Castilla y León de 30 de Diciembre de 2013, rec. 776/2012). Eso sí, dado que tal autorización se impone para ‘llevar a efecto la transacción’, nada impide que se acometa el procedimiento de mediación y sujeto lo pactado a la condición suspensiva de la ulterior ratificación o autorización por la administración implicada, que en el ámbito local o sanitario vendrá dado por sus órganos de gobierno según sus respectivas competencias. En esta materia, nada impide que cada administración, bajo su potestad de autoorganización regule las condiciones y efectos de tal autorización por la administración bajo su potestad de autoorganización regule las condiciones y efectos de tal autorización y lo que es más importante, podría establecerse una reglamentación que facultase u otorgase implícitamente la autorización para la mediación y sus resultados en ámbitos materiales concretos o con limitaciones de cuantía”, en CHAVES GARCÍA, J. R.: “La mediación en el ámbito”, cit.

40 De interés, véase al respecto, GIL IBÁÑEZ, J. L.: “Arbitraje y conciliación en los tribunales Europeos”, en AA.VV.: *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia*



de que todas las partes personadas lo solicitasen—, y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. Además, en segundo lugar, si las partes alcanzaran un acuerdo que comporte la desaparición del conflicto, el órgano jurisdiccional dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera claramente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros<sup>41</sup>.

El escenario examinado permite identificar elementos de juicio más que esperanzadores desde una perspectiva filo-mediadora. Sin embargo, lo cierto es que la puesta en escena de esta clase de formulación ADR en diversos programas piloto en los últimos tiempos se ha caracterizado por alguna singularidad de relevancia con respecto al biotipo más prototípico de mediación. En este sentido, en más de una experiencia el procedimiento mediador se ha desarrollado en dependencias judiciales, con todo lo que ello comporta en relación al principio de neutralidad. Igualmente, aunque el artículo 77 hace alusión a un muy determinado momento procesal, a saber; "a una vez formuladas la demanda y la contestación", a decir verdad, en no pocas ocasiones —en la consideración de que resulta más conveniente—, la práctica forense sitúa el momento después de la formulación de las pruebas por las partes<sup>42</sup>.

Más allá de lo hasta ahora apuntado, lo cierto es que la peculiaridad más notable en relación a estas primeras experiencias es que en buena parte de ellas fue el juez el que desarrolló la función de mediador. Ello ha suscitado no pocas objeciones nucleadas en torno a la idea de que no se trata de un tercero ajeno al conflicto. Conviene notar al respecto que, en este contexto, si la mediación no finaliza con acuerdo, el juez va a tener conocimiento de informaciones proporcionadas por las propias partes durante el procedimiento mediador que, muy probablemente, en el legítimo desarrollo de su estrategia procesal, no habrían revelado en el proceso. En esas circunstancias, ¿es posible que la mediación sea, como se pretende, un espacio de confianza para el diálogo? Comoquiera que la relevancia de la objeción no es de orden menor, se buscan opciones para salvar las dificultades referidas, "(...) entre otras medidas asignando el conflicto a un juez o magistrado distinto del que va a resolver, o poniendo a disposición de las partes un panel de mediadores especializados (...) Otra solución que ha sido apuntada es la utilización de los secretarios judiciales para dicha labor; a semejanza del intento de conciliación laboral establecido en dichos procesos. La ampliación de las funciones de los secretarios

---

(coord. por MICHEZ MACHO, L. y GONZÁLEZ MORENO, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 67-71.

41 Artículo 77 de la Ley 29/1998.

De interés, RUIZ RISUEÑO, F.: *El Proceso Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 378 y ss.

42 BELANDO GARÍN, B.: "La mediación administrativa. Entre el Derecho a una buena Administración y la renovación de la Justicia", en AA.VV.: *Control administrativo y Justicia Administrativa* (coord. por J. AGUDO GONZÁLEZ), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, p. 215.

judiciales realizada a través del artículo 68 de la Ley 7/2015, de 21 de julio, permitirá sin duda esta actividad. En concreto, el nuevo artículo 456 de la LOPJ incluye ahora entre las funciones a desarrollar por los letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, la mediación<sup>43</sup>.

No se puede negar aquí, que las apuntadas constituyen opciones de interés para no acabar echando mano de una variante de la mediación que no hace sino poner en jaque, entre otros, el principio de confidencialidad<sup>44</sup>. Así pues, evidenciado el señalado marco de posibilidades en el proceso contencioso-administrativo<sup>45</sup>, en nuestra opinión, no hay argumento que sirva –desde una perspectiva netamente mediadora– para respaldar el rol del juez como mediador<sup>46</sup>.

En definitiva, habida cuenta de lo que se acaba de analizar, las opciones para los diversos métodos ADR resultan más que evidentes. Y ello porque, *ad maiorem* de las especificidades de la regulación prevista en la Ley 29/1998, a decir verdad, casi todos los métodos comparten un mismo ADN que posibilita, en no pocas ocasiones, una utilización prácticamente ambivalente.

43 BELANDO GARÍN, B.: “La mediación administrativa”, cit., pp. 214-215.

44 De interés: “Desde esta perspectiva, no parece apropiado que sea el juez del proceso el que lleve a cabo personalmente la mediación, sin perjuicio de que pueda invitar y animar a las partes al uso de este sistema de resolución de conflictos. Ello se enmarca dentro de lo que se viene denominando actividad premediadora, esto es, disponer favorablemente a las partes para que el litigio se resuelva por el uso de medios pacíficos y consensuados”, en GONZÁLEZ-MORO, MÉNDEZ, A.: “La mediación en el ámbito”, cit., p. 151.

45 A este respecto, *vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016, pp. 165 y ss.

46 Entiéndase la figura en los parámetros referidos. Así pues, no podemos sino discrepar cordialmente en relación a lo defendido en ROJAS POZO, C.: “La mediación intrajudicial”, cit., pp. 257-266. Para el debate: “El juez responsable de conducir un proceso judicial no es la persona idónea para llevar a cabo una mediación entre las partes, porque la clave del éxito de ésta está en el respeto a la confidencialidad. La tendencia natural de las partes será la de desconfiar de un mediador a quien también se encomienda la tarea de resolver de manera imperativa un conflicto. La probabilidad de que expongan sinceramente ante el juez mediador cuales son sus anhelos y preocupaciones será más remota. La función del juez mediador se verá dificultada por el riesgo de que las partes perciban que prejuzga las cuestiones jurídicas debatidas. La primera labor del juez mediador será la de generar confianza en los litigantes. La premisa fundamental es explicar con claridad a los contendientes que son libres de participar en la mediación, y que no tendrá ninguna repercusión sobre sus posibilidades de ganar el proceso la negativa a tomar parte en el procedimiento de mediación o el fracaso en la búsqueda de un acuerdo. El juez mediador procurará que sean las partes las que propongan por sí mismas la solución a sus problemas. Si decidiera en un determinado momento de las conversaciones expresar una opinión provisional sobre cuál sería la solución en Derecho al problema planteado, deberá asegurarse de que todos están de acuerdo en que así lo haga, y la expondrá de manera tal que no transmita la sensación de que se trata de un juicio definitivo. En estos casos el juez no hace otra cosa sino revelar a las partes cuál es su visión actual de la solución que deba darse al conflicto, que puede ir cambiando a medida en que avanza el proceso. Esto permitirá a las partes, en su caso, reforzar aquellos argumentos que no hayan sido convincentes para el juez, y concentrar su esfuerzo probatorio en los hechos que este considera relevantes. Los inconvenientes de la mediación practicada por el juez que conoce del proceso pueden ser evitados si la mediación se encomienda a jueces que no tienen intervención en el proceso. Las formas en las que puede encargarse a un juez ajeno al proceso la tarea de mediar entre las partes son variadas. La figura del juez de un tribunal liberado de funciones jurisdiccionales, dedicado exclusivamente a la mediación, permite a este una especialización en las técnicas de mediación. Los casos son derivados al juez mediador por las distintas secciones del tribunal, cuando consideren que son aptos para este modo alternativo de resolución del conflicto, por iniciativa propia, consultadas las partes del proceso, o a instancias de estas. También puede encargarse la mediación a un juez de una sección distinta a la que conoce del asunto, o al juez de otro de los juzgados unipersonales existentes en el partido judicial, haciendo las previsiones oportunas en cuanto al reparto de la carga de trabajo”, en MOYA MEYER, L. H.: “Apuntes sobre la mediación”, cit., pp. 249-251.

No cabe duda de que mediación y proceso contencioso-administrativo constituyen en la actualidad un binomio de interés para el sistema de Justicia español<sup>47</sup>, toda vez que, además, en el supuesto de la mediación vinculada con el proceso, "(...) cabe incluir tanto la mediación intrajudicial amparada por el artículo 77 LJCA, como las mediaciones producidas al margen del proceso (extraprocesales) que se traducen en la extinción de este (allanamiento, artículo 75 LJCA o el desistimiento o la renuncia a la acción contencioso-administrativa, artículo 74 LJCA) (...) "<sup>48</sup>.

---

47 "(...) los ADR pueden ayudar a paliar el colapso o retraso que en el ámbito de la Administración de la Justicia se origina, y en lo que se refiere al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pueden contribuir a mejorar su funcionamiento. Hemos de tener en cuenta, que en numerosas ocasiones se produce una jurisdiccionalización de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, ante la denegación rutinaria de sus derechos en vía administrativa (...) Sería deseable optimizar el funcionamiento de las herramientas existentes, contar con una vía administrativa eficaz y garantizar un asesoramiento adecuado para el caso de que el ciudadano no vea satisfechos sus derechos en dicha vía, pudiendo acudir a la institución más adecuada en función del caso concreto para hacer valer sus pretensiones frente a la Administración, vía que no tiene por qué ser en todo caso la jurisdiccional sino que hemos de abrir camino a los diferentes ADR, entre ellos la mediación, ello requiere de cambios normativos, organizativos y culturales en nuestro ordenamiento jurídico", en AVILÉS NAVARRO, M.: *La mediación intrajudicial*, cit., p. 187.

48 BELANDO GARÍN, B.: "La mediación administrativa", cit., p. 209.  
Se vuelve a destacar aquí, lo ya apuntado anteriormente, en tanto que, al amparo del referido artículo 77 de la Ley 29/1998, por ejemplo, caben diferentes respuestas ADR.  
"En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al igual que en otros órdenes, es evidente la confusión entre los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos. No existe una delimitación clara entre ellos (...)", en AVILÉS NAVARRO, M.: *La mediación intrajudicial*, cit., p. 188.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SALGADO, C.: *La mediación en el proceso penal del menor en el sistema de Justicia español*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2017.

ALONSO SALGADO, C.: *La mediación en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

AVILÉS NAVARRO, M.: *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo*, Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (Madrid), 2015.

BARONA VILAR, S.: *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BARONA VILAR, S.: *MEDIACIÓN PENAL: FUNDAMENTO, FINES Y RÉGIMEN JURÍDICO*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BELANDO GARÍN, B.: "La mediación administrativa. Entre el Derecho a una buena Administración y la renovación de la Justicia", en AA.VV.: *Control administrativo y Justicia Administrativa* (coord. por J. AGUDO GONZÁLEZ), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016.

BELANDO GARÍN, B.: "La mediación en supuestos de responsabilidad administrativa", *Diario La Ley*, núm. 8666, 2015.

BUENO DE MATA, F.: "Mediación on-line. ¿La mediación del futuro?", en AA.VV.: *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis* (coord. por F. MARTÍN DÍZ), Andavira, Santiago de Compostela, 2011.

CARBALLO MARTÍNEZ, G.: "La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 29, 2013.

CARBALLO MARTÍNEZ, G.: *La Mediación Administrativa y el defensor del Pueblo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y ALONSO SALGADO, C.: "Una lectura restaurativa acerca de los 'códigos éticos' de la Policía: mucho más que mediación policial", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: "El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 8884, 2016.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010.

CHAVES GARCÍA, J. R.: "La mediación en el ámbito contencioso-administrativo local y sanitaria", *Poder Judicial*, 2017.

CHICO DE LA CÁMARA, P.: "Hacia una nueva cultura de resolución de conflictos en la esfera del Derecho Público mediante el uso de las ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)", en AA.VV.: *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos* (coord. por P. CHICO DE LA CÁMARA), INAP, Madrid, 2017.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Libro blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

CRUZ PARRA, J.A.: "La mediación policial", en AA.VV.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (coord. por A. M. LOZANO MARTÍN), Tecnos, Madrid, 2015.

DUPLÁ MARÍN, M.T. y MARRODÁN HERRERO, D.: "La mediación en los conflictos de propiedad intelectual. ¿Cómo preparar una mediación en materia de propiedad intelectual? Diez reflexiones útiles y eficaces", *Diario La Ley*, núm. 8829, 2016.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La mediación en los mecanismos de expresión del conflicto laboral. Mediación y huelga", en AA.VV.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (coord. por A. M. LOZANO MARTÍN, y G. OROZCO PARDO), Tecnos, Madrid, 2015.

FRANCO CONFORTI, O. D.: "Mediación electrónica (e-Mediación)", *Diario La Ley*, núm. 8519, 2015.

GALEOTE MUÑOZ, M.P.: "La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La mediación concursal", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 34, 2014.

GIL IBÁÑEZ, J. L.: "Arbitraje y conciliación en los tribunales Europeos", en AA.VV.: *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia* (coord. por L. MICHEZ MACHO y B. GONZÁLEZ MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIL ROBLES, A.: "La mediación administrativa como alternativa", *Revista del Poder Judicial*, núm. 84, 2012.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: "La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal", *Diario La Ley*, núm. 8225, 2014.

LÓPEZ GARCÍA, J.: "La mediación en España. En especial, la mediación concursal", *Revista de investigación universitaria*, núm. 12, 2016.

MIGUEZ MACHO, L.: "Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", en AA.VV.: *Resolución judicial y extrajudicial de conflictos en el proceso de modernización de la Administración de Justicia* (coord. por: L. MIGUEZ MACHO y B. GONZÁLEZ MORENO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MIGUEZ MACHO, L.: "Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

MOYA MEYER, L. H.: "Apuntes sobre la mediación en el proceso contencioso-administrativo", en AA.VV.: *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

NOYA FERREIRO, L.: "Introducción a la mediación penal", en AA.VV.: *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018.

ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: "La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias", *Diario La Ley*, núm. 8111, 2013.

PÉREZ-UGENA, M. (Dir.): *Mediación y deporte*, Dykinson, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: "La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal", en AA.VV.: *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013.

ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

ROJAS POZO, C.: "La mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa", en AA.VV.: *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

RUIZ RISUEÑO, F.: *El proceso Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

SOLETO MUÑOZ, H.: "Mediación laboral. Mediación comunitaria", en AA.VV.: *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (coord. por H. SOLETO MUÑOZ, y M. OTERO PARGA), Tecnos, Madrid, 2007.

VALIÑO CES, A.: "La mediación en el precurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015", en AA.VV.: *Los desafíos de la justicia en la era post crisis* (coord. por A. NEIRA PENA), Atelier, Barcelona, 2016.

VARELA GÓMEZ, B.: "Mediación penal y procedimiento de menores", en AA.VV.: *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (coord. por R. CASTILLEJO MANZANARES), Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2018.

LA TRADUCCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COOPERACIÓN  
JURÍDICA INTERNACIONAL CIVIL

*TRANSLATION IN THE FIELD OF CIVIL  
INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 336-367*





Silvia  
PONCE  
GONZÁLEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 6 de mayo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** En nuestro mundo globalizado existe una necesidad creciente de cooperación jurídica civil entre los Estados. En España, esta materia está regulada por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), que establece la traducción obligatoria de los documentos procedentes de otros países o con origen en España. Se analizará el tipo de traducción requerida tanto por dicha Ley como por la normativa de la Unión Europea sobre cooperación civil, con particular atención al Reglamento UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, y con mención del desarrollo reglamentario para la Oficina de Interpretación de Lenguas previsto en la Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Cooperación jurídica internacional civil; traducción privada; traducción oficial; Reglamento UE 2016/1191; Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2014; proyecto de Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas.

**ABSTRACT:** *In our globalised world there is a growing need for civil legal cooperation between States. In Spain, the applicable legislation is the Civil International Legal Cooperation Act 29/2015 of 30th July which deals with the duty to translate the documents with origin in Spain or abroad. The kind of translation required by said Act as well as by EU regulations will be analysed with special emphasis on EU Regulation 2016/1191. The regulatory development for the Language Interpretation Office foreseen under Additional Provision 16 of Act 2/2014 of 25th March on the State Foreign Action and Service will likewise be examined.*

**KEY WORDS:** *Civil international legal cooperation; private translation; official translation; EU Regulation 2016/1191; Additional Provision 16 of Act 2/2014; draft Regulation of the Language Interpretation Office.*

**SUMARIO.-** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. LA OBLIGATORIEDAD DE LA TRADUCCIÓN EN LA LCJIMC.- III. IMPUGNACIÓN DE LA TRADUCCIÓN PRIVADA. LA TRADUCCIÓN JURADA.- IV. LA TRADUCCIÓN A UNA LENGUA QUE EL DESTINATARIO ENTIENDA.- V. EL TRATAMIENTO DE LA TRADUCCIÓN EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS.- I. El requisito de la traducción en algunos Reglamentos europeos.- 2. El Reglamento (UE) 2016/1191.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El impacto del lenguaje en la transmisión de ideas se manifiesta especialmente en el ámbito del Derecho, que exige de los juristas un alto grado de precisión lingüística en el desempeño de su trabajo. Para el abogado, el lenguaje es una herramienta que entrelaza estrategia y táctica, que permite la manipulación de ideas y posee un potencial notable para afectar al resultado final del litigio<sup>1</sup>.

En este trabajo vamos a abordar un aspecto no menor del lenguaje como es la cuestión de la traducción escrita en la cooperación jurídica internacional civil. Según Fernando Cuñado de Castro, "es dentro de la jurisdicción civil y, especialmente, en materias de derecho civil y de familia, donde se plantea con mayor frecuencia la necesidad de traducir documentos y escritos"<sup>2</sup>. Es más, este artículo se centrará en la traducción escrita que, en materia de cooperación jurídica internacional civil, es mucho más frecuente que la interpretación oral.

Dentro del ámbito de la traducción jurídica escrita, aunque los autores<sup>3</sup> distinguen entre traducción jurídica, judicial, jurada, oficial, certificada, institucional y otras, según el contenido del texto a traducir, su destino o su autor, aquí solo distinguiremos entre traducción privada o libre (o traducción *tout court*) y traducción oficial o

1 DOMIJAN-ARNERI, M.: "Problems in Multilingual Litigation: A Practical Perspective", *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, ed. Susan Sarcevic, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2009, p. 345.

2 CUÑADO DE CASTRO, F.: "La validez de los documentos traducidos ante los Tribunales", *Abogacía Española*, julio 2012.

3 GUTIÉRREZ ARCONES, D. y ORTEGA ARJONILLA, E., citados en LARA AGUADO, A.: "La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho internacional privado español", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 32, 2016, p. 3.

### • Silvia Ponce González

Escuela de Doctorado de la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Profesora en esta Universidad de Legal English y English for Criminology. Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia. Traductora-Intérprete Jurado de inglés, francés e italiano. Intérprete de Conferencias. Contribución titulada "Fair Trial, Aequitas y Tutela Judicial Efectiva" al Congreso Internacional "Erolenguaje en Derecho Internacional Privado. Legislar, Traducir y Aplicar", Universitat Rovira i Virgili, junio 2018. Correo electrónico: silvia.ponce@ucv.es

jurada, dado que, como veremos, la legislación española e internacional únicamente distinguen entre estas dos.

Aunque las traducciones siempre han sido necesarias (véase la crítica que hizo Cicerón de la traducción excesivamente literal<sup>4</sup>), la demanda de traducción jurídica va constantemente en aumento debido al fenómeno de la globalización, tanto comercial como de la vida privada. En el pasado, el discurso jurídico estaba dirigido a un entorno profesional local, estrechamente ligado a valores culturales y sistemas identitarios específicos mientras que, actualmente, está implicado en un proceso globalizador; impulsado por profesionales e instituciones que operan en contextos inter o transculturales. Muchos de los textos jurídicos que empleamos en el ámbito local son el resultado de un proceso de traducción o adaptación de documentos más generales redactados en el ámbito internacional<sup>5</sup>.

En este proceso globalizador, la Unión Europea ha desarrollado y desarrolla un papel crucial<sup>6</sup>. Los tratados fundacionales son traducciones, así como los reglamentos europeos, en los que nos detendremos.

Si comparamos el ámbito civil con el penal, es obvio que se ha prestado mucha menos atención a las barreras lingüísticas en el proceso de cooperación jurídica internacional civil. El informe “Understanding Justice”<sup>7</sup> sobre la interpretación en el proceso civil, financiado por la Comisión Europea, ofrece algunas cifras ilustrativas del volumen de litigios transfronterizos en materia de divorcio (30.000 divorcios anuales en Alemania entre parejas de distinta nacionalidad) y el número mucho más elevado de juicios civiles en general frente al de procesos penales. El informe subraya que, a pesar de esta diferencia cuantitativa, en el proceso penal ya están en vigor distintos instrumentos internacionales que hacen referencia expresa a los problemas de comunicación en el proceso<sup>8</sup>. De hecho, los comentarios al art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup> citan la sentencia *Dombo Beheer B.V.*

4 “Non verbum pro verbo necesse habui reddere sed genus omne verborum vniq̄ue servavi” (No he creído necesario verter palabra por palabra, aunque sí debo conservar íntegros su tono y la fuerza de las expresiones), *De optimo genere oratorum*, Cicerón, año 43 a.C., en COPELAND, R.: *Rhetoric, hermeneutics, and translation in the Middle Ages: academic traditions and vernacular texts*, vol. 11, Cambridge University Press, 1995.

5 GOTTI M.: “Legal Drafting in an International Context: Linguistic and Cultural Issues”, en *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, ed. Susan Sarcevic, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2009, p. 277.

6 “L’Europe est née de la traduction et dans la traduction. Elle ne s’est fondée que sur des traductions”, MESCHONNIC, H.: *Poétique du traduire*, Verdier, Ladrassé, 1999, p. 33 citado en MONJEAN-DECAUDIN, S.: *La traduction du droit dans la procédure judiciaire. Contribution à l’étude de la linguistique juridique*, Paris, Dalloz, Paris, 2012, p. 18.

7 VANDEN BOSCH, Y. y VAN DER VLIS, E.: *Understanding Justice: an enquiry into interpreting in civil justice and mediation*, Middlesex University, Brooke Townsley, 2016, p. 3.

8 Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

9 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, European Court of Human Rights, actualizado a 31 de diciembre de 2017.

contra Holanda<sup>10</sup> para ilustrar la diferencia en el nivel de garantía de los derechos procesales: "The Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases"<sup>11</sup>. Ese margen más amplio se evidencia en que los requisitos inherentes al concepto "juicio equitativo" (*fair trial* en el original) no son necesariamente los mismos en asuntos relativos a los derechos y obligaciones civiles que en la determinación de una acusación penal.

Pero como sigue diciendo el citado informe<sup>12</sup>, la piedra angular del proceso es el derecho a la tutela judicial efectiva para todos, que incluye el derecho a la participación plena en el juicio contradictorio. Por consiguiente, la igualdad de armas debe asegurarse a cada una de las partes en el litigio, aunque no hable el idioma del proceso. En nuestro país, la prohibición de indefensión del art. 24 de la Constitución española alcanza a todos los procedimientos, como recuerda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 19 de enero de 2017<sup>13</sup>, que apreció la existencia de indefensión causada por la falta de traducción de documentos aportados al pleito en inglés: "La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable derecho de contradicción".

Centrada así la cuestión y puesta de manifiesto la importancia de la traducción como una exigencia derivada de la tutela judicial efectiva, constituyendo a su vez un derecho fundamental, vamos a estudiar la regulación de la traducción en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, tras la adopción de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC).

## II. LA OBLIGATORIEDAD DE LA TRADUCCIÓN EN LA LCJIMC.

El objetivo principal de la LCJIMC es, según su Preámbulo, ser un instrumento que aporte "seguridad jurídica y certidumbre añadidas al área de la cooperación jurídica internacional". La LCJIMC quiere hacer prevalecer los intereses de los ciudadanos, a fin de que vean protegidos sus derechos, incluido el derecho a una "tutela judicial internacionalmente efectiva". Uno de los elementos constitutivos de la seguridad jurídica es la obligatoriedad de la traducción como requisito mínimo

10 *Dombo Beheer B.V. c. Holanda*, sentencia de 27 octubre 1993.

11 *Dombo Beheer*, cit., nº 32.

12 VANDEN BOSCH, Y. y VAN DER VLIS, E.: *Understanding Justice*, 2016, cit. p. 6.

13 STSJ Islas Baleares 19 enero 2017 Roj: STSJ BAL 29/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:29 Id Cendoj: 07040340012017100012

de la solicitud de cooperación jurídica, establecida en el art. 10 f), que exige que se especifique en la solicitud “los documentos *debidamente traducidos*”<sup>14</sup>. El significado de “debidamente traducidos” no está claro, pudiendo querer decir *bien* traducidos, *correctamente* traducidos, o ser un mero recurso enfático. Según Lara Aguado, “al no precisarse quién puede hacer debidamente una traducción, abre la puerta a que pueda entenderse que es válida cualquier traducción”<sup>15</sup>.

El art. 11 LCJIMC, titulado “Idioma” establece, en su apartado 1, que “las solicitudes de cooperación jurídica internacional, y sus documentos adjuntos, que se dirijan a una autoridad extranjera, deberán acompañarse de una traducción a una lengua oficial del Estado requerido o aceptada por éste”<sup>16</sup>.

Si falta la traducción, se aplicará el art. 10.2 que prevé la devolución de la solicitud a la autoridad requirente para la subsanación del defecto. Según el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la LCJIMC, no cabe otra interpretación de la norma distinta de la devolución para la subsanación del defecto ya que, en otro caso, se “abriría directamente la puerta a la denegación, respuesta que podría resultar desproporcionada”<sup>17</sup>.

No obstante, dado que las solicitudes de cooperación civil se ejecutarán de conformidad con las normas procesales de cada Estado, habrá que estar a lo que disponga el Estado requerido. Así lo prevé el art. 25.1 perteneciente al Capítulo II sobre los actos de notificación y traslado de documentos judiciales, al indicar que deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial del Estado de destino o a una lengua que el destinatario entienda, “sin perjuicio de lo que pueda exigir la ley del Estado de destino”. En Francia, por ejemplo, para la legalización de documentos tanto públicos como privados se exige la traducción efectuada por un traductor habilitado para intervenir ante las autoridades judiciales o administrativas<sup>18</sup>.

Por el contrario, si el Estado de destino es España, las solicitudes de cooperación extranjeras dirigidas a una autoridad española y sus documentos adjuntos deberán acompañarse de una traducción con arreglo al art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su importancia transcribimos el tenor de este artículo:

---

14 Esta misma expresión “debidamente traducido” al idioma de la autoridad requerida aparece también en el art. 35.4 de la LCJIMC en referencia a las solicitudes de información del Derecho extranjero.

15 LARA AGUADO, A.: “La reforma de la traducción”, cit., p. 24.

16 En el Atlas Judicial Europeo pueden encontrarse las lenguas aceptadas por cada país, para los distintos reglamentos de cooperación civil. Por ejemplo, para las reclamaciones de escasa cuantía, España acepta, además del español, el inglés. Consultado en [https://e-justice.europa.eu/content\\_small\\_claims-354-es-es.do?member=I#a\\_III](https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-354-es-es.do?member=I#a_III)

17 Consejo de Estado, 26.3.2015, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Referencia 236/2015.

18 Décret no 2007-1205 du 10 août 2007 relatif aux attributions du ministre des affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes, Journal Officiel de la République Française, 12 de agosto de 2007.

“1. A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo. 2. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente y, en tal caso, si alguna de las partes la impugna dentro de los cinco días siguientes desde el traslado, manifestando que no la tiene por fiel y exacta y expresando las razones de la discrepancia, el Secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento, a costa de quien lo hubiese presentado. No obstante, si la traducción oficial realizada a instancia de parte resultara ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó”.

La LCJIMC remite a este artículo en dos de sus disposiciones: en el art. 11.2, y en el art. 54.4 d), relativo al procedimiento judicial de exequatur, según el cual la demanda de exequatur deberá ir acompañada de “las traducciones pertinentes con arreglo al art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Teniendo en cuenta que la LEC en vigor data del año 2000, y que la LCJIMC es de 2015, es sorprendente comprobar que el art. 956 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobre ejecución de sentencias extranjeras, al señalar únicamente que la traducción de la ejecutoria debía hacerse “con arreglo a derecho”, remitía al contenido del art. 601 de dicha Ley de 1881, prácticamente idéntico al art. 144 LEC en vigor:

“A todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano se acompañarán la traducción del mismo y copias de aquél y de ésta. Dicha traducción podrá ser hecha privadamente, en cuyo caso, si alguna de las partes la impugna dentro del tercer día manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la Interpretación de Lenguas para su traducción oficial”.

Las únicas diferencias, pues, entre la norma de 1881 y la vigente de 2000 a la que se remite la LCJIMC de 2015, son la mención de la lengua propia de la Comunidad Autónoma, el plazo de impugnación de la traducción, que en la versión del año 2000 se ha ampliado a cinco días, y la referencia a la Interpretación de Lenguas, en lugar de la traducción oficial por traductores-intérpretes jurados en caso de impugnación de la traducción privada. Es llamativa esta similitud teniendo en cuenta el punto VIII del Preámbulo de la LCJIMC que critica a la anterior normativa de los arts. 951 y siguientes de la LEC por “responder a planteamientos obsoletos”. Por consiguiente, o la normativa que regula las traducciones en el ámbito civil desde 1881 no es obsoleta, sino plenamente actual, o no se le ha prestado suficiente atención para valorar si su vigencia responde a las necesidades actuales de seguridad jurídica.

La obligación de aportar una traducción de los documentos redactados en lengua extranjera, establecida mediante la expresión “se acompañará traducción del

mismo” en el art. 144, apartado 1, ha sido corroborada en múltiples ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al privar de efecto probatorio al documento presentado en idioma extranjero sin traducción<sup>19</sup> (en este caso, un conocimiento de embarque)<sup>20</sup>, o también al afirmar que los documentos que fueron aportados sin traducir “no obran en autos”<sup>21</sup> al haber sido rechazados por el juez de instancia a causa de la falta de traducción. Por su parte, la sentencia de la AP de Valencia (sección 6ª) de 4 de junio de 2013<sup>22</sup> confirmó la desestimación de la demanda en primera instancia por falta de traducción dado que “no cabe entender acreditado que la resolución contractual llevada a cabo por el demandado haya sido contraria a derecho. En consecuencia, procede acordar la íntegra desestimación de la demanda interpuesta”.

Pero como iremos viendo, la cuestión no es tan unívoca como pueda parecer.

De hecho, existe bastante jurisprudencia, tanto mayor como menor, que acepta la traducción incompleta, los textos en *spanglish*<sup>23</sup>, o la falta de traducción, por ejemplo, en reclamaciones de deudas por parte de empresas extranjeras que han comprado créditos unas de otras<sup>24</sup>, sin considerar que ello pueda suponer indefensión. Sobre este punto, la STS Civil de 4 de octubre de 2017<sup>25</sup> rechazó el argumento de la recurrente, que negaba el valor probatorio de ciertos documentos en lengua inglesa y en *spanglish*, argumento que el Tribunal Supremo desestimó por considerar que su contenido era comprensible (literalmente, “el contenido de los documentos era tan limitado como evidente”). Esta *entendibilidad* del documento redactado en lengua extranjera ha sido aducida también en sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 16 de junio de 2017<sup>26</sup> respecto de la falta de traducción de unos documentos redactados en portugués, según la cual “habrá de estarse al caso concreto y tener en cuenta si realmente dicha falta de traducción comporta una

19 STS Civil (Sección 1ª) 10 octubre 2005 Roj: STS 6001/2005 - ECLI: ES:TS:2005:6001.

20 “El conocimiento de embarque se presenta en lengua extranjera sin traducción, por lo que no puede producir ningún efecto”.

21 STS Civil (Sección 1ª) 16 octubre 1989 Roj: STS 5421/1989 - ECLI: ES:TS:1989:5421 Id Cendoj: 28079110011989100911: “La literalidad del precepto en que se apoya el motivo requiere que los documentos en que se basa el error denunciado «obren en autos», requisito que no se cumple respecto de los invocados en el motivo, que fueron rechazados por el Juzgado por Auto de 22 de julio de 1980, por no haberse acompañado la traducción de los mismos que exige el párrafo 1. del art. 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

22 SAP Valencia 4 junio 2013 Roj: SAP V 3766/2013 - ECLI: ES:APV:2013:3766 Id Cendoj: 46250370062013100313.

23 *Spanglish* o *espanGLISH* es la unión de Spanish e English, y es un dialecto hablado sobre todo por la comunidad hispana de los Estados Unidos. Consiste en tomar palabras inglesas y españolizarlas como por ejemplo *rent* (alquilar), por *rentear*, o en lugar de *hacer marketing*, *marketear*.

24 SEVILLA CÁCERES, F.: “Aportación de documentos a la demanda no traducidos al castellano”, *Mundo Jurídico*, 12 de febrero de 2015. Disponible en línea en: <https://www.mundojuridico.info/aportacion-de-documentos-la-demanda-no-traducidos-al-castellano/>

25 STS Civil (Sección 1ª) 14 octubre 2017 Roj: ATS 9085/2017 - ECLI: ES:TS:2017:9085A Id Cendoj: 28079110012017202262.

26 SAP Zamora 16 junio 2017 Roj: SAP ZA 272/2017 - ECLI: ES:APZA:2017:272 Id Cendoj: 49275370012017100271.

verdadera indefensión para la parte que los recibe, siendo esta la postura que nos parece más adecuada y ajustada al derecho a la tutela judicial efectiva". El Tribunal consideró que los documentos eran *entendibles* y que, por tanto, no había existido indefensión. Abrimos un paréntesis para aclarar que el caso del idioma portugués presenta la peculiaridad de ser idioma aceptado por España para recibir la solicitud y comunicaciones previstas en el Reglamento 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. Afirma Alfonso Ybarra Bores<sup>27</sup> que esta aceptación se deriva del art. I del Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación judicial en materia penal y civil de 19 de noviembre de 1997<sup>28</sup>.

No obstante, la aceptación de la falta de traducción de un documento redactado en lengua extranjera por ser *entendible* implica el riesgo de mala comprensión o de comprensión incompleta del texto original. No parece una postura razonable en el ámbito del Derecho, que posee un lenguaje técnico propio en el que la precisión en el uso de las palabras es esencial. Baste recordar las consecuencias de un mínimo cambio en la traducción al francés de la frase condicional española pronunciada por el juez Llarena en el contexto de una conferencia sobre el movimiento independentista catalán, al traducirse "*si es que eso ha sido así*" por la afirmativa francesa "*et oui c'est ce qui c'est produit*", error que le valió la acusación de haber vulnerado el principio de presunción de inocencia<sup>29</sup>.

Citamos ahora una llamativa sentencia del Tribunal Constitucional<sup>30</sup> sobre la aportación de una traducción jurada incompleta que, no obstante, el alto tribunal declaró suficiente a efectos probatorios. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia contencioso-administrativa dictada en Sevilla. El demandante no había aportado traducción de la escritura de constitución redactada en catalán. Requerido a ello, aportó fotocopia de traducción jurada solo de algunas páginas. El juzgado razonó en su auto que "la documentación aportada no es una traducción fehaciente, pues se trata de meras fotocopias sin advenir; ni está completa, ya que solo se acompañan los folios pares de la escritura de constitución y los impares de los estatutos". No obstante, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo, argumentando que la decisión judicial de inadmisión se basaba en "una interpretación de la legalidad procesal excesivamente formalista y desproporcionada", "contraria al principio *pro actione*". Ahora bien, según otra jurisprudencia, el principio *pro actione*

27 YBARRA BORES, A.: "La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 248-265.

28 Para la aplicación del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, sobre obligación de alimentos, España acepta asimismo el portugués, y para la comunicación entre autoridades centrales, el inglés.

29 Diario El Mundo de 28 de agosto de 2018.

30 STC 182/2008 22 diciembre 2008 (RTC 2008,182).



“no puede amparar un “todo vale” en el proceso, sino que es obligación de los Tribunales dar al justiciable las oportunidades que la ley permite para que puedan hacer valer entre ellos sus pretensiones, nunca eludir sin más el cumplimiento de los presupuestos procesales que establecen las reglas del juego y que son de inexcusable observancia por afectar al orden público indisponible”<sup>31</sup>. Quizás en este caso, al tratarse de la traducción del catalán de la escritura de constitución de una sociedad estuviera justificado calificar de excesivo formalismo la exigencia de presentar una traducción tanto de las páginas pares como de las impares, pero es un antecedente peligroso por parte del Tribunal Constitucional declarar “incomprensible” que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, “confirmara el archivo de actuaciones acordado por el Auto apelado únicamente porque faltaban varios folios de la traducción al castellano de la escritura de constitución de la sociedad”. ¿Cuál era el contenido de la traducción no aportada? ¿Puede asegurarse que era irrelevante? La Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 321 priva al testimonio o certificación de solo una parte de un documento de su carácter de “prueba plena”, lo cual guarda relación con los arts. 1228 y 1229 del Código Civil que impiden el uso parcial de un documento como prueba. Por otra parte, como veremos más adelante, la integridad y fidelidad de la traducción son los requisitos esenciales para su validez, según reza la fórmula de certificación utilizada por los traductores-intérpretes jurados.

Contrariamente a esta jurisprudencia vacilante, hay otras sentencias para las que la traducción sí forma parte de los requisitos procesales que conforman un orden público indisponible. Por ello, a falta de subsanación, el documento en lengua extranjera deviene ineficaz, debiendo ser esta ineficacia valorada de oficio por el tribunal, aunque no sea alegada por la contraparte, dado que, “al tratarse de normas procesales las que regulan la eficacia de los documentos en idioma no oficial no traducido, son de orden público y han de ser aplicadas de oficio, de acuerdo con el principio de legalidad procesal, art. 1 LEC. En sentido similar se pronuncian las Sentencias de la AP de Castellón, Secc. 2ª, de 4 de abril de 2004, AP de Cáceres, Secc. 1ª de 9 de septiembre de 2004, AP de Las Palmas, Secc. 4ª de 22 de junio de 2004, entre otras”<sup>32</sup>. Ahora bien, si se subsana el defecto, por ejemplo, mediante traducción en el propio cuerpo de la demanda de los términos bancarios en inglés, el documento puede ser valorado, según sentencia de la AP de Madrid (sección 25ª) de 5 de junio de 2014. Para la STSJ Social de las Islas Baleares de 19 de enero de 2017<sup>33</sup>, si se solicita la subsanación del defecto mediante la aportación de la traducción, el juzgado de primera instancia debe permitirla.

31 STSJ Madrid Sala de lo Contencioso (Sección 1ª) 7 noviembre 2006 Roj: STSJ M 12404/2006 - ECLI: ES:TSJM:2006:12404 Id Cendoj: 28079330012006101067.

32 SAP Girona (Sección 2ª) 29 abril 2009 Roj: SAP GI 1015/2009 - ECLI: ES: APGI:2009:1015 Id Cendoj: 17079370022009100150.

33 STSJ Islas Baleares 19 enero 2017 Roj: STSJ BAL 29/2017 - ECLI: ES:TSJBAL:2017:29 Id Cendoj: 07040340012017100012.

Aun en el caso de rebeldía de la demandada, la demandante debe adjuntar la traducción de los documentos que se aporten al proceso, y que estén redactados en lengua distinta del castellano o lengua oficial de la comunidad autónoma en cuestión, porque “la parte demandante no queda exonerada de acreditar los hechos en los que se funde su pretensión”, según la sentencia anteriormente citada de la AP de Valencia de 4 de junio de 2013<sup>34</sup>.

Si es obligatorio aportar traducción de los documentos en lengua extranjera, cabe preguntarse quién carga con este gasto. De conformidad con el art. 18 de la LCJIMC, el pago de los gastos de traducción en el ámbito de la cooperación internacional civil corresponderá a la parte a cuya instancia se realicen el trámite y ejecución de las solicitudes de cooperación, aunque en esa misma Ley se hace mención de la normativa sobre asistencia jurídica gratuita, concretamente la Ley 1/1996, cuyo art. 45 c) impone, para la tramitación de estas solicitudes, la presentación de los documentos redactados o traducidos al castellano. Según el art. 50 de dicha Ley el contenido material del derecho en el caso de litigios transfronterizos en la Unión Europea incluye a) los servicios de interpretación, y b) la traducción de los documentos presentados por el beneficiario a instancias del Juzgado o Tribunal o de la autoridad competente y que sean necesarios para resolver el asunto. Las personas con residencia habitual en España que quieran gozar de asistencia jurídica gratuita en otro Estado miembro de la Unión Europea, tendrán derecho a la traducción de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria que deba presentarse a las autoridades de dicho Estado miembro (art. 52), pero si se les deniega el derecho a la asistencia jurídica gratuita, deberán reintegrar los gastos correspondientes a las traducciones. María de las Heras Caba hace notar que “la ley de asistencia jurídica gratuita únicamente menciona la traducción de documentos, sin hacer alusión expresa a la clase de traducción ni a las personas cualificadas para realizar la misma”<sup>35</sup>.

La Ley 1/1996 fue modificada posteriormente para acoger los preceptos de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003. La aplicación de esta Directiva dio lugar a la Sentencia del TJUE en el caso *Salplachta*<sup>36</sup>, dictada el 26 de julio de 2017, la cual reconoció el derecho al reembolso de los gastos de traducción de los documentos acreditativos necesarios para la tramitación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita, aunque dicha solicitud no se presente en el Estado de residencia, sino en el Estado del foro.

34 SAPValencia 4 junio 2013 Roj: SAPV3766/2013 - ECLI: ES:APV:2013:3766 Id Cendoj: 46250370062013100313.

35 DE LAS HERAS CABA, M.: “La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 13, septiembre 2016.

36 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C670/15.

### III. IMPUGNACION DE LA TRADUCCIÓN PRIVADA. LA TRADUCCIÓN JURADA.

Sentada la obligatoriedad de presentar la traducción de documentos escritos en otra lengua cuando las destinatarias de la cooperación jurídica internacional son las autoridades españolas, podemos preguntarnos ante todo de qué traducción hablamos. La LEC, salvo impugnación por la contraparte como veremos luego, permite expresamente que la traducción sea privada, es decir, sin necesidad de cumplir requisito alguno de cualificación por parte del traductor, el cual no está obligado a firmarla, ni por tanto a asumir responsabilidad por la misma. Por consiguiente, es perfectamente legítimo emplear Google Translate u otros traductores automáticos, aunque siempre como mero instrumento de ayuda, y con la cautela de comprobar las equivalencias terminológicas utilizadas para evitar la traducción errónea de los abundantes *falsos amigos* jurídicos existentes, por ejemplo, entre el inglés y el español. He aquí un ejemplo significativo: cuando introducimos "*jurisprudence*" en Google Translate (en diciembre de 2018), el equivalente que nos dará en español es *jurisprudencia*, cuando el sentido inglés de *jurisprudence* es el estudio del Derecho y de las teorías jurídicas. *Jurisprudencia* es, en inglés, *case law*, que Google traduce como "*caso de ley*". Aunque ciertamente la traducción automática ha mejorado mucho en los últimos 20 años, la duda de Borja Albi respecto de su exactitud en el ámbito jurídico sigue vigente<sup>37</sup>.

No se pretende decir con ello que todas las traducciones deben ser necesariamente oficiales, pero sí incidir en la falta de seguridad jurídica que crea el carácter disperso y fragmentario de la normativa que regula la traducción en el orden civil y, en particular, en la cooperación jurídica internacional civil. Como afirma Lara Aguado, "ni la normativa institucional, ni la convencional ni la autónoma son claras respecto al tipo de traducción que se requiere para que los documentos a los que se refieren puedan producir efectos en el país de destino"<sup>38</sup>. En ocasiones, ni las instituciones del Estado ni los tribunales de justicia tienen una idea definida de a quién remitirse para solicitar una traducción válida. Veamos dos ejemplos: el primero se refiere a la respuesta vinculante que dio a una consulta la Dirección General de Tributos el 27 de abril de 2018 sobre si es de aplicación el art. 144 LEC, que permitiría la aportación de traducciones privadas a los procedimientos tributarios, concretamente si es prueba válida una traducción privada de un documento

37 "Ahora bien, yo personalmente no conozco ninguna figura jurídica española que se corresponda con el *trust* del derecho angloamericano ni ninguna sociedad mercantil inglesa que se corresponda exactamente con nuestra comunidad de bienes, ni ningún tribunal inglés que sea equivalente a nuestro tribunal constitucional. De hecho, encontrar una traducción para estos términos no es tarea fácil ni automática. La experiencia y el conocimiento de los conceptos legales en uno y otro idioma es la única forma de solucionar estos problemas de equivalencia teniendo en cuenta las consecuencias legales que una determinada solución traductora puede tener". BORJA ALBI, A.: "La traducción jurídica: didáctica y aspectos textuales", *Aproximaciones a la traducción*. Instituto Cervantes, Madrid, 1999.

38 LARA AGUADO, A.: "La reforma de la traducción e interpretación", cit., p. 27.

extranjero. La Dirección General de Tributos eludió pronunciarse sobre el tema, argumentando que no le corresponde interpretar el art. 144 LEC, “ya que dicha interpretación excede de su ámbito competencial”<sup>39</sup>.

El segundo caso procede de la Dirección General de Registros y del Notariado que, mediante resolución de 11 de enero de 2017<sup>40</sup>, confirmó la nota de calificación del registrador de la propiedad de Sant Mateu (Castellón), el cual suspendió la inscripción de una escritura de herencia porque la traducción del acta de herederos belga había sido traducida solo parcialmente por el notario. El registrador alega que, dado su desconocimiento del idioma francés, su calificación queda limitada “al no tener presente todas las circunstancias, hechos y normas que no vengán reflejadas en la traducción, y que pudiera haberse visto facilitada mediante la presentación de una traducción jurada”. Esta resolución dio lugar a la publicación de un airado artículo por dos notarios<sup>41</sup> que, entre otras razones, afirman que “es más que evidente que el lenguaje no puede superar en importancia al Derecho aplicable”. Esta idea, que separa el Derecho del lenguaje, olvida que el Derecho es lenguaje, que el discurso jurídico es el uso de la lengua al servicio del Derecho<sup>42</sup>. En esta separación y priorización de la norma sobre el lenguaje está la raíz de la falta de reconocimiento de la traducción e interpretación por parte de muchos operadores jurídicos, los cuales acaban considerándolas como un obstáculo en el proceso, sobre todo por suponer un aumento de costes<sup>43</sup>.

Otro ejemplo de la jurisprudencia nacional que traemos a colación, aun perteneciendo al ámbito penal, por ser representativo de la falta de claridad y coherencia existente en este tema, es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 13 de febrero de 2018<sup>44</sup>. El tema era, en este caso, la interpretación al inglés de la información de derechos por un funcionario de AENA y la alegación de indefensión del acusado. Por una parte, la sentencia afirma categóricamente que “ha de quedar descartado todo riesgo de que, como consecuencia de la falta de pericia del intérprete designado se arrojen dudas sobre la fidelidad de su traducción”, justificando esa afirmación -¿gratuita?- en que “la evolución legislativa apunta a una tendencia encaminada justamente a lo contrario, a liberalizar las exigencias impuestas por el modelo histórico”, citando

39 “La LEC, de aplicación supletoria, daría carta blanca, pero la DGT elude pronunciarse”, *Revista CEF*, 11 de junio de 2018, <https://www.fiscal-impuestos.com/>

40 BOE 31 enero 2017, n° 26, sección III, pp. 7229-7240.

41 BALLESTER AZPITARTE, L. y CABANAS TREJO, R.: “Liberté, égalité et responsabilité”, *El notario del siglo XX*, noviembre-diciembre 2017.

42 MONJEAN-DECAUDIN, S.: *La traduction du droit*, cit., p. 4.

43 Véase el final del artículo citado de BALLESTER AZPITARTE, L. y CABANAS TREJO, R., “Liberté, égalité et responsabilité”, que cuantifica el sobre coste – “difícil de creer en los tiempos que corren” - que supone la traducción de un testamento en alemán entre 200 y 300 euros.

44 STSJ Madrid 13 febrero 2018 Roj: STSJ M 816/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:816

para ello la Ley de Procedimiento Abreviado<sup>45</sup>, y también una disposición que, en la fecha de la sentencia, ya había sido modificada, el art. 231.5 de la LOPJ, que disponía que el “juez podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa” y que, tras la Ley Orgánica 5/2015 de transposición de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, dice que «La habilitación como intérprete en las actuaciones orales o en lengua de signos se realizará de conformidad con lo dispuesto en la ley procesal aplicable”. A continuación, el juzgador mismo contradice lo anterior; y advierte que ello “no es compatible con el nuevo art. 124 (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril), que hace referencia a que el traductor o intérprete judicial será designado de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente”.

Conviene ahora detenerse en el apartado 2º del art. 144 LEC que permite la impugnación de la traducción realizada privadamente si se duda de su fidelidad y exactitud. El plazo para la impugnación, que debe expresar las razones de la discrepancia, es de cinco días desde el traslado. Entonces el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la “traducción oficial” del documento a costa de la parte que lo hubiere aportado. Si la traducción oficial resulta ser sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de la misma correrán de cuenta del que la hubiera impugnado.

En la práctica jurídica, para asegurarse de la corrección de la traducción y evitar su posible impugnación, y consiguiente retraso del pleito, el demandante o su abogado recurrirán frecuentemente de entrada a un traductor-intérprete jurado<sup>46</sup>. La resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en el asunto *X contra Austria*, de 9 de diciembre de 1981<sup>47</sup>, contiene dos afirmaciones importantes: la primera es que el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de una acción civil en una lengua que el demandado entienda no está expresamente garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (a diferencia del ámbito penal) y, en segundo lugar, la resolución considera necesaria la diligencia procesal por parte de quien quiera obtener a tiempo una traducción, o impugnar una traducción presentada para obtener una traducción jurada. En este mismo sentido se expresa Gascón Inchausti en referencia a la ejecución de resoluciones extranjeras y a la traducción de la sentencia y del certificado correspondiente, al afirmar que

45 “Ya la LO 7/1988, 28 de diciembre, reguladora del procedimiento abreviado, se encargó de aligerar, mediante el art. 785, regla 1ª, las exigencias históricas...”.

46 “Solemos recomendar a quienes nos consultan que presenten una traducción jurada, tanto cuando se trate de aportar documentos probatorios a la demanda, como cuando se trate de trasladar la demanda a un demandado extranjero. Puestos a evitar problemas, mejor hacerlo desde el principio”. CUÑADO, F. y GÁMEZ, R.: “La traducción de documentos en los procedimientos civiles y mercantiles”, *Abogacía Española*, 29 de noviembre de 2017.

47 Comisión Europea de Derechos Humanos, en *X c. Austria*, 9 de diciembre de 1981, nº 9099/80, DR núm. 27.

“formará parte de las precauciones básicas del ejecutante la de procurarse ambas traducciones antes de presentar la demanda ejecutiva”<sup>48</sup>.

Retomando el análisis del contenido del art. 144 LEC, cabe resaltar dos puntos. El primero es la mención de la fidelidad y exactitud como requisitos de una traducción válida y, el segundo, la exigencia de traducción oficial en caso de impugnación de la privada.

En cuanto a cuáles son las traducciones oficiales mencionadas en el art. 144 LEC, la Disposición Final 4ª LCJIMC modifica la Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado, la cual establece qué traducciones e interpretaciones, tanto directas (al castellano o lengua oficial de la Comunidad Autónoma, en su caso), como inversas (al idioma extranjero), tendrán carácter oficial: a) las certificadas por la Oficina de Interpretación de Lenguas (antes denominada Secretaría) del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; b) las realizadas por quien se encuentre en posesión del título de traductor-intérprete jurado que otorga el MAEC. La Disposición Adicional 16ª dice literalmente que “el traductor-intérprete jurado certificará con su firma y sello la fidelidad y exactitud de la traducción e interpretación”; c) las realizadas o asumidas como propias por una representación diplomática u oficina consular de España en el extranjero; d) las realizadas por una representación diplomática u oficina consular de carrera extranjera en España, siempre que se refieran al texto de una ley de su país o a un documento público del mismo.

Esta disposición permite concluir que la gran mayoría de traducciones con carácter oficial que circulan en territorio español, o que son objeto de cooperación internacional, han sido firmadas y selladas por un traductor-intérprete jurado, dado que la Oficina de Interpretación de Lenguas no traduce para particulares, sino que revisa las traducciones juradas a solicitud del titular del órgano administrativo, judicial, registro o autoridad competente ante quien se presenten. Este punto, que parece sencillo, también es ocasionalmente objeto de desconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, como muestra una sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 1991<sup>49</sup>. La demandante no aportó la traducción de unos documentos en inglés. El juzgado de instancia acordó en diligencias para mejor proveer que se remitiese “a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores copia de los documentos que obran en idioma distinto del español”. El Ministerio devolvió los documentos sin traducir, al no tratarse de un asunto penal<sup>50</sup>, a fin de que el órgano judicial acudiera a los intérpretes jurados de

48 GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 98.

49 STS Sala de lo Social 8 marzo 1991, RJ 1991/1839.

50 Si se hubiera tratado de un asunto penal, la traducción habría correspondido a la administración pública, y sería gratuita para el que la requiriera.

la provincia, habilitados “para hacer traducciones con carácter oficial”. Finalmente, un traductor-intérprete jurado acudió a la vista, para traducir los documentos, valga la redundancia, a la vista, una modalidad de traducción que consiste en traducir oralmente un texto a la vez que se lee en el idioma original.

Añade la Disposición Adicional que “el carácter oficial de una traducción o interpretación implica que ésta pueda ser aportada ante órganos judiciales y administrativos en los términos que se determine reglamentariamente”. De momento, existe un desarrollo reglamentario de esta norma, el Reglamento 1/2018 que no será objeto de comentario por no ser su objeto la regulación de la traducción<sup>51</sup>. Otro desarrollo reglamentario, todavía no aprobado, se refiere a la modificación del Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del MAEC. Al no estar en vigor se entiende vigente el Real Decreto 2555/1977 de 27 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Sin embargo, recientemente, en el mes de octubre de 2018, el MAEC comunicó con fines de consulta a las asociaciones profesionales de traductores e intérpretes el proyecto de Real Decreto que derogará la normativa de 1977. Entre los objetivos del nuevo Real Decreto se encuentra, precisamente, “llevar a cabo el desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional 16ª de Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado”<sup>52</sup>.

De conformidad tanto con el Reglamento en vigor de 1977 como con el citado proyecto, los Traductores-Intérpretes Jurados (en adelante, TIJ) son profesionales autónomos<sup>53</sup>, nombrados mediante examen por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, en el caso de la traducción o interpretación entre el idioma castellano y otras lenguas extranjeras<sup>54</sup>. La firma de un traductor-intérprete jurado lo hace responsable de la fidelidad e integridad de la traducción<sup>55</sup>. Además de la propia responsabilidad del TIJ, existe un sistema de revisión de las traducciones juradas, pero solo de estas, no de las

51 El 15 de octubre de 2018 se publicó el Reglamento 1/2018 sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional por acuerdo de 27 de septiembre de 2018 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, con la intención de dar desarrollo reglamentario a la Ley 29/2015 en materia de organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles. Al no hacer mención de la traducción, no profundizaremos en el mismo.

52 Carta dirigida a la Asociación Profesional de Traductores e Intérpretes Jurados de Cataluña por la Secretaría General Técnica del MAEC, con fecha 23 de octubre de 2018. El texto del proyecto puede consultarse en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/ParticipacionPublica/ProyectosNormativos/Paginas/DetalleAudienciaPublica.aspx?ldtap=1>.

53 Fijan libremente sus honorarios y pueden ejercer su profesión en todo el territorio español.

54 Algunas Comunidades Autónomas con lengua propia tienen su propio sistema de habilitación de TIJ, como por ejemplo Cataluña, Euskadi y Galicia. Véase la página web de la Asociación Profesional de Traductores e Intérpretes Judiciales y Jurados, <http://www.aptij.es/index.php?l=es&s=f>.

55 GUTIÉRREZ ARCONES, D.: “Estudio sobre el texto jurídico y su traducción: características de la traducción jurídica, jurada y judicial”, *Miscelánea Comillas*, vol. 73, núm. 142, 2015, pp. 154-163.

privadas<sup>56</sup>, tarea que recae en la Oficina de Interpretación de Lenguas que tiene, entre otras, la función de revisar dichas traducciones cuando así lo soliciten las autoridades competentes. Como afirma Lara Aguado, esta posibilidad de revisión constituye una garantía para todo el sistema, ya que es la máxima autoridad española con competencia en la materia la que verificará o invalidará una traducción jurada dudosa, aunque a continuación, incomprensiblemente, afirma que se podría haber prescindido de la misma<sup>57</sup>.

La fórmula de certificación de las traducciones que establece la normativa aplicable a los traductores-intérpretes jurados exige la fidelidad, así como la integridad, es decir, que no sobre ni falte nada, de la traducción<sup>58</sup>. Como curiosidad, don Felipe de Samaniego, Secretario de la Interpretación de Lenguas de 1773 a 1796 utilizaba una fórmula de certificación muy similar a la actual<sup>59</sup>.

El tipo de traducción que se requiere de los traductores-intérpretes jurados para aprobar el examen que organiza la Oficina de Interpretación de Lenguas del MAEC es la traducción fiel, ese difícil equilibrio entre la traducción literal, que entorpece la lectura, y la traducción libre, que se separa del original. A mi modo de ver, la dificultad de acertar con ese punto de equilibrio puede ser uno de los motivos del gran número de suspensos en los exámenes de traductor-intérprete jurado<sup>60</sup>. El concepto de traducción fiel está impecablemente explicado en el texto del art. 13 del capítulo II de la Real Orden de junio de 1839, «De las obligaciones y atribuciones de los Intérpretes Públicos», que transcribo:

“Traducirá todos los papeles o documentos que se le confíen por cualquier autoridad, haciendo la versión al castellano con la más severa escrupulosidad, sin permitirse la menor licencia, sino la que demande estrictamente la fraseología de los idiomas, inclinándose en todo posible a la traducción literal, y nunca a la libre; pero siempre explicando y vertiendo con toda claridad, y sin dar lugar a dudas, el

56 Disposición Adicional 16ª b) de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado.

57 LARA AGUADO, A., “La reforma de la traducción”, cit., p.11 atribuye quizás erróneamente la posibilidad de revisión a la existencia de intrusismo, olvidando que solo las traducciones con carácter oficial pueden ser revisadas por la OIL.

58 Orden AEC/2125/2014, de 6 de noviembre, por la que se dictan normas sobre los exámenes para la obtención del título de Traductor-Intérprete Jurado.

59 “Certifico yo, Don Felipe de Samaniego, caballero de la Orden de Santiago del Consejo de su Majestad, y de la Interpretación de Lenguas que esta traducción está bien y fielmente hecha en francés del ejemplar castellano que me fue remitido para este efecto, de orden del Consejo.” CACERES WÜRSIG, I. y PÉREZ GONZÁLEZ, L., “Antecedentes históricos y proyección futura de la figura del intérprete jurado en España”, *Hermeneus. Revista de Traducción e Interpretación*, núm. 5, 2003.

60 Esos exámenes tienen fama de ser muy difíciles. Por ejemplo, en la convocatoria de 2017, fueron admitidos 622 candidatos, de los que 22 fueron declarados aptos en el primer ejercicio, en el segundo ejercicio 4, y finalmente aprobaron 2. BAULIES, J., en “L’habilitació professional dels interprets jurats de llengua castellana”, 2007, *Papers Lextra*, 3, p. 19-24, justifica este alto nivel de exigencia por la dificultad con que se encontrará el intérprete jurado, una vez nombrado, cuando tenga que producir documentos que dan fe pública, siendo justamente este rigor y calidad lo que buscan los usuarios de este servicio. Y añade que “aquestes proves estan adreçades a persones que ja traduïxen, que tenen un alt nivell de coneiximent de la llengua de la que es presenten i de la seva pròpia i que estan familiaritzats amb la terminologia jurídica i econòmica”.



verdadero sentido del original; siendo de su cargo las costas y perjuicios que de lo contrario se originaren”<sup>61</sup>.

Conviene aclarar que, en España, los traductores-intérpretes jurados intervienen actualmente en juicios civiles, mercantiles, laborales o contencioso-administrativos, porque son las partes directamente, o a través de sus abogados, quienes abonan los honorarios del profesional<sup>62</sup>. Cuanto mayores sean los intereses en juego, más se preocuparán las partes de contar con una traducción o interpretación cualificada<sup>63</sup>. Por el contrario, en el orden penal<sup>64</sup>, se ha optado por la subcontratación a empresas intermediarias con menoscabo de la calidad<sup>65</sup>.

De momento, y hasta que entre en vigor la reforma, los TIJ están habilitados para ejercer ambas funciones, tanto la traducción escrita como la interpretación oral. Sin embargo, la reforma prevé separar las dos funciones porque España es uno de los pocos países de la UE y del Espacio Económico Europeo, además de Rumanía y Polonia, donde el título es único, lo cual puede plantear problemas para la aplicación de la normativa europea sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales obtenidas en otros países de la UE, concretamente, la Directiva 2013/55/UE, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante Real Decreto 581/2017, de 9 de junio. Imaginemos, por ejemplo, el caso de un traductor jurado, pero no intérprete jurado, de otro Estado miembro que solicite en España el reconocimiento de su cualificación. Además, la citada carta del MAEC puntualiza que la traducción y la interpretación son dos disciplinas paralelas, pero claramente diferenciadas.

Los TIJ figuran inscritos en una lista con carácter informativo que el MAEC actualiza anualmente<sup>66</sup>, y que incluye los datos de contacto con los mismos. A partir de la reforma proyectada, en aplicación de la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales,

61 PEÑARROJA FA, J.: “Historia de los Intérpretes Jurados”, *La linterna del Traductor*, núm. 9, agosto 2004.

62 CÁCERES WÜRSIG, I. y PÉREZ GONZÁLEZ, L.: “Antecedentes históricos” cit. p. 11, citando a MIGUELEZ, C. “Current issues in court interpreting: Spain, a case study”, 1999, *Proteus: Newsletter of the National Association of Judiciary Interpreters and Translators*. URL: <http://www.najit.org/proteus/miguelezv8n2.html>.

63 « En relation avec ce qui a été déjà énoncé précédemment, la plupart de l'activité des traducteurs interprètes assermentés en Espagne (et parfois, aussi ailleurs) se déroule dans le secteur privé ». BARCELÓ MARTÍNEZ, M. T. y DELGADO PUGÉS, I.: « La traduction assermentée en Espagne et en France : aspects « privés » et étude comparative », *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 66, 2016, p. 124-135, DOI: 10.2436/rld.i66.2016.2836.

64 CÁCERES WÜRSIG, I. y PÉREZ GONZÁLEZ, L.: “Antecedentes históricos”, cit., p. 11: “Sin embargo, en las causas penales, donde el Ministerio Fiscal debe realizar múltiples actuaciones de oficio, puede llegar a recurrirse a familiares, conocidos o compañeros de celda del acusado”.

65 “De hecho, en estas administraciones que han optado por la subcontratación la calidad ha caído en picado. Se han constatado casos de empresas que se quedan con un sesenta por ciento de lo que paga la administración, de manera que la cantidad restante para contratar al traductor/intérprete es irrisoria, y es muy difícil o casi imposible contratar un servicio de calidad”. Ritap, *Libro Blanco de la Traducción y la Interpretación Institucional*, 2011, publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, p. 84.

66 Esa lista figura como documento pdf en la página web del MAEC. A 9 de abril de 2018 constaba de 1571 páginas, con los nombres de todos los traductores-intérpretes jurados de España. Consultado en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAICiudadano/Documents/Listado%20actualizado.pdf>.

con transposición mediante Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril, y en aplicación de la Disposición Final de esta última, el borrador de Reglamento establece además la creación de un Registro de Traductores e Intérpretes Jurados, único para toda España, con dos secciones separadas para traductores e intérpretes, respectivamente.

La propuesta de crear este Registro de TIJ en cumplimiento del requisito que establece la citada Directiva de traducción e interpretación en procesos penales y su norma de transposición resulta problemática si tenemos en cuenta la práctica procesal penal española. Como apuntábamos arriba, hace ya mucho tiempo que el servicio de interpretación y traducción en el ámbito penal ha sido externalizado por el Ministerio de Justicia o por las Comunidades Autónomas competentes, mediante licitación a empresas privadas, que son quienes contratan a los intérpretes y traductores judiciales. Por lo tanto, si la creación del Registro propuesto por el MAEC debe tener efectos prácticos, solo de él se escogerían los TIJ que actúen en juicio, lo cual supondría un cambio drástico que quizás no sea bien recibido por los órganos de la jurisdicción penal, acomodados a una situación que no exige un esfuerzo de gestión, ni tampoco por el propio Ministerio de Justicia que es quien ha promovido o permitido la situación actual de subcontratación. La pregunta que queda en el aire, a la espera de la aprobación definitiva del nuevo Reglamento, es si verdaderamente se pretende que el Registro surta el efecto pretendido por la Directiva, es decir, garantizar la calidad de la interpretación y traducción en el proceso penal, o se trata más bien de un intento cosmético de cumplir formalmente con la misma, sin consecuencias prácticas en el proceso penal.

#### IV. LA TRADUCCIÓN A UNA LENGUA QUE EL DESTINATARIO ENTIENDA.

Volviendo a la LCJIMC, el art. 25.1 ofrece la posibilidad de que los documentos judiciales objeto de notificación estén traducidos a una lengua que el destinatario entienda. Rodríguez Benot señala que seguramente el fin perseguido era facilitar la notificación, pero la prueba de esa comprensión “puede resultar diabólica”<sup>67</sup>, como ocurre también en el caso contrario, es decir, probar la incompreensión de un idioma que la SAP de Barcelona de 22 de julio de 2013<sup>68</sup> califica asimismo de “prueba diabólica”.

Monjean-Decaudin<sup>69</sup> ve en la inclusión de una lengua que el destinatario entienda el comienzo de la garantía procesal civil, ya que tiene en cuenta la lengua del destinatario de forma independiente y al mismo nivel que la lengua del Estado requerido. Este reconocimiento de la lengua del destinatario constituye, para la autora, una línea que permite diferenciar la traducción como garantía procesal y como instrumento de

67 RODRÍGUEZ BENOT, A., 2016, cit. p. 244.

68 SAP Barcelona (Sección 11ª) 22 julio 2013 LA LEY 161658/2013.

69 MONJEAN-DECAUDIN, S. *La traduction du droit*, cit., pp. 185-189.

cooperación jurídica internacional. Para ella, el Reglamento 1394/2007 ha abierto la vía hacia el reconocimiento de la traducción como derecho del justiciable. No obstante, admite que el derecho del destinatario a rechazar el documento por falta de traducción puede suponer también un riesgo de comportamiento dilatorio, en particular cuando se trata de una notificación. Y, en sentido contrario, si no utiliza ese derecho, el destinatario se expone a no poder alegar ya ninguna infracción del principio de contradicción por defecto de traducción.

El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto recoge en este punto lo que indica el Consejo General del Poder Judicial en su informe, en el sentido de que esta disposición “podría conculcar el derecho de defensa del destinatario si éste finalmente no entendiese la lengua -distinta de la oficial- empleada en la traducción que se le transmite”<sup>70</sup>. El Consejo de Estado considera acertado ofrecer esta posibilidad, aunque con alguna cautela adicional, por lo que “la autoridad judicial que decida notificar o trasladar los documentos en cuestión en una lengua distinta de la oficial *que el destinatario comprenda*, deberá motivar expresamente su decisión con referencia, por ejemplo, a la solicitud expresa del interesado de empleo de dicha lengua, o a la existencia de actuaciones previas en las que éste haya demostrado su comprensión de la misma”<sup>71</sup>. La verificación de estos criterios es menos sencilla de lo que pueda parecer:

Para ilustrar los problemas que esa expresión (*lengua que el destinatario entienda*) puede crear, nos detendremos en la sentencia *Weiss*<sup>72</sup>, dictada el 8 de mayo de 2008 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en el auto *Alta Realitat* de 28 de abril de 2016<sup>73</sup>, también del TJUE. En el primer caso, el demandado rechazó la notificación de la demanda por no ir los anexos traducidos al inglés, aunque se había pactado que la correspondencia entre las partes se escribiría en alemán, el Derecho alemán regiría el contrato, y se designaba a los tribunales de Berlín en caso de disputa. El TJUE estableció que, para determinar si el destinatario del documento entiende la lengua en que está redactado, el juez debe examinar el conjunto de los indicios que la demandante le haya presentado. En este sentido, la actora alemana argumentó que la firma de la cláusula relativa a la utilización del alemán suponía en realidad la aceptación del alemán como lengua de notificación de un documento judicial, a lo que el TJUE opuso que la firma de la cláusula de aceptación del alemán como lengua de la correspondencia y cumplimiento del contrato “no puede constituir una presunción de conocimiento de la lengua convenida”<sup>74</sup>, sino solo un indicio, que puede verse fortalecido por otros indicios, como el envío de correspondencia por

70 Consejo de Estado, 26.3.2015, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Referencia 236/2015.

71 Consejo de Estado, cit.

72 Sentencia del asunto *Weiss*, número C-14/07 dictada por el TJUE el 8 de mayo de 2008.

73 Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-384/14, dictado el 28 de abril de 2016.

74 Sentencia del asunto *Weiss*, núm. C-14/07, núm. 85.

el destinatario en alemán, o la sumisión del contrato al Derecho alemán. Finalmente, el TJUE resolvió que el destinatario del escrito de demanda no podía invocar el art. 8.1 del Reglamento 1348/2000 para negarse a aceptar los anexos, alegando no entenderlos, cuando conocía bien esos anexos por ser correspondencia redactada por él mismo, además de haber acordado contractualmente que la lengua a emplear en la correspondencia sería el alemán.

En el mismo sentido, una sentencia de la AP de Palma de Mallorca de 11 de abril de 2018<sup>75</sup> invoca el art. 25 de la Ley 29/2015 y concluye que no había habido indefensión ni se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandado porque, aunque este era alemán, hablaba español, y había vivido mucho tiempo en España donde había mantenido relaciones comerciales con la actora y, por consiguiente, no podía atenderse a su alegación de no haber entendido la notificación.

El asunto *Alta Realitat*<sup>76</sup> desembocó en el resultado opuesto. A pesar de los abrumadores indicios de la comprensión del inglés por parte del ciudadano danés Sr. Thomsen, el TJUE consideró que los formularios normalizados del Reglamento 1393/2007 “son instrumentos mediante los que se informa a los destinatarios de su facultad de negarse a aceptar el documento que haya de serles notificado”<sup>77</sup>, en otras palabras, se afirma el derecho del destinatario a rechazar la notificación. Por consiguiente, aunque el juez nacional esté convencido de que el destinatario entiende la lengua en que está redactado el documento, y de que no es necesaria su traducción, “no puede deducir de ello, so pena de menoscabar el derecho de defensa del interesado, que éste no podrá oponerse eficazmente al procedimiento de notificación o de traslado y privarle así del ejercicio de su derecho a negarse a aceptar dicho documento”. Ahora bien, una vez ejercido este derecho, “el juez que conoce del asunto podrá pronunciarse válidamente sobre la procedencia de esa negativa”<sup>78</sup>.

El Informe de la Comisión de 2013 sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1393/2007<sup>79</sup> señala la existencia de problemas relacionados con la aplicación del art. 8 del mismo, cuyo objeto es garantizar los derechos procesales del destinatario. Al parecer, en el estudio previo al informe solo un 35,7 % de los entrevistados no vio ningún problema en relación con la aplicación del art. 8 del Reglamento, mientras

75 SAP Palma de Mallorca 11 abril 2018 Roj: SAP IB 644/2018 - ECLI: ES: APIB:2018:644 Id Cendoj: 07040370032018100143.

76 Auto TJUE C-384/14, de 28 abril 2016.

77 Sobre el uso obligatorio de los formularios de conformidad con el Reglamento 1393/2007, véase la sentencia en el asunto *Henderson*, n° C-354/15 de 2 marzo 2017, según la cual la falta de presentación del formulario no se subsana por el paso del tiempo, sino mediante la presentación del mismo (núm. 65).

78 Auto *Alta Realitat*, núm. 75-76.

79 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 1393/2007, Bruselas, 4.12.2013 COM (2013) 858 final.

que un 52,9 % señaló alguno. Previamente, el informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 1348/2000<sup>80</sup> ya indicó la existencia de algunos problemas relacionados con la mala comprensión de las disposiciones relativas al uso de los idiomas, y a la comunicación por el organismo receptor al destinatario del derecho de este a rechazar el documento por no entender el idioma.

## V. EL TRATAMIENTO DE LA TRADUCCIÓN EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS.

La sesión especial del Consejo Europeo en Tampere<sup>81</sup>, celebrada el 15 y 16 de octubre de 1999, puso las bases de la futura cooperación jurídica en el seno de la Unión Europea. La conclusión número 38 de la Presidencia instaba “a allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos”. Y la conclusión 31 promovía el establecimiento de “normas mínimas comunes para los formularios o documentos multilingües que han de utilizarse en juicios transfronterizos en toda la Unión. Una vez establecidos, dichos documentos o formularios deberán aceptarse mutuamente como documentos válidos en todos los procesos judiciales que se celebren en la Unión”. Por consiguiente, en Tampere se establecieron las tendencias para el refuerzo de la cooperación jurídica civil, mediante la remoción de obstáculos y el uso de formularios. Según Cadiet, las innovaciones procesales van claramente en el sentido de la creación de estos formularios<sup>82</sup>. Esa tendencia se ha consolidado con el paso del tiempo. En 2010, la Comisión publicó el Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos”<sup>83</sup> en el que se ponía de relieve el coste en tiempo y dinero que suponen las traducciones, y se sugería el uso de formularios normalizados opcionales en distintos sectores administrativos para satisfacer las exigencias de traducción y evitar costes.

El sistema de Reglamentos del ámbito civil de la Unión Europea aborda de distintas formas la necesidad de aportar traducción: a veces la deja en manos del juez; otras, impone la aportación de traducción, e incluso exige que la traducción sea oficial. Esta disparidad no aporta ninguna claridad a la regulación de la traducción en la normativa europea. Veamos algunos ejemplos.

80 Bruselas, 1.10.2004 COM (2004) 603 final.

81 Información extraída de [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm).

82 CADJET, L. (dir.): *Dictionnaire de la Justice*, París: PUF, 2004, citado en MONJEAN-DECAUDIN, S. *La traduction du droit*, cit. nota 105.

83 *Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil*, Bruselas, 15.12.2010 COM (2010) 747 final.

## I. El requisito de traducción en algunos Reglamentos UE.

El Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia prevé que se pueda exigir la traducción del nombramiento del síndico en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado donde vaya a actuar<sup>84</sup>. El art. 42.2 advierte que se podrá exigir del acreedor una traducción de su crédito en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado de apertura del procedimiento. Ninguna de las dos disposiciones contiene ninguna indicación del tipo de traducción requerida, por lo que podrá ser privada. Lo mismo ocurre en el caso de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, cuyo Reglamento 1206/2001 ordena que se aporte traducción de los documentos que el juez considere necesarios para la ejecución de la solicitud a la lengua de esta, sin especificar qué tipo de traducción se exige<sup>85</sup>.

Tampoco se especifica en el Reglamento de notificación y traslado de documentos 1393/2007<sup>86</sup>, que encomienda al organismo receptor que informe al destinatario, mediante el formulario normalizado que figura en el Anexo II, de que puede negarse a aceptar el documento que deba notificarse o trasladarse, bien en el momento de la notificación o traslado, o bien devolviendo el documento al organismo receptor en el plazo de una semana, si no está redactado en una de las lenguas autorizadas, o no va acompañado de una traducción a una lengua que el destinatario entienda.

Otros reglamentos dispensan de traducción, pero si el tribunal o autoridad competente lo exige, la traducción será oficial, como en el caso de Bruselas I<sup>87</sup>, en el que la expresión utilizada es: "La traducción estará certificada por una persona autorizada a tal fin en uno de los Estados miembros". A mi modo de ver ello es equivalente a la traducción jurada española, como veremos seguidamente al examinar el Reglamento 2016/1191. En términos muy parecidos se expresa el Reglamento Bruselas II bis sobre responsabilidad parental<sup>88</sup>: a petición del juez se exigirá la traducción de los documentos certificada por una persona habilitada a tal fin en uno de los Estados miembros. Para Sylvie Monjean-Decaudin, la exigencia de traducción certificada (o jurada) constituye para el legislador comunitario una garantía suplementaria de la fiabilidad en la transmisión del acto a ejecutar por el

---

84 Art. 19 párrafo 2°.

85 Art. 4.3 del Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

86 Art. 5 del Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo.

87 Art. 55.2 del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, también llamado Bruselas I, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

88 Art. 38.2 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Estado requerido, teniendo en cuenta que lo que puede estar en juego, como en este último caso, es el futuro de un menor<sup>89</sup>.

Asimismo, cuando se trata de la ejecución de un título crediticio, como en Bruselas II, se ordena "en caso necesario" la aportación de la traducción certificada por una persona cualificada para ello del certificado de título ejecutivo europeo en uno de los Estados miembros<sup>90</sup>. Los mismos términos se utilizan en el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo<sup>91</sup>, que obliga a aportar una traducción, certificada, del requerimiento europeo de pago<sup>92</sup>.

La misma terminología utiliza el Reglamento Bruselas I bis<sup>93</sup>, el cual prevé en su art. 43.2 el derecho de la persona contra la que se insta la ejecución a solicitar una traducción de la resolución con el fin de impugnar su ejecución, siempre que esté domiciliada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, a una lengua que comprenda o a la lengua oficial del Estado en que tenga su domicilio, con la ya citada dificultad que la primera opción puede entrañar<sup>94</sup>. Según el art. 57.3 del Reglamento las traducciones deberán ser efectuadas por "personas cualificadas para realizar traducciones en uno de los Estados miembros". Para Gascón Inchausti esta fórmula no define en qué consiste esa cualificación, ni la cualificación impide apreciar la mala calidad de la traducción<sup>95</sup>.

El art. 6 del Reglamento sobre el proceso de escasa cuantía prescribe que el juez solo podrá exigir traducción de algún documento que no esté redactado en la lengua del procedimiento en la medida en que lo necesite para dictar sentencia<sup>96</sup>. Ahora bien, si una de las partes se negare a admitir un documento por no estar redactado en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro requerido, o bien una lengua que el destinatario entienda, el órgano jurisdiccional informará de ello a la parte contraria para que facilite una traducción, sin que se especifique el tipo de traducción requerida. No obstante, el art. 21.2 b) exige que el contenido del formulario D sea traducido por una persona cualificada para realizar traducciones

89 MONJEAN-DECAUDIN, S., *La traduction du droit*, cit., p. 48.

90 Art. 20.2 c) del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, modificado por el Reglamento 1869/2005.

91 Art. 21.2 b) del Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo.

92 La Disposición Final 23ª, apartado 15 de la LEC exige al demandante la presentación de traducción oficial al castellano, o lengua oficial autonómica oportuna del requerimiento europeo de pago.

93 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (Bruselas I bis) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)

94 GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y ejecución*, cit., p. 140.

95 *Ibid.* p. 148.

96 Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 sobre el proceso europeo de escasa cuantía.

en uno de los Estados miembros. Monjean-Decaudin<sup>97</sup> señala que solo el certificado puede ser traducido, no así la resolución y, por otra parte, que la fórmula “traducido por una persona cualificada para realizar traducciones” o, en francés *habilitéé*, como ya hemos indicado, puede plantear problemas de interpretación<sup>98</sup>, aunque pensamos que estas dudas quedan aclaradas en el Reglamento 2016/1191 que analizaremos a continuación. En todo caso, en el mismo Reglamento aparece, por una parte, el requisito de la traducción *tout court* y, por otra, el de la traducción efectuada por persona cualificada.

El Reglamento 650/2012<sup>99</sup> sobre sucesiones habla de “persona cualificada para realizar traducciones”, lo cual sí que podría plantear algún problema de interpretación, si consideramos que, además del traductor jurado, otros, como los licenciados en traducción también pueden estar cualificados para ello.

El considerando 28° del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, también llamado Bruselas III, sobre obligaciones de alimentos, establece que no deberá exigirse ninguna traducción, salvo si se presenta oposición a la ejecución y sin perjuicio de las normas aplicables a la notificación y al traslado de los actos. La dispensa de traducción se explica por el deseo de limitar los gastos derivados del procedimiento de ejecución, y porque se suprime el exequatur entre los Estados miembros, que exige que la resolución objeto de ejecución vaya acompañada de traducción jurada<sup>100</sup>. No obstante, el art. 28.3 relativo a la solicitud de otorgamiento de ejecución requiere que las traducciones a que se refiere sean “realizadas por personas autorizadas para realizar traducciones en uno de los Estados miembros”. Suponemos que también en este caso se refiere, como en el de las “personas habilitadas” a traducción certificada o jurada, como veremos seguidamente.

## **2. El Reglamento (UE) 2016/1191 de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea.**

El Reglamento 2016/1191, que será aplicable a partir del 16 de febrero de 2019, merece mención aparte por su impacto sobre la traducción de documentos públicos. Este Reglamento tiene su origen en el citado Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos”<sup>101</sup> de 2010, para el cual, “al igual que

97 MONJEAN-DECAUDIN, S.: *La traduction du droit*, cit. p. 51.

98 La Disposición Final 24ª, apartado 9 de la LEC exige la presentación ante el juzgado competente de una traducción oficial del certificado de la sentencia al castellano o la lengua de la Comunidad Autónoma en cuestión.

99 Art. 47.2 del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012.

100 MONJEAN-DECAUDIN, S.: *La traduction du droit*, cit. p. 52.

101 Véase nota 81.



las formalidades administrativas anteriormente citadas, la traducción representa asimismo una pérdida de tiempo y un coste". Para evitar estas cargas, ya se sugería el uso de formularios estándar optativos para, por ejemplo, una declaración de pérdida o robo de documentos de identidad, o de la cartera, aunque este no es el objeto de los formularios contemplados en el Reglamento 2016/1191.

Además de otras muchas ventajas, este Reglamento despeja una duda terminológica relativa a la denominación de las traducciones de carácter oficial: en todas las ocasiones, la versión castellana se refiere a las mismas como *traducciones juradas*, en francés como *traductions certifiées conformes*, y en inglés como *certified translations*. Se puede, pues, deducir que, si se encuentra en la normativa comunitaria el término *traducción certificada*, se trata de una traducción literal del inglés o francés que, en realidad, se refiere a la traducción jurada. Lo mismo ocurre con la expresión *persona habilitada para ello*, en referencia a las traducciones juradas, del art. 6.2 del Reglamento.

Según su considerando 1º, el objeto del Reglamento es garantizar la libre circulación de documentos públicos mediante la simplificación de los requisitos administrativos aplicables a los mismos y, por tanto, la libre circulación de los ciudadanos de la Unión<sup>102</sup>. En definitiva, el objetivo del Reglamento es eximir los documentos públicos relacionados seguidamente de toda forma de legalización y trámite similar<sup>103</sup>, porque se presume la autenticidad del documento, y simplificar otros trámites, como la presentación de copias certificadas y traducciones<sup>104</sup>. El considerando 6º establece el listado de los documentos objeto del Reglamento que, en definitiva, son los que afectan al estado civil de las personas y alguno más también de carácter personal, como el certificado de antecedentes penales. Quedan excluidos los que no están sujetos a legalización como el documento de identidad y el pasaporte:

"...nacimiento, que una persona está viva, la defunción, el nombre, el matrimonio (incluidos la capacidad para contraer matrimonio y el estado civil), el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio, la unión de hecho registrada (incluidas la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada), la cancelación del registro de una unión de hecho, la separación judicial o la anulación de una unión de hecho registrada, la filiación, la adopción, el domicilio o la residencia, o la nacionalidad. El presente Reglamento debe aplicarse también a los documentos públicos expedidos a una persona por el Estado miembro del que esa persona tenga la nacionalidad para certificar que dicha persona no tiene antecedentes penales".

102 Según el considerando 17º, "los documentos públicos expedidos por autoridades de países terceros deben asimismo quedar fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento".

103 En referencia a la Apostilla del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961.

104 Considerandos 19º y 20º.

A fin de superar las barreras lingüísticas y eximir de la necesidad de traducción, el considerando 21° prevé la creación de impresos normalizados multilingües para el nacimiento, fe de vida, domicilio, unión de hecho, matrimonio y ausencia de antecedentes penales para facilitar la circulación de los documentos públicos entre los Estados miembros. Ciertamente, la traducción de certificados de nacimiento, defunción o matrimonio ocupa un lugar relevante dentro de la actividad profesional del intérprete jurado<sup>105</sup> que quizás se vea privado de esa fuente de trabajo e ingresos en un breve plazo<sup>106</sup>. De hecho, el argumento del coste de las traducciones y del ahorro que supondrá su eliminación fue esencial en el informe de impacto<sup>107</sup> encargado por la Unión Europea, según el cual, la traducción por traductor jurado puede ser un proceso arduo y caro, afirmación que justifica comparando el coste de una traducción privada, 5 euros por página, (teniendo en cuenta el pequeño número de palabras que incluyen estos certificados) con el de una jurada, 30 euros por página, como media. Concluye el estudio estimando<sup>108</sup> un ahorro de 200 a 330 millones de euros como consecuencia de la no traducción de estos documentos públicos. Como ya dijo Věra Jourová, Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, al anunciar la aprobación de este Reglamento<sup>109</sup>: «Tenemos buenas noticias para las personas que se mudan a otro país de la UE, por ejemplo, para estudiar o trabajar. Estos ciudadanos suelen tener que someterse a trámites burocráticos largos y costosos para presentar un documento público a fin de poder casarse o conseguir trabajo en el país en el que residen. Hoy ponemos fin a esta burocracia y ayudamos a las personas a circular fácilmente por toda la Unión Europea». Resulta curioso, no obstante, que la cuestión del excesivo coste económico se ligue siempre a las traducciones, particularmente a las juradas, y no a otros servicios o trámites burocráticos.

Así pues, el considerando 22° puntualiza que la única finalidad de los impresos estándar multilingües es “facilitar la traducción de los documentos públicos a los que se adjuntan” y así, el art. 8.I del Reglamento puntualiza que estos impresos multilingües no deben circular como documentos autónomos entre los Estados miembros, sino ir adjuntos a los documentos públicos correspondientes. Para Pedro

105 BARCELÓ MARTÍNEZ, M. T. Y DELGADO PUGÉS, I.: “La traduction assermentée” cit., pp. 124-135, citando a BORJA ALBI, A. *Estrategias, materiales y recursos para la traducción jurídica inglés-español: guía didáctica*. Universitat Jaume I, 2007.

106 Para FERNANDO GASCÓN NASARRE, intérprete jurado de alemán, el efecto del reglamento dependerá de la combinación lingüística que maneje el traductor: “El Convenio de Viena núm. 16 de la CIEC, de 8 de septiembre de 1976 (BOE 200, de 22 de agosto de 1983) sobre certificaciones plurilingües de actas de nacimiento, matrimonio o defunción eximía de legalización para documentos provenientes de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Polonia o Turquía por mencionar algunos”. Consultado en <https://www.elgasconjurado.com/2018/04/20/nuevo-reglamento-que-equipara-las-traducciones-juradas-en-la-ue/>

107 ICF GHK, EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (2013) *Cost of Non-Europe Report Promoting free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU*, PE 510.980 I CoNE 5/2013.

108 Tomando como base el cálculo efectuado por el estudio de impacto de la Comisión misma.

109 COMISIÓN EUROPEA, Comunicado de Prensa, 9 de junio de 2016, consultado en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2092\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2092_es.htm).

de Miguel Asensio<sup>110</sup>, esta falta de valor jurídico autónomo es determinante de su limitado alcance y, en este sentido, el propio Reglamento aclara que no son equivalentes a los extractos o copias literales de actas del registro civil, ni a los extractos plurilingües de actas del registro civil. El objetivo de eliminar la traducción de esos documentos públicos<sup>111</sup> es válido pero siempre que no se trate de determinados documentos públicos, como las resoluciones judiciales, cuyo contenido difícilmente se reflejará en un impreso. Las autoridades estatales deberán comunicar cuáles son los documentos públicos que podrán ir acompañados de un impreso estándar, y tratarán de que estos sean el mayor número posible de documentos públicos. Ahora bien, la autoridad pública puede considerar que la información contenida en el impreso no es suficiente para la tramitación del documento<sup>112</sup>. En estos casos, no podrá eliminarse la necesidad de traducción. Además, se reconoce a las autoridades públicas la potestad de exigir, en caso necesario y excepcionalmente, una traducción o transliteración del contenido de ese impreso en la lengua oficial de su Estado miembro o en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar en el que se presente el documento público, que también sea una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión<sup>113</sup>. Por consiguiente, la afirmación tajante de que a la persona que presente un documento público acompañado de un impreso estándar multilingüe no se le debe exigir que presente una traducción de dicho documento público<sup>114</sup> puede quedar bastante diluida.

Para facilitar el uso de los impresos estándar multilingües, las autoridades los podrán descargar del portal europeo e-Justice y utilizarlos, así como expedirlos, desde otro sitio internet. Un riesgo posible de esta circulación de documentos no legalizados es el fraude. Para prevenirlo, el art. 23 prevé la creación de un comité *ad hoc* con la finalidad, entre otras, de prevenir el fraude "en materia de documentos públicos, copias certificadas y traducciones juradas". Para Guzmán Zapater<sup>115</sup>, ese miedo al fraude, y especialmente "la larvada desconfianza hacia ciertos Estados miembros en este ámbito" fueron la causa de la reducción en el ámbito de este Reglamento, en comparación con la propuesta inicial de la Comisión.

En otro orden de cosas, el Reglamento<sup>116</sup> reconoce la validez en todos los Estados miembros de las traducciones juradas realizadas por persona habilitada para ello en un Estado miembro, de modo que dejan de tener importancia las diferencias

110 DE MIGUEL ASENSIO, P.: "El Reglamento (UE) 2016/1191 sobre documentos públicos", 31 de agosto de 2016, extraído de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/08/el-reglamento-ue-20161191-sobre.html>

111 Considerando 23°.

112 Considerando 24°.

113 Considerando 25°.

114 Considerando 24°.

115 GUZMÁN ZAPATER, M.: "La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017.

116 Art. 6.2.

entre Estados miembros en relación con la habilitación del traductor jurado. Con el fin de dar aplicabilidad a esta disposición, y de facilitar la comprobación del nombramiento del traductor jurado y la autenticidad de su firma<sup>117</sup>, el art. 24.1 d) impone el plazo del 16 de agosto de 2018 para que los Estados miembros comuniquen a la Comisión las listas de las personas habilitadas, de conformidad con el Derecho nacional, para realizar traducciones juradas, en caso de que dichas listas existan, así como la información que permita la identificación de las traducciones juradas<sup>118</sup>. Dimitra Stafilia, de la Fédération Internationale des Traducteurs<sup>119</sup> anima a las asociaciones a presionar a favor del reconocimiento mutuo o armonización de los sistemas de traducción oficial, dada la multitud de sistemas de certificación de traducciones existentes en la Unión Europea, y el temor a que la simple publicación en el portal e-Justice de esas listas no ofrezca seguridad jurídica a los funcionarios que deban tramitar los documentos, lo que resultaría inevitablemente en el rechazo arbitrario de las traducciones oficiales entre países.

El art. 15 establece que, a los efectos de este Reglamento, los Estados miembros designarán una autoridad central. Si la autoridad central designada por España es el Ministerio de Justicia, como sería el caso en aplicación del art. 7 LCJIMC en su calidad de norma subsidiaria, será este el que deba remitir a la Comisión Europea el listado de traductores-intérpretes jurados y explicar los criterios de identificación de los mismos en España. Salvo acuerdo interministerial, ello podría suponer una invasión de las competencias del Ministerio de Asuntos Exteriores que, como hemos analizado antes, es el que establece ese listado y regula el acceso a la profesión de traductor jurado.

El Reglamento 2016/11091 es, a mi modo de ver, ilustrativo de las dos tendencias puestas que conviven en la Unión Europea respecto de la traducción. La que aparece mencionada de modo más expreso y que, como hemos visto, subrayan algunas sentencias españolas, es la tendencia "liberalizadora", que favorece la eliminación de formalismos cuando ello no pone en peligro la seguridad jurídica. Esta es plenamente acorde con la rapidez de las comunicaciones y las innumerables conexiones entre Estados que caracterizan nuestro mundo. La segunda, sin embargo, tiende a salvaguardar la fiabilidad de las traducciones mediante el refuerzo de la figura del traductor jurado. No se trata, pues, de descartar irreflexivamente las traducciones juradas u oficiales por ser un simple obstáculo para el tráfico jurídico y una carga para los particulares, como parecen indicar algunos comentarios y jurisprudencia que hemos presentado. Es y seguirá siendo necesario que, para determinados documentos, como las resoluciones judiciales, expresamente excluidas

---

117 GASCÓN NASARRE, F.: cit. nota 100.

118 Considerando 53°.

119 STAFILIA, D.: FIT Europe Treasurer and PEEMPIP President, extraído de <http://blog.peempip.gr/eu-public-documents-regulation/>

de la exención de traducción prevista en el Reglamento, conste la identidad de la persona que se hace responsable de la fidelidad y exactitud de la traducción. Posiblemente, en este equilibrio entre eficacia y seguridad jurídica se encuentre la clave para posicionar correctamente la traducción jurídica en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

COPELAND, R.: *Rhetoric, hermeneutics, and translation in the Middle Ages: academic traditions and vernacular texts*, vol. I I. Cambridge University Press, 1995.

BALLESTER AZPITARTE, L. y CABANAS TREJO, R.: "Liberté, égalité et responsabilité", en *El notario del siglo XX*, noviembre-diciembre 2017.

BARCELÓ MARTÍNEZ, M. T. Y DELGADO PUGÉS, I.: "La traduction assermentée en Espagne et en France: aspects «privés» et étude comparative", *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 66, 2016.

BAULÍES, J.: "L'habilitació professional dels interprets jurats de llengua castellana", *Papers Lextra*, 3, 2007.

BORJA ALBI, A.: "La traducción jurídica: didáctica y aspectos textuales". *Aproximaciones a la traducción*. Instituto Cervantes, Madrid, 1999.

CÁCERES WÜRSIG, I. Y PÉREZ GONZÁLEZ, L.: "Antecedentes históricos y proyección futura de la figura del intérprete jurado en España", *Herméneus. Revista de Traducción e Interpretación*, núm. 5, 2003.

CUÑADO DE CASTRO, F.: "La validez de los documentos traducidos ante los Tribunales", *Abogacía Española*, julio 2012.

CUÑADO DE CASTRO, F. y GÁMEZ, R.: "La traducción de documentos en los procedimientos civiles y mercantiles", *Abogacía Española*, 29 de noviembre de 2017.

DE LAS HERAS CABA, M.: "La figura del traductor en las normas procesales españolas. Análisis de los órdenes jurisdiccionales civil, penal, contencioso-administrativo y social", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 13, septiembre 2016.

DE MIGUEL ASENSIO, P.: "El Reglamento (UE) 2016/1191 sobre documentos públicos", 31 de agosto de 2016, extraído de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/08/el-reglamento-ue-20161191-sobre.html>

DOMIJAN-ARNERI, M.: "Problems in Multilingual Litigation: A Practical Perspective", *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, ed. Susan Sarcevic, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, actualizado a 31 de diciembre de 2017.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GOTTI M.: "Legal Drafting in an International Context: Linguistic and Cultural Issues", *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, ed. Susan Sarcevic, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2009.

GUTIÉRREZ ARCONES, D.: "Estudio sobre el texto jurídico y su traducción: características de la traducción jurídica, jurada y judicial", *Miscelánea Comillas*, vol. 73, núm. 142, 2015.

GUZMÁN ZAPATER, M.: "La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017.

ICF GHK, EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Cost of Non-Europe Report Promoting free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU*, PE 510.980 I CoNE 5/2013.

LARA AGUADO, A.: "La reforma de la traducción e interpretación oficial en Derecho internacional privado español", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 32, 2016.

MESCHONNIC, H.: *Poétique du traduire*, Verdier, Lagrasse, 1999.

MONJEAN-DECAUDIN, S.: *La traduction du droit dans la procédure judiciaire. Contribution à l'étude de la linguistique juridique*, Dalloz, Paris, 2012.

PEÑARROJA FA, J.: "Historia de los Intérpretes Jurados", *La Linterna del Traductor*, núm. 9, agosto 2004,

SEVILLA CÁCERES, F.: "Aportación de documentos a la demanda no traducidos al castellano", *Mundo Jurídico*, 12 de febrero de 2015.

STAFILIA, D.: FIT Europe Treasurer and PEEMPIP President, extraído de <http://blog.peempip.gr/eu-public-documents-regulation/>

VANDEN BOSCH, Y. AND VAN DER VLIS, E.: *Understanding Justice: an enquiry into interpreting in civil justice and mediation*, Middlesex University, Brooke Townsley, 2016.

YBARRA BORES, A.: "La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 4, núm. 2, 2012.

**MEDIDAS DE AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL:  
FIJACIÓN DE PLAZOS MÁXIMOS PARA LA INSTRUCCIÓN**

***STREAMLINING MEASURES FOR THE CRIMINAL PROCESS:  
ESTABLISHMENT OF MAXIMUM DEADLINES FOR INSTRUCTION***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 368-401*





Rosa  
PASCUAL  
SERRATS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La voluntad de reducir la duración del proceso penal ha sido una constante en las sucesivas reformas legislativas. La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, modifica el art. 324 de la LECrim, estableciendo plazos máximos de duración de la instrucción. La novedad fundamental es que su transcurso afecta directamente el procedimiento, debiendo ponerse fin a la fase de instrucción.

**PALABRAS CLAVE:** Agilización proceso penal; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; plazos instrucción; efectos transcurso plazos

**ABSTRACT:** *The willingness to reduce the duration of the criminal process has been a constant in successive legislative reforms. Law 41/2015, of 5 October, on amending of the LECrim for the streamlining of criminal justice and the strengthening of procedural guarantees, modifies the article 324 of the LECrim establishing maximum terms of the pre-trial phase. The essential development is that its course directly affects the procedure, so that the pre-trial phase must be put to an end.*

**KEY WORDS:** *Expediting criminal proceedings; right to a process without undue delay; terms of the pre-trial phase; effects of the course of time frames.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. FIJACIÓN DE PLAZOS MÁXIMOS DE INSTRUCCIÓN.- III. EL PLAZO ORDINARIO DE INSTRUCCIÓN.- IV. AMPLIACIÓN DEL PLAZO ORDINARIO DE INSTRUCCIÓN.- I. Régimen de las causas declaradas complejas.- A) Supuestos de instrucción compleja.- B) Procedimiento de declaración de la instrucción compleja.-2. Supuesto excepcional del art. 324.4 de la LECrim.-3. Resolución sobre la ampliación del plazo de instrucción.- V. CONSECUENCIAS DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La agilización del proceso y la reducción de su duración ha sido una constante en las sucesivas reformas del proceso penal español. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en su Exposición de Motivos, ya establecía en su apartado X: "Lo que hay que examinar, por tanto, es si el adjunto proyecto de Código remedia, si no todos, al menos los más capitales defectos de que adolece la vigente organización de la justicia criminal. Es preciso en primer término sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad".

Esta idea se repite en la Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al establecer: "para un gran número de los delitos previstos en el Código Penal (...) el tratamiento procesal actual es desproporcionado ya que su compleja y dilatada tramitación está en desarmonía con la entidad penal del hecho a enjuiciar; y no sólo no sirve, sino que en algunos casos entorpece el logro de los fines de la Justicia Penal (...) La rapidez, que siempre es deseable en la Administración de Justicia, se hace imprescindible en el enjuiciamiento de estas causas por delitos menos graves".

Unos años más tarde, la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las LOPJ y de LECrim, decía en su Preámbulo: "se adopta una serie de medidas tendentes a lograr en el seno del

### • Rosa Pascual Serrats

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad CEU Cardenal Herrera, tanto en el Grado en Derecho como en el Máster Universitario en Abogacía. Participación en Proyectos de Investigación nacionales y europeos. Entre las publicaciones: monografías, capítulos de libro y artículos en revistas científicas. Cargos de gestión ostentados en la Universidad: Directora de Departamento, Secretaria Académica de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Decana de la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas; en la actualidad, Adjunta al Secretario General de la Universidad y Coordinadora del Máster Universitario en Abogacía. Correo electrónico: rpascual@uchceu.es

proceso penal una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculpado. (...)"

Por su parte, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal afirmaba en su Exposición de Motivos: "Con independencia de sus concretos contenidos técnicos, de los que se dará cuenta más adelante, las reformas acometidas por esta Ley tienen un hilo conductor común, aprovechar los recursos a disposición de la Administración de Justicia y procurar, así, que esta última se imparta de la forma más rápida y eficaz posible, de acuerdo con las exigencias del artículo 24 de la Constitución (...). Con todo, parece posible, al menos en determinados casos, que la Justicia penal se imparta de forma aún más próxima al hecho enjuiciado que en la actualidad. No hace falta destacar que ello resultaría beneficioso para todos; para los enjuiciados, que tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para las víctimas, para la Administración de Justicia en general y, singularmente, para la sociedad en su conjunto, que vería así notablemente robustecida la ejemplaridad de la Justicia penal y considerablemente incrementadas sus defensas sociales frente al delito".

Posteriormente, la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la LECrim afirmaba: "Se subraya así la decidida voluntad del legislador de agilizar los procesos penales, en el convencimiento de que una Justicia más rápida se adecua mejor a sus fines constitucionales y atiende más cumplidamente a los intereses sociales".

Asimismo, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, establecía: "La presente Ley es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga "la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas".

La última reforma introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las garantías procesales, como precisa en su Exposición de Motivos, vertebra sencillas herramientas que no provocan merma alguna en los derechos del justiciable. Establece: "Existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales; b) la reforma del régimen de remisión por la Policía Judicial a los juzgados y al Ministerio Fiscal de los atestados relativos a delitos sin

autor conocido; c) la fijación de plazos máximos para la instrucción; y d) la regulación de un procedimiento monitorio penal”.

Como ponen de manifiesto las reformas anteriores, la preocupación por la duración del proceso penal constituye una constante histórica. Y ello porque “el transcurso del tiempo produce efectos negativos en la esfera de sus protagonistas. No sólo por la preocupación y ansiedad que en el sospechoso causa una acusación públicamente formulada, sino para evitar que la prolongación de la causa disminuya sus posibilidades de defensa. Aunque en ocasiones, el retraso puede favorecer al investigado (los testigos desaparecen o alteran el recuerdo de su percepción, o la necesidad de pena disminuye), existe también un interés social en resolver con celeridad las causas penales, no sólo para no perjudicar a quien ha de ser tratado como inocente, sino también para evitar su eventual reincidencia y reforzar los mecanismos de prevención general y especial”<sup>1</sup>.

Nos vamos a centrar en una de las medidas de agilización introducidas por la última reforma, la fijación de los plazos máximos de instrucción prevista en el art. 324 de la LECrim. En concreto, en la interpretación que del citado precepto se viene realizando por las Audiencias Provinciales al resolver el recurso de apelación frente al auto acordando la ampliación de dicho plazo. Interesa destacar la diversidad de los pronunciamientos ante la ausencia de una jurisprudencia consolidada sobre su interpretación.

## II. FIJACIÓN DE PLAZOS MÁXIMOS DE INSTRUCCIÓN.

La fijación de un plazo de duración de la instrucción no es algo nuevo, el mismo art. 324 de la LECrim, antes de la reforma por la Ley 41/2015, ya disponía:

“Cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiese terminado, el Secretario Judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión.

Con vista de cada una de estas partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de Instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos sobre el estado y adelantos de los sumarios”.

---

1 AAP Madrid (Sección 4ª) 14 septiembre 2016 (JUR 2017, 242568).

Tras la reforma, “se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales (...)”<sup>2</sup>.

En la redacción inicial del art. 324 de la LECrim se preveía un plazo simbólico cuyo transcurso no conllevaba consecuencias directas sobre la tramitación del procedimiento, tan sólo debía informarse periódicamente de las causas que determinaban que no finalizase, así como adoptarse las medidas que se considerasen oportunas para poder poner fin a la instrucción.

Por el contrario, con la nueva regulación se establece un plazo mayor de duración, cuyo transcurso sí que produce efectos directos en la instrucción. Como afirma la Audiencia Provincial de Cádiz, “la duración de la instrucción ha pasado a ser un aspecto procesal susceptible de control, de controversia entre las partes y recurrible ante los órganos de apelación”<sup>3</sup>.

El establecimiento de límites temporales a la instrucción debe ponerse en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el art. 24.2 de la Constitución<sup>4</sup>, con las exigencias del derecho a ser juzgado en un plazo razonable previsto en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup> y con la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, de acuerdo con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la instrucción debe tramitarse en un tiempo razonable, el necesario y suficiente para cumplir la función que le es propia y, al mismo tiempo, con todas las garantías, sin que la celeridad conlleve la pérdida o disminución de las mismas.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas “es una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales (STC 100/1996, de 11 de junio [RTC 1996, 100], F. 2). Como se dijo en la STC 58/1999, de 12 de abril (RTC 1999, 58) (F. 6), el derecho fundamental referido no se puede identificar con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad. En la misma sentencia

2 Preámbulo de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal y el Fortalecimiento de las garantías procesales.

3 AAP Cádiz (Sección 8ª) 30 marzo 2017 (JUR 2017, 125168).

4 Art. 24.2 de la CE: “Asimismo, todos tienen derecho (..) a un proceso público sin dilación indebidas y con todas las garantías (..)”.

5 Art. 6.1 del CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable (...)”.

y fundamento jurídico indicamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa un proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (RCL 1999, I 190, 1572) (derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable”), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, afirmamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”<sup>6</sup>.

No obstante, este derecho no se satisface tan solo con el establecimiento en la ley de plazos de finalización, sino que es necesario ir más allá. Como afirma Moreno Verdejo, “la cuestión principal no es cuánto dura la instrucción. Si la mantenemos como hoy se concibe, por mucho que se señalen plazos, no habremos avanzado mucho (...) No se trata de hacer “lo mismo” que hemos venido haciendo y decir que se hará en menos tiempo. Se trata, previamente de ver qué ha de hacerse en la instrucción, de modificar su práctica, para que sea más sencilla y acortarse su duración (...) Es preciso un cambio de mentalidad y de pautas de actuación en el proceso penal (...) por mucho que plasmemos en la ley una cifra en la que se diga que terminará la instrucción, será un mero desiderátum y acabaremos convirtiendo el plazo excepcional y de duración no tasada de prórroga final que establece el art. 324 LECrim en una práctica general”<sup>7</sup>.

### III. EL PLAZO ORDINARIO DE INSTRUCCIÓN.

El art. 324.1 establece:

“Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas (..)”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fija la duración ordinaria de la instrucción en seis meses. En ese plazo, en principio, deberán realizarse las diligencias necesarias para poder resolver si procede el sobreseimiento o la continuación del procedimiento

6 STC 178/2007, de 23 julio (RTC 2007, 178).

7 MORENO VERDEJO, J.: “Límites temporales den la fase de instrucción; antecedentes, sistema y efectos del art. 324 LECrim”. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Moreno%20Verdejo,%20jaime.pdf?idFile=a43c2faf-c546-42a3-af04-9d71dbc335ed](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Moreno%20Verdejo,%20jaime.pdf?idFile=a43c2faf-c546-42a3-af04-9d71dbc335ed)

por contar, en este último caso, con elementos suficientes para formular la acusación contra una determinada persona. Es un plazo máximo que no tiene necesariamente que agotarse dado que la instrucción tiene que extenderse tan solo el tiempo necesario y suficiente para cumplir su función.

Atendiendo al tenor del citado precepto, resulta aplicable al Procedimiento Ordinario y al Procedimiento Abreviado, en cuanto que “sumario” y “diligencias previas” es la denominación que recibe respectivamente en estos procesos la fase de instrucción. No se aplicará, por tanto, a los demás procesos: en el supuesto del Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, la diligencias urgentes tienen como límite la duración del servicio de guardia, en otro caso, se transforman en diligencias previas; en el Procedimiento para el juicio por delitos leves, no existe fase de instrucción como tal; en el Procedimiento ante el Tribunal del Jurado, la duración de la instrucción se encuentra prevista en su propia regulación; y el Procedimiento con implicación activa de menores, tiene su propia regulación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores.

El art. 324.1 de la LECrim establece como *dies a quo* del cómputo del plazo “la fecha del auto de incoación del sumario o diligencias previas”. A la hora de determinarlo nos podemos encontrar con distintas situaciones:

a) Que se haya planteado una cuestión de competencia y el órgano judicial ante el que se inició la instrucción, se haya inhibido a favor de otro.

En este caso, debe atenderse a lo dispuesto en el art. 25 párrafo tercero de la LECrim: “Entretanto no recaiga decisión judicial firme resolviendo definitivamente la cuestión promovida o aceptando la competencia, el Juez de Instrucción que acuerde la inhibición a favor de otro de la misma clase seguirá practicando todas las diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (..)”. Por tanto, en cuanto que su planteamiento no va a paralizar la instrucción habrá que atender a la fecha del auto de incoación dictado por el órgano instructor que acordó su inhibición.

En este mismo sentido, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 5/2015<sup>8</sup>, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción, afirma que “la fecha a tener en cuenta será la del primer auto de incoación que se dicte, ya que, en ningún caso, el tiempo que la Administración de Justicia emplee en determinar el órgano competente puede ir en detrimento de las garantías procesales del investigado”.

8 Circular 5/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre los plazos máximos de la fase de instrucción. [https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares\\_consultas\\_instrucciones!/ut/p/a0/04\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFSzcDBzdPYOdTD08jIMtjPULsh0VAce5-oi/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=2](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones!/ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbzcFSzcDBzdPYOdTD08jIMtjPULsh0VAce5-oi/?numElementosPorPagina=20&paginaDestino=2)

Igualmente, en las “Conclusiones de las XVIII Jornadas de Presidentes de Audiencias Provinciales de España”<sup>9</sup>, se establece: “En las cuestiones de competencia el “dies a quo” lo determina el auto de incoación, computándose los tiempos de la tramitación y resolución. Una cuestión de competencia no puede paralizar la instrucción de la causa”.

b) Que se haya producido una acumulación de procesos ante la concurrencia de delitos conexos regulados en el art. 17 de la LECrim<sup>10</sup>. En este caso, cada hecho delictivo se estaría instruyendo por separado, uniéndose después en una única causa. Ante tal situación, habrá que atender a la fecha del auto de incoación de las últimas diligencias previas iniciadas.

Como se afirma en las “Conclusiones de las XVIII Jornadas de Presidentes de Audiencia Provinciales de España”, “será tal acumulación la que dé lugar al establecimiento de los nuevos delitos a investigar y, por tanto, será en ese momento cuando deba comenzar a correr el plazo para su instrucción.

En la misma línea se interpreta por la Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado, fundándolo en “razones de estricta lógica: por un lado, si tales diligencias no se hubieran acumulado, estarían sometidas a los plazos generales del art. 324 LECrim en toda su amplitud; por otro lado, de quedar vinculadas a un plazo marcado por unas diligencias más antiguas podría llegarse al absurdo de que una vez acumuladas no se disponga de plazo alguno para la instrucción, por haber quedado éste ya agotado”.

c) Que la instrucción iniciada como diligencias previas se transforme en sumario o a la inversa. Las “Conclusiones de las XVIII Jornadas de Presidentes de Audiencia Provinciales de España” y la Circular 5/2015 de la FGE también coinciden en que “la literalidad del artículo, que contiene la conjunción disyuntiva, obliga a computar el plazo desde el primer auto de incoación, sea de diligencias previas o de sumario, sin que la transformación genere un nuevo plazo”.

Iniciado el cómputo del plazo ordinario, así como de las posibles prórrogas, se puede ver interrumpido, conforme al art. 324.3 de la LECrim, en dos supuestos:

a) Cuando se acuerde el secreto de las actuaciones, en la medida en que durante el mismo las partes personadas no podrán tener conocimiento de las actuaciones ni intervenir en las mismas;

9 Conclusiones de las XVIII Jornadas de Presidentes de Audiencia Provinciales de España”. [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial)

10 Art. 17.1 de la LECrim: “Cada delito dará lugar a la formación de una única causa. No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”.



b) En el caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa, en cuanto que conlleva la suspensión del procedimiento.

#### IV. AMPLIACIÓN DEL PLAZO ORDINARIO DE INSTRUCCIÓN.

El legislador, después de establecer el plazo ordinario de seis meses para la realización de las diligencias de instrucción, prevé la posibilidad de ampliarlo atendiendo a la complejidad de la instrucción (art. 324.1 y 2 de la LECrim) o, excepcionalmente, por concurrir razones que lo justifiquen (art. 324.4 LECrim).

Como se ha afirmado, "la tramitación de la instrucción penal no es algo estático sino dinámico y cambiante y la investigación de los hechos hace posible que, pudiendo entenderse que, en principio, la tramitación pudiera realizarse dentro de los plazos ordinarios legalmente establecidos, las circunstancias normales de la propia investigación lleven a la necesidad de ampliar los plazos de instrucción. Por tanto, como afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, "dicha regla de principio ha de ajustarse a las circunstancias concretas que pueden determinar la posibilidad de prórroga o ampliación de los plazos"<sup>11</sup>. En cualquier caso, "es necesario que existan motivos reales y justificados para que la instrucción se prolongue por encima del plazo que el legislador ha considerado adecuado para la mayor parte o generalidad de las causas que se siguen en nuestros Juzgados de Instrucción"<sup>12</sup>.

##### I. Régimen de las causas declaradas complejas.

El régimen de la instrucción compleja se contiene en el art. 324.1 y 2 de la LECrim. El citado precepto, después de establecer un plazo general de seis meses dispone:

"1. (...) No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida alguna de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.

2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo".

11 AAP Barcelona (Sección 6ª) 26 junio 2017 (ARP 2017, 1266).

12 AAP Cádiz (Sección 8ª) 30 marzo 2017 (JUR 2017, 125168).

Por tanto, se prevé la posibilidad de ampliar el plazo inicialmente previsto en aquellos casos en que sea declarada la instrucción compleja. Esta ampliación puede ser inicialmente de hasta dieciocho meses, prorrogables hasta dieciocho meses más.

### **A) Supuestos de instrucción compleja.**

La instrucción puede declararse compleja cuando “por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado”.

Se trata de una cláusula genérica en la medida en que no concreta qué circunstancias pueden determinarla, tan sólo exige que se trate de circunstancias sobrevenidas y que su concurrencia justifique la imposibilidad de finalizar la instrucción en el plazo ordinario. Ante tal indeterminación, serán los órganos jurisdiccionales quienes irán delimitándola a través de sus resoluciones.

No cualquier circunstancia legitima la declaración complejidad, “ha de tratarse de: a) circunstancias relacionadas con la propia investigación; b) que no pudieron tomarse en cuenta en el momento de programarla por insuficiencia de datos y que afloran como consecuencia de la incorporación de nuevos datos y c) así que, por su naturaleza exijan la práctica de diligencias que a priori quepa descartar que puedan realizarse en el plazo de los seis meses iniciales”<sup>13</sup>.

Afirma la Audiencia Provincial de las Palmas: “la alusión a circunstancias sobrevenidas a la investigación que hagan que ésta no pueda razonablemente cumplirse en el plazo estipulado –el común- por más que efectivamente no debe llevar a las previstas en el apartado 2º sí que deben quedar lo suficientemente expuestas para justificar una declaración de complejidad que está muy íntimamente conectada con supuestos análogos a los del apartado 2º, sin que por esta vía se puedan suplir deficiencias o paralizaciones en la instrucción de causas penales que no puedan ni semántica ni normativamente considerarse como complejas so riesgo de subvertir el espíritu de la reforma”<sup>14</sup>.

También puede declararse la instrucción compleja cuando “concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo”. El apartado 2 del mismo art. 324 de la LECrim dispone: “(..) Se considerará que la investigación es compleja cuando: a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales; b) tenga por objeto numerosos hechos punibles; c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen

<sup>13</sup> AAP Barcelona (Sección 6ª) 26 junio 2017 (ARP 2017, 1266).

<sup>14</sup> AAP Las Palmas (Sección 1ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 168058).

de abundante documentación o complicado análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o g) se trate de un delito de terrorismo”.

En este caso, la cláusula es clara estableciendo explícitamente las circunstancias que determinan la complejidad de la causa. Al respecto, cabe señalar:

a) La concurrencia de alguno de los supuestos enumerados en el apartado 2 del art. 324 de la LECrim no supone que necesariamente la instrucción sea compleja y deba ampliarse el plazo de duración. Ello dependerá de cómo transcurra la instrucción.

b) Si bien dice “cuando concurren de forma sobrevenida”, tales circunstancias pueden ser apreciadas en un momento inicial, otra cosa es que la declaración de complejidad se lleve a cabo cuando se prevea que no podrá finalizarse la instrucción en el plazo de seis meses. En este sentido se manifiesta el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Valencia, al declarar la complejidad de la causa: “Es posible discutir si una instrucción sobre doce iniciales investigados y ocho contratos públicos justifica o no la declaración de complejidad y la posibilidad de instrucción en seis meses; e igualmente es razonable aceptar que la petición del Ministerio Público se efectuara en un momento muy temprano en la instrucción de la presente pieza. Esto último no deja de ser una consideración en la práctica irrelevante, dado que el momento de la solicitud no es condición determinante de su negativa por ese momento si, como se hace, se resuelve en otro posterior donde poder fijar y establecer como cierto que esa complejidad que barruntaba el Fiscal por la naturaleza y extensión de los hechos, se ha hecho evidente. Así, lo trascendente es que la instrucción, su posible desarrollo ulterior, y las decisiones sobre su conclusión en uno u otro sentido están en el momento condicionadas por el resultado de la pericial arquitectónica acordada, que es una pericial múltiple y que requiere el examen de abundante documentación, como este instructor conoce y le ha puesto de manifiesto, por lo demás, el propio perito. Esto es suficiente para justificar la declaración de complejidad, procedente ya en este momento, como interesa el fiscal al amparo de los establecido en el art. 324.2 b) y d), fijando como nuevo plazo el de dieciocho meses desde el día de inicio de cómputo (...)”<sup>15</sup>.

La alusión que el art. 324 de la LECrim hace, en ambos supuestos, a la concurrencia de circunstancias sobrevenidas “no resulta ciertamente afortunada, pues qué duda cabe que la concurrencia de las razones que justificasen la prórroga pueden ser concomitantes a su incoación de modo que lo razonable es que toda instrucción deba estar concluida en el plazo máximo de seis meses pero con la posibilidad de prórroga por declaración de complejidad cuando –al margen de si ello acontece o no

<sup>15</sup> AJJ Valencia núm. 18, 4 enero 2017 (JUR 2017, 1810).

por circunstancias sobrevenidas- concurre alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado 2<sup>o</sup><sup>16</sup>.

A la hora de resolver sobre la complejidad de la causa "lo que debe constatar, ante todo, es si la instrucción está siendo razonablemente diligente o no, lo que conecta con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2, ello exige una programación inicial del instructor y una evaluación del programa inicial a la luz de los datos obtenidos"<sup>17</sup>. Además, habrá que atender "no tanto a criterios jurídicos para declarar la complejidad sino a criterios fácticos que se evidencien en la causa sometida a nuestro examen. Así pues, los factores no podrán reducirse a la supuesta complejidad técnica de alguno de los delitos que contempla nuestro Código Penal sino también a la complejidad que el asunto presente por más que el delito pueda considerarse sencillo o simple o menos grave"<sup>18</sup>.

Lo que en ningún caso puede determinar la declaración de complejidad es la sobrecarga estructural del órgano judicial, nunca podrá ser justificación suficiente para la ampliación del plazo un déficit estructural de organización o dotación de medios de la Administración de Justicia u otra causa atribuible a la institución. En este sentido se pronuncia, entre otras, la STC de 11 abril 2016<sup>19</sup> que se remite a su Sentencia de 21 diciembre 2010, al afirmar: "por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver; ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario, es exigible que los Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el Ordenamiento les encomienda (STC 180/1996, de 16 de noviembre, RTC 1996, 180, f.j.4)"<sup>20</sup>.

16 AAP Las Palmas (Sección 1ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 168058).

17 AAP Barcelona (Sección 6ª) 26 junio 2017 (ARP 2017, 1266).

18 AAP Las Palmas (Sección 1ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 168058).

19 STC 63/2016, de 11 abril (RTC 2016, 63).

20 STC 142/2010, de 21 diciembre (RTC 2010, 142).

Igual criterio sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar en su Sentencia 11 marzo 2004, caso *Lenaerts c. Bélgica*<sup>21</sup>: “En efecto, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable”.

Es pues la jurisprudencia sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la que debe inspirar la interpretación y aplicación del art. 324 LECrim, puesto que su último propósito es evitarlas, y permite expresar que la concreta situación de un Juzgado o de la Administración de Justicia no es un obstáculo para aplicar con cierto rigor dicha norma.

En este sentido se también se han pronunciado las Audiencias Provinciales al resolver recursos de apelación frente al auto declarando la instrucción compleja, a modo de ejemplo:

El AAP Barcelona 11 mayo 2018 establece: “no puede efectivamente considerarse como causa sobrevenida para acordar la complejidad de la instrucción de un proceso penal conforme posibilita el art. 324 LECrim una pretendida y alegada acumulación excesiva o no de asuntos en tramitación en el Juzgado de Instrucción (...) Sin que en modo alguno puedan tener tal consideración el “elevado” número de causas pendientes de tramitar en el Juzgado, pues lo que en ningún caso cabe admitir como causa sobrevenida es el déficit estructural de organización o de medios de la Administración de Justicia, ni otras residenciales en ésta o en sus instituciones, ni en la mayor o menor capacidad o acierto en la fijación del objetivo de la instrucción judicial y la adopción de diligencias dirigidas al esclarecimiento o (...) la prolongación de la instrucción no está justificada por la tardanza en el desarrollo del procedimiento, cuando esta tardanza se debe exclusivamente a la lentitud del juzgado y a la pasividad del Ministerio Fiscal y de la denunciante ...”<sup>22</sup>.

El AAP Castellón 24 enero 2017 estima el recurso contra la resolución declarando la instrucción compleja porque “la “carga de trabajo” que pende sobre un Juzgado sin quitar mérito alguno a oficientes, no es apta para convertir una instrucción sencilla en compleja. Aparte de que no se dice que tal factor sea sobrevenido, no se ajusta a ninguna de las causas tasadas que originan la complejidad, tal vez por ello el Auto no alude a alguna de ellas. Decíamos en nuestro auto de 26 de octubre de 2016: “Las razones expuestas en la resolución recurrida no cumplen con dichas exigencias, la referencia a la “carga de trabajo general que soporta este Juzgado”, es una vaga alusión (absolutamente genérica por lo demás en los términos que se expresa) a la

21 STEDH (Sección I<sup>a</sup>) 12 marzo 2004 (JUR 2004, 86167).

22 AAP de Barcelona (Sección 20<sup>a</sup>) 11 mayo 2018 (JUR 2018, 255138).

situación del Juzgado instructor que creemos que no puede ser utilizada a los efectos pretendidos. Con este planteamiento podría utilizarse esta circunstancia para actuar la previsión del art. 324.4 de la LECrim, en relación con todas las instrucciones del Juzgado. No creemos que la nueva regulación pueda ser sorteada y dejada sin efecto de forma general, en función de consideraciones genéricas como la indicada (..)<sup>23</sup>.

Así mismo, podemos encontrar resoluciones estimatorias del recurso de apelación por no entender justificada la complejidad con base, entre otras razones: en la pasividad del Juzgado, del Ministerio Fiscal, de la denunciante; en el hecho de que algunas diligencias no podrían realizarse pero tal falta de realización se debía a que el Juzgado de Instrucción no acordó las diligencias de una causa ordinaria cuando debía<sup>24</sup>.

Con relación a la declaración de la instrucción compleja podemos concluir:

Que “la declaración de complejidad no puede suponer un automatismo impuesto por estar próximo a expirar el plazo ordinario sino que deben justificarse con la debida motivación las circunstancias sobrevenidas que han de constituir su fundamento, pero sin que estas circunstancias puedan venir determinadas por circunstancias ajenas a la instrucción concreta”<sup>25</sup>.

Que a la hora de resolver sobre la prórroga del plazo hay que tener en cuenta que “la finalidad de la norma pasa por conseguir que no se den en la fase de instrucción actitudes de pasividad injustificable, de desidia o falta de planificación. El plazo razonable no puede ser un concepto meramente formal sino que, en el análisis del caso, debe tenerse en cuenta la actividad y la conducta del juez en la gestión procesal de la causa”<sup>26</sup>.

Que “lo que busca la reforma es que el Juez de Instrucción acuerde de inmediato la totalidad de las diligencias que resulten necesarias para el cumplimiento de las finalidades propias de la instrucción, proscribiendo esa práctica de acordar unas a resultas de las anteriores cuando su utilidad era ya previsible desde el principio,

23 AAP de Castellón (Sección 2ª) 24 enero 2017 (JUR 2017, 109134). En el mismo sentido, AAP Castellón (Sección 2ª) 27 febrero 2017 (JUR 2017, 110670); AAP Murcia (Sección 3ª) 13 junio 2017 (JUR 2017, 197818); AAP Barcelona (Sección 20ª) 11 de mayo 2018 (JUR 2018, 255138).

24 AAP de Tarragona (Sección 2ª) 16 de diciembre 2016 (JUR 2017, 55985); AAP Tarragona (Sección 2ª) 14 febrero 2017 (JUR 2017, 108602); AAP de Salamanca (Sección 1ª) 13 febrero 2017 (JUR 2017, 85422); AAP de Málaga (Sección 7ª, Melilla) 20 de febrero 2017 (ARP 2017,456); AAP A Coruña (Sección 1ª) 27 febrero 2017 (JUR 2017, 83874); AAP Jaén (Sección 3ª) 8 marzo 2017 (JUR 2017, 168865); AAP de Jaén (Sección 3ª) 8 marzo 2017 (JUR 2017, 168678); AAP Tarragona (Sección 2ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 128994); AAP Madrid (Sección 27ª) 22 marzo 2017 (JUR 2018, 222913); AAP Barcelona (Sección 6ª) 31 marzo 2017 (JUR 2017, 192960); AAP La Rioja (Sección 1ª) 27 abril 2017 (JUR 2017, 157296); AAP Cáceres (Sección 2ª) 27 abril 2017 (JUR 2017, 155047); AAP Barcelona (Sección 5ª) 30 junio 2017 (JUR 2017, 260486); AAP de Valencia (Sección 2ª) 26 julio 2017 (JUR 2017, 258066); AAP de Jaén (Sección 3ª) 25 octubre 2017 (JUR 2017, 314422).

25 AAP Tarragona (Sección 2ª) 16 diciembre 2016 (JUR 2017755985).

26 AA Barcelona (Sección 6ª) 16 mayo 2018 (JUR 2018, 253020).

y por tal motivo, en la actual regulación sólo cuando se necesida surge de forma inesperada (...) es posible acordar una declaración de complejidad y por ende la prórroga de la instrucción"<sup>27</sup>.

Que "el concepto jurídico indeterminado de "causa compleja" debe mantener una conexión estrecha con las finalidades propias del proceso, de tal manera que, si es previsible una demora justificada del proceso, se asuma en virtud de una resolución judicial que declara lícita la dilación, tanto desde el prisma constitucional como desde la perspectiva del proceso; lo que permitirá, por el contrario, conjurar y afrontar las demoras injustificadas, pues en ese sentido dispone terminantemente el apartado 6 del art. 324, que "El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad"<sup>28</sup>.

### ***B) Procedimiento de declaración de la instrucción compleja.***

El art. 324.I de la LECrim establece: "(..) antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja".

El mismo precepto en su apartado 2 dispone: "Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo".

Del precepto anterior cabe destacar:

a) Corresponde al Ministerio Fiscal la iniciativa y al juez instrucción la decisión, no pudiendo en ningún caso acordarse de oficio.

Con relación a la exclusión de la declaración de complejidad de oficio, se ha afirmado que supone "una pérdida de actuación de oficio del juez de instrucción en decisiones tan importantes como la declaración de complejidad de la investigación a efectos de ampliación del plazo de la investigación o de sus prórrogas que quedan al albur de una petición expresa del Ministerio Fiscal (...) recuperación de la concepción de la acusación pública como auténtico monopolio del Ministerio Fiscal (...). Es otro tributo a esa concepción del juez de instrucción que cada vez va adquiriendo mayor nitidez como autoridad que más preside que dirige la fase de investigación, en su condición de garante de los derechos procesales y constitucionales de las

27 AAP Cáceres (Sección 2ª) 25 abril 2017 (JUR 2017, 155047).

28 AAP de León (Sección 3ª) 11 enero 2017 (JUR 2017, 54680).

partes del proceso penal"<sup>29</sup>. Como manifiesta RODRÍGUEZ CELADA, "esa prerrogativa que se otorga al Ministerio Fiscal es muy relevante, pues su decisión de no solicitar el carácter de complejidad de la causa puede limitar en gran medida la capacidad del juez instructor a la hora de practicar diligencias de investigación que entienda oportunas. (..) El juez, de facto, ya no tendrá plena libertad para decidir la línea de investigación a seguir; pues esa decisión puede estar condicionada por el tiempo del que disponga para practicar las diligencias correspondientes, decisión que dependerá de la previa petición del Ministerio Fiscal"<sup>30</sup>.

La atribución en exclusiva al Ministerio de la facultad de solicitar la declaración de complejidad y consiguiente ampliación del plazo de instrucción, constituye un paso más hacia el modelo acusatorio en el que el Ministerio Fiscal es el responsable de la investigación y el Juez de Instrucción el garante de las garantías procesales y constitucionales de las partes.

La solicitud del Ministerio Fiscal deberá estar motivada. No bastará con que alegue la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el art. 324 de la LECrim. sino que tendrá que concretar cuáles son las circunstancias que concurren en el caso, que determinan la complejidad de la instrucción y justifican la imposibilidad de finalización en el plazo inicial de seis meses. Además, tratándose de la solicitud de una segunda prórroga, deberá presentarse al menos tres días antes de la finalización del plazo.

El AAP Córdoba 4 noviembre 2016 estima el recurso contra el auto de declaración de complejidad de la instrucción por acordarse de oficio además de no oír previamente a las partes. Afirma: "El derecho de defensa del recurrente en la presente causa se ha visto afrentado. Para conocer mejor la realidad o no de la vulneración del derecho fundamental alegado por el recurrente, resulta imprescindible conocer el trámite seguido en esta causa para efectuar la declaración de complejidad de la misma. Respecto del mismo se puede observar que, antes de la decisión judicial adoptada al respecto: 1º. El Ministerio Fiscal no ha efectuado solicitud alguna; 2º. No se ha dado audiencia a las demás partes. De esta realidad procesal se desprende que el trámite legalmente establecido para efectuar la declaración de complejidad de la causa no se ha respetado, sustituyendo la jueza la iniciativa que sólo corresponde al Ministerio Público y afrentando el derecho de defensa del recurrente al no haberlo oído al respecto previamente. Tan radical vulneración legal que genera franca indefensión a la parte, exige de este tribunal una

29 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "¿Es posible la reapertura de la investigación penal una vez transcurrido el plazo de los seis meses de instrucción?", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8635, Sección Doctrina, pp. 3-4.

30 RODRÍGUEZ CELADA, E.: "La introducción de plazos máximos en la investigación penal", *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2016, núm. 42, p. 73.



reparación igualmente radical como es la de la anulación de la resolución que se ha pronunciado de oficio, algo prescrito por la ley, e inaudita parte”<sup>31</sup>.

Por último, interesa apuntar lo manifestado en la Circular 5/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de declarar de oficio la instrucción compleja. En la Circular se distingue la calificación de complejidad por causas sobrevenidas y al inicio del proceso, afirmando: “La Ley no arroja luz en cuanto a si en los supuestos en los que la complejidad no es sobrevenida, sino que concurre *ab initio*, puede el juez declararla de oficio (...) El nuevo art. 324 LECrim. (...) se inspira en el art. 127 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, que precisamente partía de que la complejidad podía ser declarada por el órgano investigador, a diferencia de la prórroga, que exigía una petición del Tribunal de Garantías. Pues bien, en este contexto, debe considerarse admisible, en tanto no se consolide otra interpretación jurisprudencial, que el Juez de Instrucción declare compleja la causa de oficio, cuando la complejidad concorra ya desde el momento de la incoación. Por consiguiente, los Sres. Fiscales no recurrirán las resoluciones de complejidad que se declaren de oficio en base a tal circunstancia”.

b) El juez no se encuentra vinculado por la petición del Ministerio Fiscal. Corresponde al juez instructor valorar si la solicitud está fundamentada y justifica una ampliación del plazo de instrucción, debiendo garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Su criterio es decisivo tanto para evaluar la sencillez o complejidad de la causa penal iniciada, como para establecer los plazos máximos de duración de la instrucción cuyo transcurso conllevará la finalización de dicha fase procesal

c) La decisión del órgano instructor deberá adoptarse antes de la expiración del plazo. Respecto al cumplimiento del citado plazo, existe alguna resolución en la que se propugna una interpretación no literal del precepto. En este sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba manifiesta que, “si bien debe procurarse que la resolución ahora adoptada se dicte antes de la expiración del plazo, no puede hacerse una interpretación literal de la ley que pugne contra el más común de los sentidos. Ya ha declarado esta Sala que en procedimientos como el presente en que se trata del examen de abundantísima documentación contable de empresas o grupo de empresas, en que será indiscutiblemente precisas pruebas periciales y donde todavía mínimamente se ha empezado a desentrañar el núcleo de los hechos, no se hace necesaria la concurrencia de ningún acontecimiento no previsto en su inicio, de los mencionados en el art. 324, para declarar prácticamente al principio de la tramitación que la causa es compleja y prolongar su duración. Y siendo esto así, y consciente de ello todos los sujetos procesales, que no se haya decretado la complejidad de algo

31 AAP Córdoba (Sección 3ª) 4 noviembre 2016 (JUR 2017, 184501). En la misma línea, AAP Castellón (Sección 2ª) 16 mayo 2017 (JUR 2017, 227184).

que se sabía que lo era en todo caso transcurrido el plazo inicial, no deja de ser una mera irregularidad que no puede encontrar en los querellados el beneficio de una pretendida impunidad, porque obvio resulta que no tenían derecho a la terminación de la investigación en seis meses de un asunto cuyo esclarecimiento precisa de más tiempo. Por tal razón, el art. 324 habla de acontecimientos sobrevenidos que hagan inviable la pronta terminación de la instrucción en el plazo estándar fijado en él, y su rigor no puede ser aplicado a aquellas causas en que de suyo y sin necesidad de ninguna circunstancia posterior, ese plazo es a todas luces insuficiente<sup>32</sup>.

En otro sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Palencia, en Auto 9 febrero 2017, al estimar el recurso frente al auto declarando la complejidad por haberse incumplido el requisito del plazo: "Como admite la propia Juez de Instrucción en su resolución que resolvió la reforma, la declaración de complejidad se produjo cuando ya había expirado el plazo máximo establecido en el art. 324. Dado que el propio precepto sujeta la prórroga de dicho plazo, sea ordinaria o excepcional (art. 324. 1 y 4 LECrim) a que sea solicitada con anterioridad a su expiración, es evidente que en este caso no puede admitirse la declaración de complejidad acordada pues tal declaración fue realizada cuando había transcurrido de forma sobrada el plazo para haberla acordado. Es por ello que, en este punto, debe acogerse la pretensión que contiene el recurso pues el reiterado art. 324 LECrim determina que el trascurso del plazo establecido para instruir sin que se acuerde la declaración de complejidad impide que pueda continuarse con la instrucción y, desde luego, dado el tenor literal de la norma, hemos de entender que se impide la adopción de dicha decisión con posterioridad al transcurso de dicho plazo, pues la prórroga del mismo ha de adoptarse antes de que expire como determina el propio art. 324 LECrim"<sup>33</sup>.

Con relación a este requisito, interesa hacer referencia al criterio señalado en las "Conclusiones XVII de las Jornadas de Presidentes de las Audiencias Provinciales de España": "No es, sin embargo, necesario que la prórroga se acuerde dentro de dicho plazo, por lo que surtirá plenos efectos la prórroga solicitada por el Fiscal tres días antes de la expiración aunque sea acordada por el instructor una vez agotado el plazo, previa audiencia de las partes, en los términos expuestos en el artículo 324 de la LECrim. En estos supuestos, las diligencias practicadas en el ínterin quedarán convalidadas una vez se acuerde la prórroga".

Cabría distinguir varias interpretaciones. Una interpretación estricta, que considera preclusivo dicho plazo, de forma que, si transcurre sin que el Juez de Instrucción haya declarado la instrucción compleja, toda diligencia acordada tras su finalización no será válida. Una interpretación amplia, que califica como impropio el plazo del art.

32 AAP Córdoba (Sección 2ª) 5 julio 2017 (JUR 2018, 49353).

33 AAP Palencia (Sección 1ª) 9 febrero 2017 (JUR 2017, 82912). En la misma línea el AAP Castellón (Sección 2ª) 19 diciembre 2016 (JUR 2017, 42053).

324 de la LECrim, al dirigirse al Juez. Una tercera interpretación intermedia, que sin negar dicho efecto preclusivo, lo matiza en el sentido de flexibilizar dicho efecto si puede contradecir derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa<sup>34</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de varias posiciones doctrinales al inadmitir, en Auto 4 julio 2017, una cuestión de inconstitucional planteada en relación con el art. 324 de la LECrim por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho de defensa, del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la prueba. Manifiesta:

“En el presente caso, la duda de constitucionalidad que eleva el órgano judicial promotor de la presente cuestión parte de una determinada premisa interpretativa: la de que el plazo de seis meses para llevar a efecto la investigación del delito que establece el artículo 324 LECrim constituye un verdadero plazo de caducidad, esto es, un plazo procesal “propio” que, una vez expirado, veda, con sanción de nulidad, cualquier posibilidad de practicar nuevas diligencias de investigación. No obstante, el propio órgano judicial reconoce que una parte de la doctrina científica sostiene que estamos ante un plazo “impropio” porque lo contrario sería incomprensible, radicalmente nulo, además de constitucional (...) En definitiva, el órgano judicial reconoce expresamente que existe una interpretación alternativa a la que formula como punto de partida de su duda de constitucionalidad (..) este Tribunal aprecia que el Auto de planteamiento no hace “un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan”, por lo que el órgano judicial no ha levantado la carga de colaborar con la justicia del Tribunal que se le exige cuando insta la depuración del ordenamiento jurídico, déficit que determina también la inadmisión de la presente cuestión de constitucional”<sup>35</sup>.

d) El juez instructor debe oír a las partes antes de resolver. Respecto a los efectos de una resolución sin previa audiencia de las partes, existen distintas posiciones.

Algunas Audiencias Provinciales consideran que la omisión del traslado previo a la declaración de complejidad queda salvado mediante el acceso posterior a los recursos de la parte disconforme con el mismo cuya audiencia se ha omitido. En este sentido, el AAP Madrid 7 diciembre 2016, argumenta: “Es por ello que hemos de rechazar la nulidad del auto que interesó en su día el recurso de reforma, pues aun cuando no se respetó el trámite de audiencia previa por cinco días que ordenó la providencia de 3 de junio de 2016, pues el auto se dictó no sólo antes del transcurso del plazo sino de la notificación de la referida providencia y del escrito de solicitud del Ministerio Fiscal, la parte ha dispuesto de la posibilidad de

<sup>34</sup> Esta última posición es mantenida en el AAP Barcelona (Sección 8ª) 12 junio 2018 (JUR 2018, 273081).

<sup>35</sup> ATC 100/2017, de 4 julio (RTC 2017, 100).

alegar lo procedente sobre la cuestión de fondo acordada y tampoco ahora solicita expresamente la nulidad y retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de dicha resolución. En suma, aunque infringida la norma procesal por la proximidad de expiración del plazo máximo de instrucción, no se ha producido efectiva indefensión a la parte apelante, pues a través del cauce del recurso de reforma y ulterior apelación ha podido introducir sus argumentos contrarios a la corrección de la resolución apelada<sup>136</sup>.

En otro sentido se pronuncia el AAP de Murcia 28 mayo 2018: "En el presente caso optamos por la declaración de nulidad de la resolución, como única manera de reparar el gravamen ocasionado al apelante. La introducción, en el art. 324, de la exclusiva legitimación del Ministerio Fiscal para interesar la declaración de complejidad (y en su caso su prórroga) convierte al instructor en verdadero juez de garantías, que debe extremar los esfuerzos para dar cumplimiento al preceptivo trámite de audiencia previa ante el uso de tal facultad por la representación pública, única medida prevista por el legislador para compensar la desigualdad que introduce (...) y la reconduce a márgenes constitucionalmente admisibles. Ciertamente es que pueden existir razones que impidan llevar a efecto dicha audiencia, pero deben ser buenas razones, imprevistas y no controlables por el instructor (...). Justificadas adecuadamente dichas razones, podría considerarse que la omisión de la audiencia previa era inevitable y quedaba salvada por el acceso posterior a los recursos"<sup>137</sup>.

En misma línea, el AAP Córdoba 30 septiembre 2016<sup>38</sup>:

"(...), el derecho fundamental de tutela judicial efectiva con que cuenta el investigado requerirá inexcusablemente, su audiencia previa, tal y como impone –y no por capricho– el precepto legal (...). Y la única manera adecuada para corregir tal afrenta de derecho fundamental es la de amparar en el mencionado precepto orgánico los derechos legítimos de esa parte, precisamente para declarar la nulidad del trámite seguido, por incompleto, y la retroacción de la causa al momento justo de darle audiencia a las partes respecto de la solicitud efectuada por el Ministerio Fiscal"<sup>39</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión suponen que las partes han de tener la posibilidad de ser oídas, de poder alegar lo que

36 AAP Madrid 7 diciembre 2016 (JUR 2017,16948). En el mismo sentido, AAP Badajoz (Sección 3ª) 21 diciembre 2016 (JUR 2017, 66230); AAP Pontevedra (Sección 4ª) 31 enero 2017 (JUR 2017, 58992); AAP Pontevedra (Sección 4ª) 7 febrero 2017 (JUR 2017, 68020).

37 AAP Murcia (Sección 3ª) 28 mayo 2018 (ARP 2018, 859). En el mismo sentido, AAP de Madrid (Sección 30ª) 7 diciembre 2016 (JUR 2017, 15948); AAP de Pontevedra (Sección 4ª) 31 enero 2017 (JUR 2017, 58992); AAP de Pontevedra (Sección 4ª) 7 febrero 2017 (JUR 2017, 68020).

38 AAP Córdoba (Sección 3ª) 30 septiembre 2016 (JUR 2017, 4811). En el mismo sentido, AAP de Córdoba (Sección 3ª) 6 abril 2017 (JUR 2017, 162704).

39 En el mismo sentido, AAP de Tarragona (Sección 2ª) 25 noviembre 2016 (JUR 2017, 54585).

estimen pertinente en defensa de sus derechos e intereses. El reconocimiento de este derecho conlleva el deber de los órganos jurisdiccionales de velar por su cumplimiento. Por tanto, la declaración de complejidad sin audiencia previa tan sólo podrá admitirse en supuestos excepcionales, concurriendo circunstancias que realmente lo justifiquen, pudiéndose en tal caso subsanarse la falta de audiencia a través del recurso frente al declarando la instrucción compleja. Podríamos pensar en el supuesto en que dado el momento en que se solicita por el Ministerio Fiscal, resulte imposible dar audiencia y resolver dentro del plazo establecido en el art. 324 de la LECrim.

La propuesta de acuerdo relativa a la aplicación del art. 324 LECrim. de las secciones penales de las Audiencias Provinciales de Valencia, se dirige en el mismo sentido: "Si se prescinde del trámite legal (declaración de complejidad: petición del Ministerio y audiencia de las parte; prórroga: solicitud del Ministerio Fiscal; Fijación de un nuevo plazo máximo: petición del Ministerio Fiscal o partes y audiencia previa de las partes) la resolución del Juez que declara la complejidad, la que acuerda la prórroga, o la que fija un nuevo plazo máximo, no producirá efecto alguno"<sup>40</sup>.

## 2. Supuesto excepcional del art. 324.4 de la LECrim.

El art. 324.4 de la LECrim dispone:

"Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción".

En primer lugar, interesa destacar el carácter excepcional de este supuesto. Por tanto, tan sólo podría solicitarse la prórroga cuando no concurra circunstancias que justifiquen la solicitud de declaración de complejidad o se hayan agotado los plazos máximos que prevé el mismo artículo para el caso en que la instrucción se declare compleja.

Como manifiesta el AAP Madrid 12 de junio 2017: "La ampliación extraordinaria del plazo de instrucción prevista en el artículo 324.4 de la LECrim precisa que exista petición de parte, que sea extraordinario y que exista una razón que lo justifique. Se pretende con esta previsión legislativa que no se amplíen injustificadamente y de modo generalizado los plazos de instrucción establecidos con carácter general

40 Acuerdo no jurisdiccional de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de diciembre de 2017, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Actividad-del-TSJ-Comunidad-Valenciana/Unificacion-de-criterios/Audiencia-Provincial-de-Valencia---Unificacion-de-criterios-Civiles-y-Penales>.

pero que, a la vez, no se generen situaciones de impunidad, dado que por muy variadas circunstancias una concreta instrucción puede requerir la ampliación del plazo ordinario. Por esta razón el precepto citado, a diferencia de lo que ocurre con la declaración de complejidad (art. 324.2), ni establece un sistema de causas tasadas ni tampoco la duración del plazo de adicional de instrucción, lo que obliga a que el juez motive su decisión tanto en lo relativo a las razones de la ampliación como en lo referente al nuevo plazo que establezca para finalizar la instrucción<sup>41</sup>.

La no delimitación de la causas que pueden justificar tal ampliación “impone un juicio valorativo sobre las razones que justifiquen la fijación de un nuevo plazo (...), siendo ésta la vía que posibilita alargar la instrucción cuando se está a la espera del resultado de diligencias acordadas antes de la expiración del plazo máximo -cuya validez reconoce expresamente el apartado 7º del art. 324-, y a cuyas resultas se ha de adoptar resoluciones trascendentes para el devenir de la causa e incluso la necesidad de practicar nuevas diligencias<sup>42</sup>. Dado su carácter excepcional debe limitarse “a supuestos en los que se identifique una necesidad concreta sobrevenida de actuación investigadora que no pudo ser ordenada ni practicada en el término general o prorrogado fijado y por el tiempo estrictamente adecuado, en términos funcionales, para su práctica. Debiendo, además, responder al objetivo precisado en la norma: la finalización de la instrucción. Creemos que ésta es la interpretación que permite coligar los intereses en juego sin convertir la fórmula de ampliación del art. 324.4 en una suerte de cláusula antisistemática que “desmonte” la razón de temporalidad limitada de la fase previa establecida por el legislador como fundamento del nuevo modelo (...) Parece obvio que la ley anuda las razones de ampliación del término ex art. 324.4 LECrim a la necesidad de práctica de diligencias concretas para la finalización de la fase previa y que la parte que lo pretenda pecha con la carga procesal de justificarlo<sup>43</sup>. Será por tanto necesario a la hora de solicitar la ampliación del plazo precisar las razones del por qué y para qué la ampliación del plazo de instrucción.

Puede no resultar fácil distinguir este supuesto del previsto en el apartado I del art. 324 de la LECrim., la declaración de complejidad por circunstancias sobrevenidas. El AAP Barcelona 26 junio 2017, establece “cabría introducir el matiz siguiente: ha de tratarse de circunstancias que a) no pudieron tomarse en consideración en el momento de programar la propia investigación por insuficiencia de datos; b) que afloran como consecuencia de la incorporación de esos nuevos datos; c) cuando quepa pronosticar, antes de disponer de ellos, que esos nuevos datos propiciarán la necesidad de rediseñar o reevaluar la investigación. En tales casos la duración del nuevo plazo máximo no aparece predeterminada legalmente, si bien puede

41 AAP Madrid (Sección 29ª) 12 junio 2017 (TOL 6.248.488).

42 AAP Las Palmas (Sección 1ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 168058).

43 AAP Tarragona (Sección 4ª) 17 octubre 2017 (JUR 2018, 102313).

atenderse a la razón excepcional tomada en consideración y a la penalidad señalada al delito (principio de proporcionalidad), para su fijación. En cualquier caso, dado que la diferencia entre uno y otro supuesto nos parece de puro matiz, en los términos que la norma se expresa lingüísticamente, creemos que una decisión del instructor al amparo de un supuesto, si a juicio del órgano de apelación debería haber determinado otro, resulta irrelevante siempre que se verifique la razonabilidad de la decisión, su anclaje con el paradigma de instrucción diligente y la proporcionalidad del plazo definitivamente fijado<sup>44</sup>.

Se ha afirmado por alguna Audiencia Provincial que para aplicar el supuesto del art. 324.4 de la LECrim. resulta necesario haber agotado las prórrogas previstas en los apartados 1 y 2 del mismo artículo. En este sentido, el AAP Barcelona 17 julio 2017, afirma: “no procede declarar la prórroga excepcional del nº 4 del art. 324 LECrim si antes no se ha solicitado la prórroga inicial de los 6 meses; y, volvemos a reiterarlo (...) del testimonio recibido no se desprende que ello haya sucedido, antes al contrario, de la lectura del auto (...) lo que se deduce es que ésta es la primer prórroga que se interesa (...) A nuestro entender, el carácter excepcional de este nuevo plazo comporta que el Ministerio Fiscal sólo lo puede instar cuando se hayan agotado los plazos previstos por el legislador, tanto para las causas ordinarias como para las complejas, lo que significa que cuando concurren los requisitos necesarios para poder instar la declaración de complejidad de una instrucción penal, el Ministerio Fiscal no puede activar el plazo extraordinario establecido en el art. 324.4 LECrim, toda vez que el mismo sigue siendo un plazo excepcional respecto al plazo ordinario previsto para las causas complejas<sup>45</sup>.”

En otro sentido se pronuncia el AAP Murcia 27 junio 2018: “Parece, además, que se trata de un plazo autónomo, que, en consecuencia, podrá interesarse sin necesidad de pasar antes por la petición de prórroga, aunque, por razones de coherencia, mas debiera ser de aplicación a causas declaradas complejas, y lo más determinante es, como se lee en el Preámbulo de la Ley, que se trata de “un límite temporal infranqueable<sup>46</sup>.”

Atendiendo al tenor literal del precepto, parece que no resulta necesario que, previamente, la instrucción haya sido declarada compleja y se haya prorrogado el plazo ordinario pues, al referirse al “transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordado”, incluye tanto el plazo ordinario de seis meses como las posibles prórrogas que permite la Ley. No obstante, dada su excepcionalidad, entendemos que será aplicable con

44 AAP Barcelona (Sección 6ª) 26 de junio 2017 (ARP 2017, 1266).

45 AAP Barcelona (Sección 3ª) 17 julio 2017 (JUR 2017, 260221).

46 AAP Murcia (Sección 3ª) 27 junio 2018 (JUR 2018, 269839).

carácter preferente la prórroga prevista en los apartados 1 y 2 del art. 324, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para su adopción.

En este sentido se manifiestan las “Conclusiones XVIII Jornadas de Presidentes de Audiencias Provinciales de España” al establecer: “El apartado cuarto del artículo 324 establece una tercera posibilidad; un plazo máximo para finalizar la instrucción aplicable tanto a las causas ordinarias (art. 324.1) como a las declaradas complejas (art. 324.2), cuya duración máxima no aparece predeterminada legalmente, y para la práctica de diligencias concretas y razonadas por parte de los solicitantes; pero será un plazo cerrado y fijado de una vez. Es decir, no puede ser prorrogado”.

Con relación al procedimiento, cabe destacar:

1ª.- La ampliación de la legitimación para pedir un mayor plazo de instrucción. En ese supuesto excepcional puede solicitarse no sólo por el Ministerio Fiscal sino también por alguna de las partes personadas.

2ª.- La solicitud debe presentarse antes del transcurso de los plazos, sin condicionarla a un plazo determinado como en el supuesto de la solicitud declaración de complejidad.

3ª.- La resolución debe dictarse antes de que finalice el plazo ordinario o las posibles prórrogas acordadas.

El mismo art. 324 de la LECrim, en su apartado 5, establece las consecuencias de no solicitar tal ampliación, disponiendo: “Cuando el Ministerio Fiscal o las partes, en su caso, no hubieran hecho uso de la facultad que les confiere el apartado anterior no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 de esta Ley”. En ambos preceptos se hace referencia a la posibilidad de solicitar en la fase intermedia, finalizada la instrucción, la práctica de diligencias complementarias. Tal disposición tan sólo será aplicable cuando se haya agotado el plazo máximo y no se haya solicitado su ampliación. Como se establece en la Circular 5/2015 de la Fiscalía General del Estado: “mientras no hayan transcurrido estos plazos el Fiscal conserva todas las posibilidades procesales, de manera que si el Juez da por finalizada la instrucción de forma prematura sin haber tenido el Fiscal la oportunidad de valorar si procedía instar la fijación del plazo máximo habrá de entenderse incólume la posibilidad de pedir diligencias complementarias, ya que lo que el apartado 5 del art. 324 LECrim excluye es la petición de estas diligencias cuando se han dejado transcurrir los plazos sin hacer uso de la facultad de solicitar la fijación de plazo máximo no cuando todavía no se ha agotado el plazo”.

Tales consecuencias obligan a las partes a solicitar las diligencias en el momento que realmente procede y que las diligencias complementarias cumplan realmente



la finalidad que les es propia. Afirma la STC 15 noviembre 1990, con relación al Procedimiento Abreviado: “la admisibilidad de las diligencias complementarias es excepcional (art. 790.1) y queda limitada, exclusivamente, a los supuestos de imposibilidad de formular la acusación «por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos» (art. 790.2). Es evidente, por tanto, que dichas diligencias complementarias sólo serán admisibles si dentro de la acusación, resulta imposible concretar los elementos de tipo penal. Y aunque las mismas tengan naturaleza instructoria, ello no quiere decir que, por esta vía excepcional, la Ley autorice a las acusaciones a completar o ampliar la totalidad de la instrucción previa sin intervención del imputado, toda vez que la revisión del material instructorio se vincula sólo a la tipificación de los hechos”<sup>47</sup>.

Como manifiesta RODRÍGUEZ CELADA, “esta limitación es plenamente acertada, pues evitará situaciones que con cierta frecuencia se dan en la práctica en las que la acusación, una vez finalizada la instrucción, solicita en la fase intermedia la práctica de diligencias que podrían haberse acordado durante la instrucción. Además, tampoco es infrecuente que las diligencias complementarias tengan como objeto la investigación de los hechos objeto del procedimiento (es decir que tengan contenido instructor propiamente dicho) en lugar de la calificación jurídica de tales hechos, como debería ser según los citados arts. 627 y 780 LECrim. (..)”<sup>48</sup>.

### 3. Resolución sobre la ampliación del plazo de instrucción.

La resolución decidiendo sobre la ampliación del plazo de instrucción, ya sea por la complejidad de la causa o por la concurrencia de circunstancias excepcionales, debe ser motivada. Como indicábamos anteriormente, el juez instructor es garante del derecho a no padecer dilaciones indebidas, por lo que su criterio y su exteriorización motivada son decisivos tanto para calificar como compleja la causa penal iniciada, como para establecer los plazos máximos de duración de la instrucción cuyo transcurso conllevará la finalización de dicha fase procesal. En la medida en que afecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es necesario que la resolución que decida sobre la prórroga de la instrucción indique las circunstancias concurrentes en el caso concreto que justifiquen la procedencia o no de la misma. En otro caso, se dejaría en manos del Juez de Instrucción y del Fiscal la calificación sobre la complejidad, desvirtuando la *ratio legis* del sistema temporal introducido por el legislador con la finalidad de agilizar el curso de la instrucción y limitar las dilaciones. La expresión razonablemente que utiliza el legislador garantiza la flexibilidad necesaria para garantizar la posibilidad racional de adaptar los plazos a las necesidades concretas del procedimiento penal en cuestión, pero dicha flexibilidad hay que entenderla en sus propios términos, con lo que un

47 STC 186/1990, de 15 noviembre (RTC 1990\186)

48 RODRÍGUEZ CELADA, E.: “La introducción de plazos”, cit., p. 74.

uso indiscriminado, automático y no justificado de la complejidad significa desactivar en la práctica esa pretendida y deseable agilización de la justicia penal que contempla la nueva regulación<sup>49</sup>.

Respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, es doctrina constitucional consolidada que “el derecho reconocido en el art. 24.I CE (tutela judicial efectiva) incluye entre sus contenidos el que sus titulares puedan obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso”<sup>50</sup>; “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o desfavorable, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (...) ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fue “arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable” no podrá considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”<sup>51</sup>.

Pero no basta que la resolución esté motivada, sino que la motivación debe ser suficiente. Sobre la utilización de modelos de resoluciones judiciales, la STC 2 julio 2007, indica: “Este Tribunal, en varias ocasiones ha manifestado sus reservas sobre las respuestas judiciales estereotipadas, aunque de por sí tales fórmulas no impliquen una lesión constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamenten la parte dispositiva”. Y en su Sentencia 2 noviembre 2015 señala “hemos tomado como paradigma de resolución que infringe el deber reforzado de motivación aquella que se limita a incluir una motivación estereotipada inadecuada, por definición, para plasmar las circunstancias particulares propias del caso”(SSTC 112/1996, de 24 de junio (RTC 1996, 112) FJ.5; 2/1997, de 13 de enero (RTC 1999,2) FJ.4) Hemos afirmado, en particular, que incumple el canon de motivación reforzada la mera constatación apodíctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5)”<sup>52</sup>.

49 AAP Las Palmas 17 marzo (JUR 2017, 168058).

50 STC 155/2007, de 2 julio (RTC 2007, 155).

51 STC 31/2013, de 11 febrero (RTC 2013, 31).

52 STC 226/2015, de 2 noviembre (RTC 2015\226).

Trasladada la doctrina anterior a las resoluciones declarando la complejidad de la causa, cabe destacar que son numerosas las resoluciones revocando la declaración de complejidad<sup>53</sup> precisamente por falta de motivación, en ese sentido se manifiesta:

“Para que la resolución se entienda suficiente motivada “no basta la mera invocación del causal normativo –que la causa es compleja- para sin más ordenar las consecuencias que derivan de dicha calificación normativa (...) Consecuentemente, la carga de justificación material, tanto para pretender como para decidir, resultará todavía más exigente cuando de lo que se trate es de prorrogar conforme al apartado 2 del art. 324 los términos que fueron objeto de una primera ampliación del plazo al declarar la complejidad pues se intensifica el efecto temporal de sometimiento al proceso de la persona investigada”<sup>54</sup>.

“Esta Sala considera que el auto dictado además obedece a un estereotipo de resolución judicial sin que conste en la misma referencia alguna al caso concreto, a los hechos que han sido objeto de instrucción, ni tampoco a los motivos que llevan al juzgador a declarar la causa como compleja al margen de citar la causa del apartado 2d) prevista en el art. 324 LECr; sin concreción ni valoración alguna de la decisión adoptada. Por ello consideramos que esa decisión de instancia no satisface la carga de motivación que impone la Constitución para la válida declaración de derechos. Y dicha circunstancia no resulta nociva sino que causa verdadera indefensión a las partes toda vez que las mismas desconocen la motivación que lleva al legislador a dictar dicha resolución, lo que impide de forma natural combatir la misma en el correspondiente recurso y a su vez impide a esta Sala entrar a valorar los motivos en los que se sustenta la decisión adoptada al amparo de lo establecido en el art. 324 LECrim”<sup>55</sup>.

Por último, respecto a la recurribilidad del auto resolviendo la solicitud de ampliación del plazo, el artículo 324.2 párrafo segundo establece: “Contra el auto que desestima la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno”. De este precepto cabe deducir:

53 AAP Valencia (Sección 4ª) 11 mayo 2016 (JUR 2016,13337); AAP Valencia (Sección 2ª) 24 mayo 2017 (JUR 2017, 254094); AAP Barcelona (Sección 9ª) 15 junio 2017 (JUR 274705); AAP Huelva (Sección 1ª) 16 junio 2017 (JUR 2017, 239872); AAP Valencia (Sección 2ª) 5 julio 2017 (JUR 2017, 244486); AAP de Barcelona (Sección 3ª) 17 julio 2017 (JUR 2017, 260221); AAP Castellón (Sección 2ª) 21 septiembre 2017 (JUR 2018, 41902); AAP Castellón (Sección 2ª) 7 noviembre 2017 (JUR 2018, 41907); AAP Valencia (Sección 2ª) 31 octubre 2017 (JUR 2017, 303545); AAP de Barcelona (Sección 6ª) 16 mayo 2018 (JUR 2018, 253020); AAP Murcia (Sección 3ª) 28 febrero 2017 (JUR 2017, 97210); AAP Castellón 16 mayo 2017 (JUR 2017, 227184). En el mismo sentido, AAP de Barcelona (Sección 3ª) 27 enero 2017 (JUR 2017, 113793); AAP Tarragona (Sección 2ª) 14 febrero 2017 (JUR 2017, 108602); AAP Barcelona (Sección 6ª) 16 mayo 2018 (JUR 2018, 253020).

54 AAP Las Palmas (Sección 1ª) 17 marzo 2017 (JUR 2017, 168058).

55 AAP Córdoba 5 julio 2017 (JUR 2018, 49353).

a) Que la resolución denegatoria es firme y que tan sólo cabría posibilidad de plantearlo de nuevo al recurrir el auto de conclusión de sumario –supuesto del Procedimiento Ordinario- o el auto del art. 779 LECrim. –caso del Procedimiento Abreviado-

b) Al no referirse al auto declarando la instrucción compleja, entendemos que en este caso sí será recurrible a través de los recursos de reforma y apelación.

## V. CONSECUENCIAS DEL TRANSCURSO DE LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN.

El art. 324 LECrim. dispone:

“6. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que se ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el juez instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779. Si el instructor no hubiere dictado alguna de las resoluciones mencionadas en este apartado, el Ministerio Fiscal instará al juez que acuerde la resolución que fuere oportuna. En este caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de 15 días.

7. Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos.

8. En ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones y no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641”.

De lo dispuesto en los apartados anteriores del art. 324 LECrim. cabe señalar:

a) Que no es necesario agotar los plazos. La instrucción tiene que durar el tiempo necesario para practicar las diligencias que resulten imprescindibles para poder decir sobre el sobreseimiento o la continuación del procedimiento. De forma que la instrucción debe concluir cuando las diligencias instructoras han sido practicadas o no sean necesarias.

b) El transcurso de los plazos afecta directamente a la tramitación del procedimiento en cuanto conlleva la necesidad de poner fin a la fase de instrucción. El que se tenga que poner fin a la instrucción no significa que deba acordarse el archivo de las actuaciones, para ello habrá de concurrir alguna de las causas que determinan el sobreseimiento libre o provisional del proceso -arts. 637 ó 641 de la LECrim-.

Como afirma la Audiencia Provincial de Barcelona, “no nos encontramos ante una norma que introduzca un supuesto de caducidad ni de la acción penal ni del

proceso, que se extinguiría por la finalización del plazo. La norma simplemente anuda efectos preclusivos al transcurso de los plazos, ahora bien, no es dicho transcurso el que determina el paso de una fase a otra sino el dictado de la resolución que correspondiere que, en principio ha de dictarse en dicho plazo”<sup>56</sup>.

En el mismo sentido, el AAP León 11 enero 2017 manifiesta: “La finalidad que animaba al legislador al reformar el art. 324, con ocasión de la Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, era, en este punto, agilizar la justicia penal, no la de establecer una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal, pues el artículo 130 del Código Penal no se ha modificado y cualquier entendimiento en ese sentido supondría un indulto general que la propia Constitución excluye (art. 62.1) de la CE). Las consecuencias del transcurso de los plazos establecidos en el propio art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para las causas sencillas y las complejas, no es la caducidad del proceso o el desapoderamiento del Estado para actuar el *ius puniendi*, sino la de articular un sistema para hacer posible que toda dilación del proceso que sea indebida o injustificada pueda ser afrontada con prontitud, con los medios y a través de los cauces adecuados”<sup>57</sup>.

c) A la hora de determinar cómo afecta el transcurso del plazo a las diligencias resulta necesario distinguir el régimen de las acordadas antes y después de su finalización.

1º.- Respecto a las diligencias acordadas antes y practicadas finalizado el plazo serán válidas<sup>58</sup>.

El término “recepción” ha generado resoluciones contradictorias. Algunos tribunales entienden que no se aplica a las diligencias acordadas por el mismo instructor; que el mismo ha de practicar (testifical) sino sólo a aquéllas que no ha de practicar (informes); mientras que otros entienden que no se aplica sólo a los supuestos de incorporación de dictámenes o documentos, sino también a los casos en que se han de practicar diligencias personales fuera de plazo, si se acordasen dentro del mismo.

Entendemos que procede una interpretación amplia del citado precepto. El legislador hace referencia a “diligencias acordadas” sin limitación alguna atendiendo a la naturaleza de la misma o a quién deba practicarla. Es posible que diligencias que

56 AAP Barcelona (Sección 6ª) 26 junio 2017 (JUR 2017, 1266).

57 AAP León (Sección 3ª), 11 enero 2017 (JUR 2017, 54680).

58 AAP Tarragona (Sección 2ª) 4 noviembre 2016 (JUR 2017, 53813); AAP de Madrid (Sección 30ª), 7 noviembre 2016 (JUR 2017, 302); AAP Tarragona (Sección 2ª) 2 diciembre 2016 (JUR 2017, 56460); AAP Madrid (Sección 26ª) 14 diciembre 2016 (JUR 2017, 9208); AAP Valencia (Sección 2ª) 13 noviembre 2017 (JUR 2018, 116461).

se deban practicar por el propio órgano instrucción, como una testifical, no pueda llevarse a cabo dentro del plazo por causas no atribuibles al propio juez.

2º.- En cuanto a las diligencias ordenadas fuera de plazo, de una interpretación lógica del art. 324.7 de la LECrim. cabría deducir que no serán válidas.

El AAP Pontevedra 16 noviembre 2017 manifiesta: “En la causa se dictó por el Juzgado de Instrucción (...) providencia (...) que rechaza la práctica de diligencias de investigación interesadas por el Ministerio Fiscal, así como la fijación del plazo máximo previsto en el art. 324 LECrim, por haber transcurrido el plazo ordinario previsto en dicho precepto sin que ninguna de las partes haya pedido la prórroga de la instrucción. Contra dicha providencia se formula (...) recurso de reforma, el cual desestima el Juzgado por auto y es recurrido en apelación (...)” La Audiencia al resolver la apelación manifiesta: “Las resoluciones que se impugnan no hacen sino aplicar la consecuencia legal establecida en el art. 324.6 LECr una vez transcurrido el plazo de instrucción, cuando dispone: “...”. La previsión legal establece así que el fin de la instrucción por agotamiento del plazo sitúa al proceso en su fase intermedia, lo que impide la práctica de nuevas diligencias de investigación. En este caso a tal consecuencia se ha llegado porque ni el Ministerio Fiscal ni ninguna de las partes personadas interesaron la prórroga o el plazo máximo de instrucción conforme a las posibilidades que ofrece el art. 324 LECr en sus párrafos 1 y 4. En cualquier caso, el transcurso del plazo no afecta a la validez de las pruebas que las partes puedan recabar para su práctica o utilización en el juicio oral, con independencia de si han sido obtenidas en la instrucción o no, siempre que sean propuestas en tiempo y forma y consideradas pertinentes”<sup>59</sup>.

En otro sentido se pronuncia la Circular 5/2015, de la Fiscalía General del Estado al afirmar: “Las diligencias que sean acordadas fuera de plazo no deben asimilarse en su tratamiento a la prueba ilícita, en tanto no han sido obtenidas violentando derechos fundamentales (...) Por consiguiente, tales diligencias mantendrán su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ellas derivadas”.

En esta misma línea parece manifestarse Moreno Verdejo cuando dice: “Al afirmar el art. 324.7 de la LECrim “...” parece deducirse, a contrario sensu, que las acordadas una vez expirado el plazo no serán válidas, es decir, serán nulas. Pero no es del todo claro que lo contrario de la validez sea únicamente la nulidad de pleno derecho”<sup>60</sup>. Y añade, “tampoco impide que en el plenario pueda darse lectura a la diligencia extemporánea a ciertos efectos. Por ejemplo, la lectura de la declaración sumarial del testigo (arts. 730 y 714) en supuestos de imposibilidad de

59 AAP Pontevedra (Sección 2ª) 16 noviembre 2017 (JUR 2018, 23788). En la misma línea, AAP Murcia (Sección 3ª) 16 noviembre 2017 (TOL 6.486.430).

60 MORENO VERDEJO, J.: “Límites temporales”, cit., p. 20. A quien pertenecen los entrecomillados siguientes, p. 21.

acudir a declarar o si acude y declara proceder a la lectura para confrontar posibles contradicciones con el testimonio ofrecido en el plenario y ello en tanto aquella declaración ante el Juez de Instrucción no es nula de pleno derecho por el mero de ser extemporánea. Sólo excepcionaría de tal validez, por la vía del art. 11 LOPJ, que proscriba las actuaciones de mala fe, el supuesto en que al practicar la diligencia hubiere constancia expresa del transcurso del plazo por haberlo advertido alguna parte y admitido dicho transcurso por el Juez, pese a lo cual, ordene la práctica de la diligencia. Fuera de ese supuesto, los casos en que sin mala fe se compruebe a posteriori que la interrupción del plazo no era tal o que se computo indebidamente y supongan que la diligencia ha sido acordada extemporáneamente estimo que abonan la conclusión de la existencia de una irregularidad, pero no de la nulidad absoluta”.

Entendemos que las diligencias que se acuerden finalizado el plazo de instrucción no serán válidas. Consecuentemente, tales diligencias no podrán ser tenidas en cuenta por el órgano judicial competente a la hora de resolver sobre el sobreseimiento o la continuación del procedimiento ni por el órgano de enjuiciamiento a la hora de dictar sentencia, salvo que se hayan practicado de nuevo ante el mismo. Ahora bien, ello no excluye que puedan aportarse en la fase de juicio oral como prueba para su práctica en la vista.

## BIBLIOGRAFÍA

MORENO VERDEJO, J.: "Límites temporales den la fase de instrucción; antecedentes, sistema y efectos del art. 324 LECrim".

[https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Moreno%20Verdejo,%20Jaime.pdf?idFile=a43c2faf-c546-42a3-af04-9d71dbc335ed](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Moreno%20Verdejo,%20Jaime.pdf?idFile=a43c2faf-c546-42a3-af04-9d71dbc335ed)

RODRÍGUEZ CELADA, E.: "La introducción de plazos máximos en la investigación penal", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2016, núm. 42.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: "¿Es posible la reapertura de la investigación penal una vez transcurrido el plazo de los seis meses de instrucción?", *Diario La Ley*, 2015, núm. 8635, Sección Doctrina.







COMENTARIOS  
LEGALES



**EL PAPEL DE LOS RESIDENTES EUROPEOS EN LA  
MODIFICACIÓN DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN JUDICIAL  
DE DEMOLICIÓN DE OBRAS ILEGALES\***

***THE ROLE OF EUROPEAN RESIDENTS IN THE MODIFICATION  
OF THE JUDICIAL ENFORCEMENT PROCESSES OF DEMOLITION OF  
ILLEGAL CONSTRUCTIONS***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 404-429*



Jorge Antonio  
CLIMENT  
GALLART

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 21 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** A lo largo del presente artículo vamos a analizar las modificaciones que el legislador llevó a cabo en el Código Penal y en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el año 2015, que afectan a la ejecución de la demolición de las obras ilegales. Comprobaremos también como especialmente los residentes jubilados europeos tuvieron un papel fundamental en la modificación de dichas leyes.

**PALABRAS CLAVE:** Demolición; construcción ilegal; urbanismo; grupos de presión.

**ABSTRACT:** *Throughout this paper we are going to analyze the modifications that the legislators carried out in the Criminal Code and in the Contentious-Administrative Jurisdiction Law, in 2015, that affect the execution of the demolition of illegal constructions. We will also check how, especially, the European retired residents played a fundamental role in the modification of these laws.*

**KEY WORDS:** *Demolition; illegal construction; town planning; pressure groups.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN DE HECHO.- III. LOS CIUDADANOS EUROPEOS RESIDENTES EN ESPAÑA COMO GRUPO DE PRESIÓN.- IV. EL ART. 319.3 CP Y LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA ILEGAL.- 1. Los delitos sobre la ordenación del territorio en el CP 1995.- 2. Reformas posteriores.- 3. Bien jurídico protegido.- 4.- El mandato del art. 319.3 CP y su compatibilidad con el bien jurídico protegido.- V. EL ART. 108.3 LJCA Y LA DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE ILEGAL.- 1. El art. 108.3 LJCA.- 2. La jurisprudencia del TS sobre el art. 108.3 LJCA.- 3. Cuestiones criticables sobre el art. 108.3 LJCA y su interpretación jurisprudencial.- VI. CONCLUSIONES.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

A lo largo del presente texto vamos a analizar la modificación de dos normas llevada a cabo en el año 2015, el Código Penal (CP) y la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), en relación con las órdenes de demolición de construcciones ilegales, como respuesta a una demanda ciudadana encabezada por residentes jubilados europeos.

Como podremos comprobar, en el ámbito penal, el principal problema se suscitaba cuando se condenaba a algún promotor o constructor por la comisión de un delito contra la ordenación del territorio, pues parejo a la condena principal, se establecía la posibilidad de demolición de la construcción ilegal. Si el promotor no había vendido a un tercero dicho inmueble, no había mayor problema, pues las consecuencias de sus actos comenzaban y terminaban en él mismo. Sin embargo, si dicha compraventa ya se había producido y, además, el adquirente era un tercero de buena fe, aquí es donde surgía el problema, pues este acababa sin el dinero que había invertido en la vivienda y con la misma demolida. En el ámbito administrativo ocurría igual, dado que tanto si por la propia Administración se iniciaba un procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, como si se anulaba, vía judicial, una licencia ya dada por aquella, ello podía comportar la demolición de la construcción ilegal, con el evidente perjuicio patrimonial al que ya nos hemos referido.

El legislador, a fin de solucionar esta situación, procedió a modificar el art. 319.3 CP<sup>1</sup>, en el sentido de establecer que, con carácter previo a ejecutar dicha

---

<sup>1</sup> Art. 319.3 CP: “En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada,

### • Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Valencia. Doctorado con mención “cum laude”. Actualmente abogado no ejerciente. La labor investigadora llevada a cabo se ha centrado en la defensa de los Derechos Humanos, especialmente de los llamados Derechos de Primera Generación. Sobre este tema han sido publicados diversos trabajos en revistas nacionales e internacionales. Responsable de la Sección de jurisprudencia del TEDH del Instituto de Derecho Iberoamericano.

demolición, el juzgador exigirá que se aseguren las responsabilidades civiles de los terceros adquirentes de buena fe. Lo mismo ocurrió con el art. 108 LJCA<sup>2</sup> para los procedimientos contencioso-administrativos.

En conclusión, en este texto analizaremos, en primer lugar, la situación de hecho que provocó que una parte importante de los afectados se terminaran agrupando en asociaciones, a fin de anar sus esfuerzos en la defensa de sus intereses y tener una voz más potente frente a las autoridades públicas. En segundo lugar, comprobaremos cómo esas asociaciones responden, con bastante acierto, a lo que la Ciencia Política ha definido como grupos de presión. Y, por último, estudiaremos cuál ha sido la respuesta del legislador a dichas reclamaciones, así como la interpretación realizada nuestros tribunales a esta modificación legislativa, no siempre compartida por la doctrina.

## II. SITUACIÓN DE HECHO.

La calificación de los jubilados europeos, especialmente los británicos, como grupo de presión responde bastante bien a esta categoría tan ampliamente estudiada por la Ciencia Política, como posteriormente veremos. No obstante, siguiendo el método deductivo, en primer lugar, haremos una exposición del proceder de estos grupos y luego comprobaremos, de conformidad con los criterios politológicos, las razones por las que los calificamos como grupos de presión.

Resulta de público conocimiento que un número considerable de jubilados europeos, especialmente británicos, decidieron comprar una vivienda en España, por las excelentes condiciones climáticas de este país, entre otros motivos. Tampoco descubrimos nada nuevo si afirmamos que en los años del boom inmobiliario la construcción vino ligada a la corrupción urbanística, especialmente en el ámbito municipal<sup>3</sup>, pues las corporaciones locales tenían atribuidas amplias competencias sobre la cuestión. En buena medida, dicha corrupción se dio tanto porque las autoridades municipales concedían licencias a sabiendas de su improcedencia, como porque conscientemente decidían no ejercer sus competencias sancionadoras y

---

sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

- 2 Art. 108.3 LJCA: “El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.
- 3 QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1133, apuesta por “desligar la política de ordenación del territorio, incluida la medioambiental, de la Hacienda Pública local, lo que supone hallar otras formas alternativas y legítimas de financiación de la primera administración pública, primera por ser la más cercana al ciudadano y sus necesidades. Piénsese además que un buen número de municipios, de todos los grupos políticos, incluidos los independientes (...) son asiduos visitantes de los juzgados por asuntos que tienen su origen en temas urbanísticos”.

restauradoras derivadas de la disciplina urbanística, respecto de construcciones que se levantaban sin los permisos preceptivos. Esta situación de desorden es de la que debemos partir para comprender el escenario en el cual se desenvuelven las reclamaciones de los jubilados extranjeros.

Tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, los procesos penales por delitos contra la ordenación del territorio dieron lugar a situaciones en las que los jubilados extranjeros, que habían comprado su residencia para pasar sus últimos días aquí, acababan con sus viviendas demolidas, y sin recibir ningún tipo de compensación por ello. También en el ámbito administrativo empezaron las autoridades a actuar, con los mismos resultados. Esto provocó una gran alarma entre los afectados, muchos de ellos de origen británico. Así, empezaron a aparecer las primeras asociaciones de afectados que reclamaban algún tipo de solución, pues no alcanzaban a comprender que, habiendo actuado de buena fe, cumpliendo con todo lo que se les había exigido, se viesan abocados a esta situación.

También hicieron partícipes de este malestar a sus autoridades, las cuales se apresuraron a tomar cartas en el asunto. Así, tanto el Secretario de Estado del Reino Unido para Europa, el Sr. CHRIS BRYANT<sup>4</sup>, como el entonces embajador británico en Madrid, el Sr. GILES PAXMAN<sup>5</sup>, decidieron ponerse en contacto con diferentes representantes políticos en España a fin de encontrar una solución a esta cuestión. La misma tarea continuó su sucesor en la Embajada, el Sr. SIMON MANLEY.

A medida que las órdenes de demolición de obras ilegales iban incrementándose, el número de particulares afectados aumentaba, y, consecuentemente, las asociaciones crecían, y su influencia también. Tan fue así que, en el año 2015, y tras haberse hecho eco de sus reivindicaciones, el Senador Socialista, el Sr. DÍAZ TEJERA, llegó a presentar enmienda al art. 319 CP en el trámite legislativo, que dio lugar al actual texto. Resulta imprescindible leer en el propio Diario de Sesiones del Senado las razones argüidas por el político, para comprender la influencia de las asociaciones de afectados:

“Presentábamos una enmienda al art. 319 del Código Penal que nos presentaban distintos afectados en diversas regiones de la geografía española, que eran terceros adquirentes de buena fe y afectados porque el juez había ordenado la demolición de su edificio debido a que no contaba con la licencia correspondiente. Esas personas, generalmente pensionistas europeos que habían adquirido de buena fe esas viviendas, se encontraban con que formalmente les daban la razón, les decían que no habían cometido ningún error y que todo se ajustaba a derecho pero, en términos reales, se demolía la vivienda, no recibían indemnización y se veían en la calle, habiendo perdido el dinero y la vivienda.

4 <https://www.elmundo.es/elmundo/2010/03/06/andalucia/1267894727.html>

5 [https://elpais.com/diario/2010/01/14/andalucia/1263424923\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2010/01/14/andalucia/1263424923_850215.html)



Por eso, planteábamos la posibilidad de que la orden de demolición del juez de lo Penal se condicionara a la percepción de la indemnización correspondiente para, al menos, compensar de algún modo la pérdida de la vivienda”<sup>6</sup>.

Al igual que ocurrió con el art. 319 CP, y siguiendo su tenor, también se produjo la oportuna modificación del art. 108 LJCA. Al fin y al cabo, el legislador pretendía dar respuesta global a un problema que se podía presentar tanto en el ámbito penal como en el administrativo. Ello se deduce de la propia lectura de las argumentaciones vertidas por el mismo Senador, Sr. DÍAZ TEJERA, recogidas por el Diario de Sesiones del Senado:

“Si se fijan ustedes en la enmienda 130, verán que intenta proteger al tercer adquirente de buena fe en línea con lo que hicimos en su momento con el Código Penal”<sup>7</sup>.

Tras dicha modificación, las asociaciones de afectados decidieron premiar al Senado, en reconocimiento por la sensibilidad demostrada sobre la materia<sup>8</sup>. E incluso a la presidenta de una de esta organizaciones, la ciudadana irlandesa Maura Hillen, fue nombrada, por la Reina Isabel II, miembro honorario de la Excelentísima Orden del Imperio Británico (MBE) por los servicios prestados a la comunidad británica en España, en defensa de sus intereses<sup>9</sup>.

### III. LOS CIUDADANOS EUROPEOS RESIDENTES EN ESPAÑA COMO GRUPO DE PRESIÓN.

La figura de los grupos de presión ha sido ampliamente estudiada por la Ciencia Política<sup>10</sup>. Así, la doctrina politológica distingue entre los grupos de presión y los grupos de interés. Estos últimos los constituirán todas las asociaciones que tengan como finalidad la defensa y promoción de unos intereses concretos<sup>11</sup>.

6 [http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_P\\_10\\_146.PDF](http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_P_10_146.PDF)

7 [http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS\\_C\\_10\\_472.PDF](http://www.senado.es/legisl0/publicaciones/pdf/senado/ds/DS_C_10_472.PDF)

8 [http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/noticias/NoticiasDetalle/index.html?id=2017\\_05\\_03\\_PREMIO\\_URBANISMO](http://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/noticias/NoticiasDetalle/index.html?id=2017_05_03_PREMIO_URBANISMO)

9 <https://www.europapress.es/andalucia/almeria-00350/noticia-presidenta-auan-miembro-honoraria-imperio-britanico-defensa-duenos-casas-irregulares-20160712120136.html>

10 De entre los diferentes estudios que se han llevado a cabo sobre esta materia, nos han servido para ilustrarnos, los siguientes: JEREZ MIR, M.J.: “Los grupos de presión”, en AA.VV.: *Manual de Ciencia Política* (coord. R. Del Águila), Trotta, Valladolid, 1997; MEYNAUD, J.: *Los grupos de presión*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970; FERRANDO BADÍA, J.: “Grupos de interés, de promoción y de presión. Institucionalización de los grupos de presión”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 213-214, 1977.

11 JEREZ MIR, M.J.: “Los grupos”, cit., pp. 295-296: “el grupo de interés es un actor del sistema social que, básicamente desarrolla la función de articulación de las aspiraciones de individuos o colectivos que, sin ellos, actuarían directamente frente a los poderes públicos en las direcciones más dispares. De este modo, los grupos contribuyen a proporcionar racionalidad, congruencia y viabilidad a las demandas de cuantos comparten una determinada posición frente a otros sectores del sistema social”.

El factor determinante que comportará que un grupo de interés se acabe convirtiendo en un grupo de presión va a ser precisamente su voluntad y capacidad de influir, directa o indirectamente, en las instituciones públicas, a fin de conseguir de ellas una respuesta legal que ampare sus intereses<sup>12</sup>. Cuando los afectados comienzan a asociarse y a poner en común sus inquietudes y sus reivindicaciones, ya pueden ser considerados como grupo de interés. Pero cuando dan un paso más y pasan a presionar al poder político para que dichas pretensiones tengan un reflejo normativo, entonces ya podemos decir que nos encontramos ante un grupo de presión<sup>13</sup>.

En el caso de los jubilados europeos residentes en España, al principio, acuciados por una circunstancia que les afecta a todos ellos, como es la demolición de una vivienda que habían adquirido de buena fe, deciden asociarse. La finalidad de tales grupos que empiezan a nacer es poner en común sus intereses y defenderlos públicamente. Es precisamente cuando dan el paso siguiente, es decir, cuando hacen partícipes a sus autoridades de sus problemas, para que estas presionen a su vez a las españolas, y, sobre todo, cuando deciden actuar ante los propios Senadores, cuando podemos empezar a calificarlos de grupo de presión. Así pues, en este momento, lo que ya pretenden es influir sobre el poder político a fin de que el mismo les dé una solución que se acomode a sus intereses.

#### IV. EL ART. 319.3 CPY LA DEMOLICIÓN DE LA OBRA ILEGAL.

No es nuestra intención llevar a cabo un análisis en profundidad del art. 319, abarcando todos los elementos del tipo, pues ello rebasaría las pretensiones de este estudio, amén de que ya mucho y muy bien se ha escrito por la doctrina penalista al respecto.

Así pues, nuestro objetivo no es otro que comprobar cuál ha sido la regulación de la cuestión del derribo en nuestro CP, desde que se introdujo el delito sobre

12 *Ibid.*, p. 297. Según este autor, el grupo de presión “puede ser definido como una organización o colectivo de personas – físicas o jurídicas- que ante todo busca influir en política o promover sus ideas dentro de un contexto económico y político determinado, incidiendo en el proceso de toma de decisiones mediante su actuación sobre los poderes ejecutivo, legislativo y/o judicial – directamente o a través de la opinión pública – para intentar moldear la formulación de políticas públicas y condicionar su implementación.”

13 *Ibid.*, p. 296-297: “Con frecuencia, a los grupos de intereses les resulta insuficiente el ámbito del sistema social, necesitando descender a la arena política para difundir y defender sus demandas y reivindicaciones con unas mínimas perspectivas de éxito. Este es justamente el paso que hace de un grupo de interés un grupo de presión”.

En el mismo sentido se expresa MENYAUD, J.: “Los grupos”, cit., p. 11: “Los grupos de intereses así caracterizados se transforman en grupos de presión solo a partir del momento en que los responsables actúan sobre el mecanismo gubernamental para imponer sus aspiraciones o reivindicaciones”.

Comparte la misma opinión, FERRANDO BADÍA, J.: “Grupos de”, cit. p. 17: “Su elemento diferenciador, como dijimos, reside en la adopción de una vía específica para defender las reivindicaciones del grupo afectado: actuar sobre las autoridades públicas para conseguir satisfacción a sus intereses o causas. La categoría en cuestión apunta a un nuevo enfoque en la consideración de los grupos de interés y de promoción en sus relaciones con las instituciones gubernamentales. De que existan o no tales contactos dependerá el que nos hallemos en presencia de grupos de presión o de simples grupos de interés”.

la ordenación del territorio, allá por el año 1995, hasta la actualidad, haciendo una especial referencia al bien jurídico protegido, por la trascendencia que ello tendrá respecto de la demolición de la obra ilegal.

## I. Los delitos sobre la ordenación del territorio en el CP 1995.

Es en el llamado Código Penal de la democracia, aprobado mediante la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre<sup>14</sup>, en el que se introduce la figura de los delitos sobre la ordenación del territorio, en el Capítulo I<sup>15</sup> del Título XVII<sup>16</sup> del Libro II, bajo los arts. 319 y 320. De ambas normas, nos vamos a quedar exclusivamente con la primera, pues la segunda trata de la prevaricación en materia urbanística.

En aquel momento, el art. 319 versaba literalmente tal que así:

“1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven acabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”.

La necesidad de introducción de una sanción penal a esta cuestión vino dada por el evidente fracaso de una tutela administrativa totalmente ineficaz<sup>17</sup>. Así pues,

14 BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

15 Titulado “De los delitos sobre la ordenación del territorio”

16 Titulado “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”.

17 Resulta muy interesante traer a colación, en relación a la necesidad de la sanción penal de este tipo de actuaciones relacionadas con la ordenación del territorio, las palabras del Senador Martínez Sevilla, en el momento en el que estaba tramitando la L.O. 10/1995, recogidas en el Diario de Sesiones del Senado, de fecha 26 de octubre de 1995: “En este país, ya desde mucho antes, desde la época de Franco, pero fundamentalmente en los últimos años, se han acentuado de modo desmedido las construcciones y las urbanizaciones que han deteriorado gravemente el medio ambiente, que han atentado contra el territorio, que han deteriorado cascos históricos, que han deteriorado nuestro patrimonio natural y nuestro patrimonio histórico, que han supuesto conurbaciones de todo tipo, etcétera. Esto está produciendo un grave daño, y una de las pocas vías que pueden mostrarse como eficaces a la hora de resolver este

dado que las Administraciones Públicas competentes no estaban cumpliendo con su obligación, el legislador se vio obligado a recurrir a la vía penal como único remedio pretendidamente efectivo ante los desmanes que se estaban cometiendo (y lo peor estaba por venir) en materia urbanística ante la pasividad, cuando no la implicación, de algunas instituciones<sup>18</sup>. Tal y como recoge el TS: “la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acuda al Derecho Penal, como última ratio”<sup>19</sup>.

## 2. Reformas posteriores.

El Código Penal de 1995 ha sido objeto de múltiples reformas, hasta llegar a la actualidad. Respecto del tema que estamos estudiando, dos son las que nos interesan: las operadas a través de la LO 5/2010, de 22 de junio<sup>20</sup>, y la LO 1/2015, de 30 de marzo<sup>21</sup>.

La reforma de 2010, en lo relativo a la demolición de las obras ilegales, introduce una modificación consistente en la obligación, ya no solo de derribar la misma, sino además, de reponer a su estado originario la realidad física alterada<sup>22</sup>. Dicho con

---

problema es la consideración estrictamente penal de los delitos contra la ordenación del territorio o contra el urbanismo. Todas las remisiones administrativas hasta ahora se han mostrado absolutamente incapaces de parar la avalancha que han promovido constructores, que han promovido especuladores del suelo, que han promovido empresarios sin escrúpulos -insisto en este sentido-, que con tal de sacar unas pesetas han dejado nuestro país en una penosa situación con respecto a la ordenación del territorio.”. Disponible en: <http://www.senado.es/legis5/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0094.PDF>

- 18 ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, Bosch, Barcelona, 2011, p. 281: “La práctica urbanística ha demostrado durante años que las autoridades y funcionarios administrativos con competencia en materia de disciplina urbanística no han ejercitado como debieran sus facultades en materia de demolición, perpetuándose de esta forma, con el consentimiento tácito de la Administración, vulneraciones flagrantes del orden urbanístico”.
- 19 F.J. 2º STS (Sala 2ª) 27 noviembre 2009 (ECLI: ES:TS:2009:7703).
- 20 BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>
- 21 BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-3439-consolidado.pdf>
- 22 Además, trata cuestiones de nomenclatura (al introducir el término “urbanismo”), amplía las conductas delictivas, agrava las penas, introduce la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas que participen en la comisión de estos delitos, así como el comiso de las ganancias.  
BOE núm, 152, cit., p. 54855:  
Octogésimo octavo.  
Se modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción: «TÍTULO XVI De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»  
Octogésimo noveno.  
Se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción: «CAPÍTULO I De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo»  
Nonagésimo.  
Se modifica el art. 319, que tendrá la siguiente redacción:  
«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a

otras palabras, deberá dejar, en la medida de lo posible, el terreno afectado en el mismo estado en el que estaba con carácter previo a la construcción.

Será ya con la reforma de 2015, cuando el legislador introduzca el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros adquirentes de buena fe. Así, literalmente, el punto tercero del art. 319, modificado por la LO 1/2015, versa como sigue:

“En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

### 3. Bien jurídico protegido.

Una de las cuestiones que ha suscitado un amplio debate doctrinal viene referida a la determinación de cuál es el bien jurídico protegido por el legislador:

A pesar de las diversas corrientes doctrinales existentes<sup>23</sup>, creemos que la más acertada es aquella que defiende que el bien jurídico protegido lo constituye la ordenación del suelo, o, dicho en otras palabras, el uso racional de este. Dicha tutela es instrumental, pues su finalidad no es otra que conseguir garantizar la calidad del hábitat o del medio en el que nos desenvolvemos todos, y, en consecuencia, nuestra calidad de vida. Y es que, como ha dicho la propia Sala Segunda del TS:

---

cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

23 Todas ellas recogidas magistralmente por SOLAZ SOLAZ, E.: “La ordenación del territorio y el urbanismo: El delito del artículo 319 del Código penal”, *La Ley Penal*, núm. 16, 2015 (SMARTECA)

“En el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos” pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución”<sup>24</sup>.

Por último, precisamente para saber qué es lo que pretendía proteger el legislador a través de la tipificación de este tipo de conductas, creemos acertado traer a colación las palabras de uno de los autores de la norma, el Senador Martínez Sevilla, recogidas en el Diario de Sesiones del Senado:

“Consideramos que uno de los grandes avances de este Código Penal es la consideración de la ordenación del territorio como un bien socioambiental; es decir, la profunda ligazón que existe entre la preservación del territorio, su ordenación y el medio ambiente, esa íntima ligazón entre uno y otro concepto no es sólo paisajística, sino que está orientada fundamentalmente por las actividades humanas que se realizan sobre ella y, principalmente, por la utilización de los recursos naturales, de tal manera que es indisoluble la protección de la ordenación del territorio de la protección del medio ambiente”<sup>25</sup>.

#### 4. El mandato del art. 319.3 CP y su compatibilidad con el bien jurídico protegido.

Como hemos visto, con carácter previo a la reforma de 2015, el legislador ya preveía la posibilidad de que el juez pudiera ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada<sup>26</sup>, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En

24 F.J. 9° STS (Sala 2ª) 28 marzo 2006 (ECLI: ES:TS:2006:7937).

25 Diario de Sesiones del Senado, de fecha 26 de octubre de 1995. Disponible en: <http://www.senado.es/legis5/publicaciones/pdf/senado/ds/PS0094.PDF>

26 La naturaleza jurídica civil y no penal de las medidas de demolición y reposición se desprende de los arts. 109.I, 110 y 112 CP.

Art. 109.I CP: “La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados”.

Art. 110 CP: “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

Art. 112 CP: “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer

realidad, nos encontrábamos ante una potestad, no una obligación<sup>27</sup>, y, por tanto, el juzgador podía condenar o no a la demolición de la obra atendiendo a diversas circunstancias. Ha sido, consecuentemente, la jurisprudencia la que ha ido marcando qué criterios debían ser tenidos en cuenta para considerar procedente dicha medida<sup>28</sup>.

No obstante dicho carácter potestativo al que hemos hecho referencia, el propio TS establece que la demolición y la reposición deben entenderse como la regla general, debiendo ser considerada la ausencia de las mismas como la excepción. Y ello porque de lo contrario estaríamos consintiendo la perpetuación de la lesión del bien jurídico supuestamente protegido. Así, el TS afirma que "por regla general,

---

que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa."

Así lo señala también ROMÁN GARCÍA, F.: "Los delitos sobre la ordenación del territorio", en AA.VV.: *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997, p.119: "La demolición constituye una forma de reparar el daño causado a los intereses públicos".

Esta cuestión ha sido analizada por el TS, llegando también a la conclusión que nos encontramos ante una medida de carácter civil, no penal. Así lo establece el F.J. 3º STS (Sala 2ª) 21 junio 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4573): "La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio. Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística: No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial - Libro II - que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General".

- 27 SOLAZ SOLAZ, E.: "La ordenación", cit. mantiene que la aplicación del art.339 CP, situado en el Capítulo V, referido a cuestiones comunes a los anteriores artículos, entre los que se encuentra el 319, podría dar lugar a problemas interpretativos.

Art. 339 CP: "Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título".

Así, se podría llegar a entender que existe una contradicción con respecto a la demolición. De la lectura de este art. 339, se desprende que sería obligatorio para el juez adoptar dicha medida. Sin embargo, el 319 la reconoce como potestativa. No obstante, esta contradicción deviene en más aparente que real, porque, como este mismo autor reconoce, aplicando el principio de especificidad, debemos entender que primará lo dispuesto en el 319, y deberá ser considerada, por tanto, como potestativa.

- 28 F.J. 3º STS (Sala 2ª) 21 junio 2012 (ECLI: ES:TS:2012:4573): "En la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción; tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc."

No obstante lo anterior, en el mismo fundamento jurídico, la sentencia sí que nos indica supuestos claros en los que debería procederse a la demolición y reposición: "Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción o la obra están completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad de rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial".

Del mismo modo, también hace referencia a supuestos en los que considera que cabría excepcionar la orden de demolición y reposición: "podrían admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización"

no cabe otra forma de reparación de la legalidad alterada que la demolición de lo irregularmente construido, de modo que habrán de ser, en su caso, circunstancias excepcionales las que puedan llevar al tribunal a ejercer la facultad que se le atribuye en este apartado 3 art. 319 CP, en el sentido de no acordar la demolición, no para acordarla (...) De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito<sup>29</sup>. Además, como también nos indica el TS, la demolición (y la reposición) “en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística”<sup>30</sup>. Cabe destacar que respecto a todo lo anteriormente expuesto, el TS ha mantenido una posición fundamentalmente homogénea, garantizando así una plausible y más que necesaria seguridad jurídica<sup>31</sup>.

Con las modificaciones introducidas por la L.O. 1/2015, la cuestión se torna, aparentemente, más compleja, puesto que, a partir de la misma, se condicionará temporalmente dicha demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros adquirentes de buena fe, previa valoración de las circunstancias concretas y oída la Administración competente. Esta reforma, con cuyo espíritu ya adelantamos que estamos totalmente de acuerdo, puede suponer algunas disfuncionalidades en su aplicación.

Lo primero que cabe determinar es el concepto de tercero de buena fe. El TS ya había considerado que pueden ser adscritos a tal categoría aquellas personas “que, sin haber tenido participación en el delito contra la ordenación del territorio y sin conocer las limitaciones urbanísticas que afectaban a la construcción, han resultado gravemente perjudicadas en su patrimonio como consecuencia del delito cometido por el condenado”<sup>32</sup>. Y para que no quepa la más mínima duda, el TS refuerza esta figura insistiendo en que el hecho de que las limitaciones impuestas por la disciplina urbanística sean públicas y, por tanto, al alcance de cualquier adquirente, no empece

29 *Ibíd.* F.J. 4º. En este sentido, también se ha manifestado BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 204: “La sola sanción, si luego se consigue mantener lo ilícitamente construido o edificado, podrá retribuir jurídicamente el ilícito producido, pero no permite reparar la lesión del bien jurídico, que solo es susceptible de conseguirse a través de la restitución de la situación física del suelo al momento anterior a su agresión”.

30 *Ibíd.* F.J. 3º. En el mismo sentido se expresa GÓRRIZ ROYO, E.: “Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 1156: “La seguridad de que lo ilegalmente construido y edificado nunca va a ser demolido ha sido una de las motivaciones constantes del exacerbado proceso constructivo y de la especulación urbanística, puesto que el beneficio que reportaba la posterior venta de las obras ilegales realizadas superaba con frecuencia el coste de las infracciones administrativas impuestas. Por ello puede decirse ahora que los jueces y tribunales pueden utilizar la facultad prevista en el apartado 3º del artículo 319 CP para cuanto menos obstaculizar este proceso de indudable carácter lucrativo para determinados intereses particulares, que no para la comunidad”.

31 Toda esta doctrina jurisprudencial citada en las anteriores notas al pie ha sido confirmada por el propio TS, en sentencias posteriores, como por ejemplo, la STS (Sala 2ª) 24 noviembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:5072), o incluso en las más recientes: STS (Sala 2ª) 20 julio 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3046), STS (Sala 2ª) 13 enero 2018 (ECLI: ES:TS:2018:476).

32 F.J. 3º STS (Sala 2ª) 22 mayo 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2915).



en nada para la calificación de tercero de buena fe<sup>33</sup>. Lo único que importa es que, real y efectivamente, el tercero<sup>34</sup> desconociera que el inmueble adquirido venía afectado por tales las limitaciones urbanísticas.

Lo que ha suscitado más dudas entre la doctrina es el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución previa de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe. Así pues, diversos autores entienden que, con esta medida, se está primando el interés particular de los terceros frente al interés general que supone la necesaria restauración de la legalidad urbanística, quedando incluso está en entredicho<sup>35</sup>. La crítica se basa en el hecho de que la demolición no se podrá llevar a efecto en tanto en cuanto no se hayan asegurado previamente las indemnizaciones pertinentes, siendo además que el propio artículo no establece un plazo máximo para ello<sup>36</sup>. Por todo lo anterior,

- 33 Ibid.: “Esta Sala viene admitiendo de forma reiterada que el principio de publicidad de un determinado gravamen no excluye la posibilidad de un engaño sobre su propia existencia (cfr. SSTS 161/2013, 20 de febrero y 687/2008, 30 de octubre, entre otras). En el supuesto de hecho que centra nuestra atención, el carácter de terceros de buena fe de los beneficiados con la indemnización se proclama sin ambages en el juicio histórico. En él puede leerse que “... todos ellos desconocían la situación de las viviendas”. En definitiva, nada tiene que ver el concepto de tercero de buena fe con el significado registral normalmente ligado a ese término. En palabras del Fiscal, esa referencia no es equiparable al concepto registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Faltaría aquí la inscripción registral. Pero el art. 319.1 del CP, al incluir la referencia a la buena fe, simplemente procura hacer posible que sean reparados los daños colaterales derivados de una demolición imputable a la conducta del acusado. Tampoco es obstáculo para la procedencia de la indemnización el hecho de que no se haya formulado acusación por el delito de estafa. Es perfectamente imaginable la concurrencia entre un delito contra la ordenación del territorio y otro de estafa. El hecho de que el desconocimiento alegado respecto de la situación urbanística del terreno no haya servido de fundamento para una acusación por estafa, no es impedimento para la indemnización civil concedida por la Audiencia. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que un eventual proceso por aquel delito de lo debido actuara entonces como causa de extinción de una hipotética responsabilidad civil.”
- 34 Aunque nosotros utilicemos generalmente el término adquirente para referirnos al tercero, pues es en el que fundamentalmente estaba pensando el legislador, según se desprende de la lectura del Diario de Sesiones del Senado y de la propia realidad social, constatable por el número de afectados, lo bien cierto es que no debemos considerar únicamente como terceros de buena fe a los que han comprado un inmueble. Así pues, un inquilino o un usufructuario, por ejemplo, también podrían verse afectados por la demolición y ser considerados terceros de buena fe.
- 35 ORTEGA MONTORO, R.J.: “A propósito de la reforma de la medida de demolición de los delitos urbanísticos en la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal”, en El Consultor de los Ayuntamientos, núm. 1/2016 (SMARTECA): “Quedaría supeditada la aplicación del orden público urbanístico (demolición de una construcción realizada con vulneración del orden urbanístico en los casos de especial gravedad que tipifica el texto punitivo) a la satisfacción o garantía de los intereses privados predicables de los terceros de buena fe que adquirieron la construcción o edificación cuya demolición se impone”. En el mismo sentido, GÓRRIZ ROYO, E.: “Delitos sobre la ordenación del territorio: el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías (art. 319.3 CP)”, en AA.VV. (Dir. J.I. González Cussac): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (TOL5.009.902): “De la dicción de este nuevo párrafo del art. 319.3 CP se deduce que el legislador ha considerado prioritario salvaguardar el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe que puedan verse perjudicados por la efectiva ejecución del derribo de la obra delictiva”.
- 36 ORTEGA MONTORO, R.J.: “A propósito”, cit., apunta una idea interesante y es que, en la práctica este condicionamiento puede dar lugar a un problema bastante complejo. Si el propio condenado es insolvente, las garantías antedichas no se podrían obtener del mismo, y dada la dicción de la norma, podría llegar a darse la situación paradójica de que la inexecución de la demolición se demorase sine die.

entienden que dicho condicionamiento de la demolición deberá ser considerado como la excepción, y no como la regla general<sup>37</sup>.

En relación con lo expuesto, creemos que la redacción del artículo es francamente mejorable, y, sobre todo, echamos de menos que en el preámbulo de la L.O. 1/2015 no se especificaran las razones o finalidades por las que se modificaba ese punto tercero del art. 319, que habrían servido para facilitar una interpretación auténtica de la norma. Pero a pesar de lo anterior, no podemos coincidir, con carácter general, con las conclusiones establecidas por la doctrina mencionada. Así pues, en primer lugar, no creemos que condicionar temporalmente la demolición al previo aseguramiento de las indemnizaciones a terceros afectados de buena fe, pueda ser considerada como la excepción, sino como la regla general<sup>38</sup>. Ello se deduce de la simple lectura de los motivos que adujo el proponente de la enmienda que dio lugar a la aprobación, por ambas Cámaras, del actual punto tercero del art. 319, tal y como se recoge en el Diario de Sesiones del Senado, al que ya hemos hecho referencia<sup>39</sup>.

37 A fin de encontrar un mayor acomodo a esta nueva normativa respecto de las exigencias que se derivan de la obligación de garantizar el orden público urbanístico, la doctrina ha acudido al mandato del legislador al juzgador referido a la necesidad de valorar las circunstancias concretas y oír a la Administración competente, con carácter previo a tomar cualquier medida. GÓRRIZ ROYO, E.: "Delitos sobre", cit., entiende que el condicionamiento de la demolición debe ser interpretado de manera restrictiva, siempre atendiendo a las circunstancias concretas del caso, y previa la información obtenida de la Administración. Así, afirma que: "Con respecto a las circunstancias susceptibles de valoración, ante todo, puede tenerse en cuenta la situación personal y económica en la que quedarán los terceros de buena fe como consecuencia de la ejecución de la demolición (v.gr. si les supone un grave quebranto económico o se quedan sin vivienda, etc.). Por lo que toca al criterio de la Administración competente, se entiende que éste habrá de considerarse por el juez o tribunal, en todo caso: es decir, habrá de tener en cuenta si la Administración competente, aconseja paralizar el derribo, pero también otros datos que ésta le pueda aportar. Por ejemplo, relativos a las posibilidades de futura legalización de la vivienda, o incluso acerca de las posibilidades de proporcionar una vivienda alternativa a los terceros de buena fe". Y termina concluyendo que: "Por todo lo anterior, parece que el carácter de esta medida haya de ser excepcional y su imposición necesariamente motivada, ante todo, atendiendo a la difícil situación económica o por el precario estado personal o familiar en que quedarán los terceros de buena fe, una vez ejecutada la demolición. De lo contrario, si este posible límite a la demolición se acuerda como regla general, podría convertirse en un freno a una de las medidas que más efectos preventivo-generales despliega contra los ilícitos urbanísticos, lo que iría en detrimento de la propia tutela del bien jurídico «ordenación del territorio»".

En la misma línea se muestra SÁNCHEZ ROBERT, M.J.: "La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en AA.VV. (dir. L. Morillas Cueva): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p.739, para la cual esta reforma va "dirigida a salvaguardar intereses personales, fundamentalmente económicos de los terceros de buena fe, frente al interés general de la protección del bien jurídico ordenación del territorio y urbanismo, que se va a concretar en el restablecimiento de la legalidad urbanística". En todo caso, considera que los afectados siempre podrán acudir a otras vías, a fin de satisfacer sus pretensiones económicas, y no hacerlo a expensas de la continuación en la lesión del bien jurídico protegido.

38 Siguiendo el mandato del legislador, en todo caso y con carácter previo a decidir sobre la ejecución de la demolición, habrá que atender a las circunstancias particulares del caso concreto, especialmente, a la información que pueda proveer la Administración competente. En aquellos casos en los que se desprenda, de la investigación judicial, que la obra no va a poder ser real y efectivamente legalizable (no de manera hipotética) y la indemnización va a resultar imposible de obtener, creemos que la ejecución de la demolición no podrá quedar suspendida, sine die.

En este sentido, de agotamiento de las posibilidades indemnizatorias, resulta interesante la idea apuntada por MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 500: "Respecto de la indemnización a los terceros de buena fe (que pueden ser los adquirentes de un inmueble construido ilegalmente), debe tenerse en cuenta que, si en el hecho hay algún tipo de responsabilidad de la Administración, porque de forma negligente o por mal funcionamiento de los órganos de control haya permitido la infracción urbanística, también podrá decretarse la responsabilidad civil de esta conforme el art. 121 (CP)".

39 Ver notas al pie núm. 6 y 7.

Pero, además, entendemos que lo único que ha pretendido el legislador con la reforma es garantizar que, con carácter previo a que se derriben las obras ilegales, se garantice a los terceros afectados de buena fe (y solo a estos) que van a poder recibir una indemnización. En ningún momento, se puede deducir que el interés público, consistente en la restauración de la legalidad, quede desamparado. Y es que no podemos olvidar que toda esta situación no se habría producido si las instituciones competentes hubiesen actuado cuando y como les correspondía. Así pues, lo que no es comprensible es sostener que las Administraciones Públicas, que cuentan con técnicos encargados de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, hagan dejación de funciones, y quienes tengan luego que acabar haciendo frente a las consecuencias de su inoperancia sean los terceros adquirentes de buena fe. De admitir dicha tesis, estaríamos aceptando una traslación de las consecuencias de la irresponsabilidad de los gestores de la Administración Pública a quien es absolutamente ajeno a todo ello, es decir, al tercer adquirente de buena fe. Y proponer que, en todo caso, los afectados pueden acudir a otras vías para satisfacer sus pretensiones económicas, supone condenarlos a tener que estar peregrinando por distintas instancias administrativas y/o judiciales, suplicando una indemnización, una vez su inmueble ha sido demolido, con el evidente perjuicio, tanto económico como personal, que eso supone para los particulares.

Todo lo dicho, no quita para reconocer que, en el día a día, y yendo a cada caso concreto, nos vamos a encontrar con situaciones complejas de difícil solución. Entendemos que el legislador en modo alguno ha sometido el interés público al interés privado, sino que ha intentado conjugar ambos, de tal forma que la consecución de aquel no provoque un perjuicio a quien no solo no es responsable de tales ilegalidades, sino que además aparece como perjudicado por las mismas.

## **V. EL ART. 108.3 LJCA Y LA DEMOLICIÓN DEL INMUEBLE ILEGAL.**

### **I. El art. 108.3 LJCA.**

La lucha contra las construcciones ilegales se ha llevado a cabo tanto desde la perspectiva penal como administrativa. Ahora nos vamos a centrar en esta segunda. Sin embargo, no es nuestra intención realizar un estudio sobre la legislación urbanística, ni tan siquiera sancionadora, pues ello escaparía del objeto del presente artículo. Nosotros nos vamos a limitar única y exclusivamente a la reforma operada en 2015, por la cual se introduce el condicionamiento de la demolición a la previa constitución de garantías suficientes para pagar las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Del mismo modo y con la misma intención con la que el legislador decidió introducir un cambio en el art. 319, también lo hizo con el 108 LJCA. Así, mediante

la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se incorpora un tercer punto a dicho artículo, que versa como sigue:

“El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”<sup>40</sup>.

Debe quedar claro que la demolición y reposición no son sanciones administrativas en sí mismas consideradas. Se entienden como el modo en que se lleva a cabo el restablecimiento<sup>41</sup> de la legalidad urbanística.

De la lectura de ambos artículos, el 319.3 CP y este, podremos comprobar su gran similitud, y ello es así porque la intención del legislador con su introducción, como ya indicamos<sup>42</sup>, fue la misma: asegurar la constitución de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe con carácter previo a la demolición de la obra ilegal y reposición al estado originario de la realidad física alterada.

No obstante, este art. 108.3 LJCA sí que establece una excepción específica a dicho condicionamiento de la demolición, y es que la continuación de la obra en pie suponga un peligro inminente. En tal caso, es obvio que, ante el riesgo que ello supone, se podrá ordenar la demolición, aunque no se haya constituido garantía alguna previa. Si bien es cierto que ello no se indica expresamente en el art. 319.3 CP, entendemos que también sería perfectamente aplicable, pues es obvio que en este supuesto se da un riesgo que la comunidad ni puede ni debe asumir. También hay otra diferencia, que es la relativa al término más genérico “obra”, en el 319.3 CP, frente al más específico “inmueble” del 108.3 LJCA. En cualquier caso, ello no tiene trascendencia alguna para el presente artículo, dado el objeto del mismo.

## 2. La jurisprudencia del TS sobre el art. 108.3 LJCA.

Quizás la gran ventaja que presenta este art. 108.3 LJCA, frente al 319.3 CP, es que el TS ya ha fijado cuál debe ser su interpretación en diversas sentencias recientes. Así, de todas ellas, quizás la más interesante sea la STS (Sala 3ª) número 1191/2017, de fecha 11 de julio de 2018<sup>43</sup>, y ello porque en la misma se hace una

40 BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/22/pdfs/BOE-A-2015-8167.pdf>

41 En el ámbito legislativo, se utilizan indistintamente los términos restauración y reposición, referidos a la legalidad urbanística.

42 Ver nota al pie núm. 7.

43 STS (Sala 3ª) 11 julio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2970)

recopilación de los fundamentos jurídicos<sup>44</sup> utilizados en todas las anteriores<sup>45</sup>. Así pues, a partir de la misma, se puede conocer cuál es la postura del TS sobre cómo y cuándo debe entrar en juego el art. 108.3 LJCA.

En primer lugar, a la luz de dicha jurisprudencia, debemos entender que la introducción de esa obligación de asegurar las garantías necesarias para el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe no supone, en modo alguno, un impedimento (ni siquiera temporal) a que se pueda llevar a cabo la ejecución de la demolición de la obra ilegal, si esta fue ordenada en sentencia<sup>46</sup>. En caso contrario, señala el TS, se estaría dejando vacío de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE<sup>47</sup>, pues a los jueces, además de juzgar, les corresponde ejecutar lo juzgado, tal y como nos recuerda el art. 117 CE<sup>48</sup>. En el mismo sentido, se expresa el art. 105.1 LJCA, cuando señala que “No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo”<sup>49</sup>. En relación a ello, nuestro más alto tribunal acaba concluyendo que: “el legislador no ha modificado el art. 105.1 LJCA cuya prohibición de suspender sigue vigente sin matiz alguno, sino que ha

44 *Ibíd.* F.J. 2º: “Habida cuenta de que la jurisprudencia recaída sobre el artículo 108.3 LRJCA es todavía muy reciente, interesa dejar constancia de los aspectos más destacados que resultan hasta ahora de ella, pese a que el texto de esta resolución pudiera así extenderse más de lo habitual; máxime cuando el sentido de nuestros pronunciamientos precedentes determina de manera decisiva, además, la suerte del presente recurso, como podrá constatarse.”

45 Cita, de manera expresa, las siguientes: STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297), STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1138), STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1139), STS (Sala 3ª) 25 mayo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2029), STS (Sala 3ª) 1 junio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2178), STS (Sala 3ª) 18 junio 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2529).

46 F.J. 13º y 14º STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297).

47 *Ibíd.* F.J. 8º: “Para resolver esta cuestión, empezaremos recordando que, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE no solo alcanza a la fase declarativa sino que comprende también el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en resolución firme, evitando así que se convierta en meras declaraciones sin valor efectivo algo. En efecto, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución, incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos (...) Es por ello que, como contenido propio de este derecho fundamental, deba reconocerse el derecho a que las sentencias se ejecuten en sus propios términos entendiéndose que tal ejecución se alcanza con la realización exacta y puntual del contenido del fallo. Así, resulta de lo establecido en los arts. 103.2 (forma y términos que la sentencia consigne), 104.1 (puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones del fallo), 105.1, 109.1 (total ejecución de la sentencia) LJCA, y por ello en relación al principio general contenido en el art. 570 LEC conforme al cual la ejecución forzosa terminará con la completa satisfacción del acreedor. La conexión entre el derecho a la ejecución de sentencia y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se convierte así en el punto de partida necesario a la hora de afrontar la interpretación y el alcance de esta nueva previsión normativa”.

48 En relación, en concreto, con la capacidad de hacer ejecutar lo juzgado de los jueces del orden contencioso-administrativo, merece destacarse el art. 103.1 LJCA: “La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia”.

49 Señala también la STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297), en su F.J. 14º, que el supuesto previsto en el art. 108.3 no puede ser considerado como alguno de los dos únicos supuestos previstos en el punto 2 del art. 105, en los que se permite la inejecución o suspensión de la ejecución de una sentencia: imposibilidad material o imposibilidad legal.

Art. 105.2 LJCA: “Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

incorporado dicha medida dentro del art. 108 LJC, precepto que tanto desde una perspectiva temporal como sistemática permite afirmar que el legislador no ha pretendido dispensar a los propietarios y a la administración de una medida genérica e indiscriminada de suspensión o paralización temporal de las ejecuciones de las sentencias de demolición de inmuebles, sino de dotar al juez, una vez acreditada la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la demolición, de determinados poderes en orden a que dicha demolición no haya de causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe<sup>50</sup>.

Por consiguiente, el juzgador, en el mismo proceso de ejecución de sentencia, deberá asegurar las garantías para hacer frente a las indemnizaciones debidas a terceros y proceder a la demolición de la obra ilegal. En palabras del TS, “se ha de entender que lo que hace la norma no es regular un obstáculo a la ejecución, sino añadir un deber de hacer en la ejecución de estos fallos. Al deber de demoler, se une el de garantizar (*la indemnización por*) los perjuicios que puedan derivarse para los adquirentes de buena fe. En caso de no hacerlo, el juez debe ocuparse de que así sea, adoptando medidas de coerción y exigiendo responsabilidades de todo tipo, hasta que se haya constituido la garantía, voluntariamente o de forma forzosa, esto es el juez deberá, dentro del mismo proceso de ejecución de la sentencia de demolición, ir resolviendo paralelamente sobre estas cuestiones, teniendo como objetivo final conseguir la restauración del orden jurídico alterado, finalidad conforme al interés público que el proceso demanda, sin perjuicio de la tutela de los intereses privados que puedan verse concernidos<sup>51</sup>.”

En cuanto al término “indemnizaciones debidas” (a terceros de buena fe), el TS también delimita qué debe entenderse por tal concepto. Como a continuación veremos, el adjetivo “debidas” es el que induce a confusión. Así, para nuestro más alto tribunal ordinario, con este concepto, el legislador no se está refiriendo a indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles, que sería lo que se deduciría del adjetivo “debidas”. En realidad, se nos dice, se le está obligando al juez a asegurar unas cantidades, que deberán ser estimadas a tanto alzado atendiendo al caso concreto, para así, en el caso hipotético de que, más adelante, se pueda llegar a considerar a

50 F.J. 13º STS (Sala 3ª) 21 septiembre 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3297).

51 *Ibid.*

ese tercero como de buena fe, quede garantizado que se le va a poder indemnizar<sup>52</sup>, pero siempre en otro procedimiento al margen del de ejecución<sup>53</sup>.

Respecto del vocablo “tercero de buena fe”, la Sala de lo Contencioso entiende por tales, en un sentido positivo, aquellos que “puedan invocar e instar el reconocimiento de su condición de perjudicados con derecho a indemnización, condición que, consiguientemente, no puede circunscribirse a la de terceros adquirentes de buena fe protegidos por la fe pública registral sino que ha de extenderse a todos aquellos que puedan hacer valer un derecho a ser indemnizados en su condición de terceros perjudicados”<sup>54</sup>. Lo fundamental va a resultar que ese tercero no tuviera conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba la edificación, pues, en caso contrario, dejaría de ser acreedor de la buena fe. Como muy sabiamente señala nuestro TS, “la finalidad del nuevo art. 108.3 de la LJCA es dispensar protección a aquellas personas que disfrutaban de buena fe una edificación y, con posterioridad, una sentencia judicial ha ordenado su demolición por considerarla ilegal, sin que, tuvieran conocimiento de la situación de ilegalidad en la que se encontraba dicha edificación”<sup>55</sup>.

Desde luego, para el TS, el promotor o el titular de una licencia (que luego pueda ser anulada) no pueden ser considerados como terceros<sup>56</sup>. Además, para los Magistrados resulta evidente que “la condición de terceros de buena fe no

52 F.J. 4º STS (Sala 3ª) 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1138): “Interpretar el sentido de la expresión “indemnizaciones debidas”, que en este caso se utiliza para referirse al deber genérico de indemnizar a los terceros de buena fe, que no es consecuencia de una concreta declaración previa reconociendo la condición de tercero y la indemnización que es debida sino de la valoración de las circunstancias concurrentes de las que se desprenda la incidencia que la ejecución de la sentencia pueda acarrear en cada caso para los terceros en general, de manera que sobre los mismos se proyecta una tutela judicial cautelar o de garantía al margen de la concreta declaración o reconocimiento de su derecho y, precisamente, para asegurar que, producida, en su caso, esa concreta declaración, resulte eficaz y no se vea frustrada de antemano mediante la ejecución de la sentencia de demolición. No se ajusta a esa interpretación la mantenida por la parte recurrente, que considera la expresión “indemnizaciones debidas” como indemnizaciones líquidas, determinadas y exigibles.”.

53 *Ibid.*: “El art. 108.3 no contempla pronunciamientos judiciales dirigidos a declarar la existencia de concretos terceros de buena fe, que hayan sufrido lesiones o daños que no tengan el deber de soportar y que, en consecuencia, deban de ser reparados en una determinada cuantía, pues lo que establece el precepto es que el órgano judicial, al margen de tales pronunciamientos, exija la prestación de las garantías suficientes para responder de su efectividad en la medida que puedan producirse. El precepto no introduce una fórmula o procedimiento para el reconocimiento de derechos de terceros de buena fe sino para garantizar que, cuando tal reconocimiento se produzca en la forma legalmente establecida, exista la garantía precisa para su efectividad.”.

54 *Ibid.* También se hace referencia a un sentido negativo del concepto “tercero de buena fe”, y es el siguiente: “la condición de tercero implica que el título de imputación de la responsabilidad, que se trata de reparar mediante la indemnización debida, es ajeno y no ha sido ni ha podido ser objeto de examen y reconocimiento en el proceso de cuya ejecución se trata, pues en tal caso, titulares de licencia, promotores,... ha de estar al ejercicio de su derecho en el proceso y las declaraciones efectuadas al respecto de la sentencia, ya que el art. 108.3 trata de proteger la situación de los perjudicados que, en su condición de terceros, no pueden hacer valer su derecho en el proceso declarativo, sin que suponga reabrir una vía de tutela de quienes, no teniendo la condición de terceros en el proceso, pudieron hacer valer sus derechos en el mismo”.

55 F.J. 10º STS (Sala 3ª) 25 mayo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2029).

56 *Ibid.*: “Consecuentemente, el promotor que obtuvo la licencia declarada nula no puede ser considerado tercero de buena fe comprendido en el artículo 108.3 LRJCA. En primer lugar, porque como titular de la licencia ha sido parte en el proceso y, en consecuencia, no puede ser considerado tercero. En segundo lugar, el artículo 108.3, viene a salvaguardar los intereses de terceros que no son titulares de la licencia

puede predicarse exclusivamente de los titulares de edificaciones que constituyan su vivienda habitual o el lugar donde desarrollan su actividad profesional, dado que tal restricción supondría dejar fuera de la protección del precepto el grueso de los supuestos reales que suelen afectar a residencias vacacionales o segundas residencias<sup>57</sup>.

Esta ha sido, a grandes rasgos, la doctrina jurisprudencial que la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha venido fijando respecto del art. 108.3 LJCA.

### 3. Cuestiones criticables sobre el art. 108.3 LJCA y su interpretación jurisprudencial.

La demolición del inmueble, en el ámbito administrativo, es el resultado de la restauración de la legalidad urbanística. Por tanto, dicha medida, en sí misma, resulta incuestionable. Tampoco cabe duda que tal demolición es susceptible de acarrear responsabilidad<sup>58</sup> frente a los terceros de buena fe que adquirieron el inmueble afectado, o tienen algún derecho sobre el mismo<sup>59</sup>.

Partiendo de las dos premisas anteriores, quizás lo que resulta verdaderamente criticable es la posición en la que ha dejado el TS al tercero de buena fe. Para conocer la interpretación auténtica del legislador, habría sido muy conveniente que en el preámbulo de la L.O. 7/2015 se hubiese hecho alguna referencia a las razones por las que se introduce ese tercer punto en el art. 108. De este modo, se habría garantizado una mayor seguridad jurídica, al conocer qué es lo que pretendía el legislador, con esta modificación normativa<sup>60</sup>. No obstante, es evidente que no

---

cuyos derechos puedan verse afectados por la demolición de la obra amparada en la licencia sin haber sido parte en el proceso”.

57 Ibid.

58 XIOL RÍOS, J.A.: “Artículo 108”, en AA.VV. (coord. E. Espín Templado): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 758: “La demolición del inmueble es susceptible de acarrear responsabilidad, en el orden civil o administrativo, respecto de las personas o entidades que promovieron la construcción o adquisición o las administraciones que autorizaron la construcción del inmueble ilegal, frente a quienes, fundados en la confianza derivada de los compromisos contraídos contractualmente u otorgados por las administraciones públicas, o cifrada en la presunción de legalidad de la autorización administrativa, acompañada en su caso de la inscripción registral, pudieron verse en definitiva defraudados en sus legítimos derechos e intereses que se relacionen con el disfrute o la capacidad de disposición sobre el inmueble (...) Entiendo, además, que las indemnizaciones procedentes no son solo las que puedan exigirse a particulares responsables o a la entidad que otorgó el uso del inmueble, sino también a la Administración que pudiera resultar responsable en virtud de su responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal o anormal del servicio público derivada de la ilegalidad de la licencia o del defecto en el ejercicio de las facultades de planeamiento, gestión o disciplina urbanística”.

59 Ibid.: “No es necesario que los derechos de terceros sean de dominio o de otro carácter real sobre el inmueble, sino que basta que, a juicio del órgano jurisdiccional, la demolición del inmueble pueda generar la obligación de indemnizar a terceros de buena fe por los derechos adquiridos en relación con la propiedad u otros derechos reales, o en relación con el uso del inmueble en virtud de compromisos contractuales de carácter arrendaticio o de otra naturaleza o de derechos reconocidos en virtud de actos administrativos”.

60 En este sentido, creemos oportuno traer a colación las palabras de MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Reflexiones en relación al art. 108.3 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, p. 23: “Lo primero que llama poderosamente la atención es que el Preámbulo de la L.O. 7/2015 omite cualquier referencia a la nueva regulación que introduce vía apartado tercero del artículo 108 en la LJCA (...) La citada omisión no puede ser más que objeto de crítica, dado que resulta siempre conveniente que las exposiciones de motivos de los proyectos o los preámbulos de las leyes sirvan



podemos perder de vista los debates parlamentarios, y más teniendo en cuenta, como ya vimos, que este punto tercero se introdujo vía enmienda en el Senado. Por tanto, entendemos que las razones aducidas por el proponente para justificar la modificación, luego apoyada por ambas Cámaras, deben ser objeto de especial atención en la exégesis del artículo. Recordemos que el Senador DÍAZ TEJERA habla exactamente de condicionar la orden de demolición a la percepción de la indemnización. La idea, por tanto, que subyace no es otra que la de procurar que, primero, el tercero de buena fe sea indemnizado, y con carácter inmediatamente posterior, que se proceda a la demolición de la vivienda.

Sin embargo, como ya hemos comprobado al analizar la jurisprudencia, el TS ha llevado a cabo una interpretación estrecha de este condicionamiento. Así, se limita a indicar que la demolición y el aseguramiento de las garantías se deben efectuar en el mismo proceso de ejecución.

La opción por la que se ha inclinado el TS deja fuera del proceso de ejecución la posible obligación de indemnizar a los terceros de buena fe. Así, el afectado se podrá encontrar con el inmueble derribado y sin indemnización. Y si quiere poder obtener la misma, deberá acudir a otro procedimiento, con el desgaste económico y personal que ello provoca. Además, de conformidad con esta doctrina, el juez encargado de la ejecución deberá asegurar unas cuantías destinadas a responder por unas hipotéticas indemnizaciones que ni tan siquiera se sabe si, efectivamente, se estimarán o no en el futuro. No pensamos que esa fuera la verdadera intención del legislador.

Creemos que habría sido mucho más acertado plantear una interpretación que diese una solución global al problema. Así, con carácter previo a efectuar la demolición, entendemos que se debería resolver, en el mismo proceso de ejecución, vía incidental<sup>61</sup>, si procede o no la indemnización y a cuánto debe ascender la misma. Una vez solventada esta cuestión, asegurada la cuantía y previa puesta a disposición

---

precisamente para conocer el alcance y la fundamentación de las novedades que estas establecen, siendo esas consideraciones de gran valor o utilidad a efectos hermenéuticos para los operadores jurídicos, como ha señalado de forma reiterada el TC”.

61 Optamos por la vía incidental, prevista, con carácter general, en el art. 109 LJCA, porque creemos que es la más adecuada, habida cuenta que todo se podría resolver en el mismo proceso de ejecución, y bajo la dirección y el control del mismo juzgador, no desposeyéndole en ningún momento de su potestad jurisdiccional. No obstante, el Parlamento Cántabro aprobó la Ley 2/2011, por la que reguló, entre otros, un procedimiento expreso de responsabilidad patrimonial para supuestos en los que se declarase que una actuación administrativa, de carácter urbanístico, había sido declarada ilegal y que, como consecuencia de ello, se procedía a derribar el inmueble. En dicha norma se señalaba que solo se podría proceder a la demolición cuando hubiese finalizado el expediente de responsabilidad patrimonial, se hubiese determinado, en su caso, el importe de la indemnización, y se hubiese puesto a disposición del perjudicado la cantidad establecida. El apartado que regulaba esta cuestión fue declarado inconstitucional por la STC 22 abril 2013 (ECLI:ES:TC:2013:92). El argumento fue puramente competencial: El Derecho Procesal es una materia atribuida exclusivamente al Estado (art. 149.1.6 CE), y como en dicha norma autonómica se estaba legislando sobre una cuestión procesal, como es la suspensión de la demolición en el proceso de ejecución mientras se resuelve el expediente de responsabilidad patrimonial, es obvio que se estaba produciendo una invasión de competencias.

del afectado (si es que fue considerada procedente), se ejecutaría materialmente la demolición. De esta manera, quedarían perfectamente protegidos y conjugados el interés público, consistente en la restauración de la legalidad urbanística, y los intereses privados de los terceros de buena fe<sup>62</sup>. Esa, entendemos, era la exégesis acorde al espíritu de la norma, y no, desde luego, la llevada a cabo por el TS.

En este sentido, merece ser destacado el razonamiento de Mediavilla Cabo, a partir del análisis del término “indemnizaciones debidas” elegido por el legislador. Así pues, para este autor si la indemnización es debida “es porque es líquida, vencible y exigible y, además, tras la reforma, debe ser garantizada con anterioridad a la demolición. Si no presenta estas características es porque no es debida”<sup>63</sup>. Para que una deuda reúna las tres características antedichas, es necesario que ya haya sido determinada. Por tanto, no cabe hablar de indemnizaciones debidas para referirse a indemnizaciones futuribles e hipotéticas.

Bajo nuestro criterio, como ya hemos indicado, el modo en que dicha indemnización puede ser determinada es, precisamente, el de la vía incidental en el procedimiento de ejecución, ya que, en el mismo, como señala el citado autor, se podrán concretar “el alcance de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe y su aseguramiento. Todo ello, bajo la directa y exclusiva supervisión del órgano judicial, que retiene la competencia para la ejecución de la sentencia, sin que se produzca desapoderamiento alguno”<sup>64</sup>. Y, además, las indemnizaciones no solo deberán estar fijadas y aseguradas con carácter previo a la demolición, sino también garantizado su pago. Como muy sabiamente afirma Mediavilla Cabo, “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sin que medie la previa y justa indemnización por el valor de los derechos que van a ser objeto de ablación y garantizado su pago”<sup>65</sup>.

## VI. CONCLUSIONES.

Primera.- En la modificación de los arts. 319 CP y 108 LJCA los grupos de presión constituidos, en buen número, por residentes jubilados europeos, tuvieron un papel fundamental.

Segunda.- Dicha modificación condiciona la demolición de la vivienda y la reposición al estado original del terreno afectado, a la previa constitución de

---

62 Esta ha sido también la interpretación que le ha dado MEDIAVILLA CABO, J.V.: “Reflexiones en”, cit., p. 30: “El art. 108.3 trata de armonizar los intereses públicos y privados que coexisten. Los públicos consistentes en que se restablezca la legalidad urbanística infringida, y nótese a estos efectos que, como he señalado, la medida de exigencia no está prevista para cualquier supuesto, y los privados en que se repare el daño causado por la demolición antes de que esta acontezca, reparación que, en modo alguno puede considerarse que afecte negativamente al interés general”.

63 *Ibid.* p. 36.

64 *Ibid.* p. 32.

65 *Ibid.* pp. 38 y 39.

garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe.

Tercera.- Con esta reforma, el legislador pretendía conjugar la consecución de dos intereses: el público, consistente en la restauración de la legalidad urbanística, y el privado, de los terceros de buena fe, de tal modo que la consecución de aquel no provocase un perjuicio a quien no solo no es responsable de tales ilegalidades, sino que además aparece como perjudicado por las mismas.

Cuarta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha dictado una abundante jurisprudencia, a lo largo de estos dos últimos años, en la que ha fijado doctrina sobre cómo debe ser entendido el art. 108.3 LJCA.

Quinta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha manifestado que en el mismo proceso de ejecución, el juez deberá asegurar la constitución de garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe y proceder a ejecutar la demolición. En todo caso, ha indicado de manera taxativa, que la incorporación del punto tercero al art. 108 no supone que se pueda suspender (ni tan siquiera temporalmente) el derribo del inmueble. Derivado de ello, paradójicamente el tercero de buena fe se podrá encontrar con la vivienda demolida y sin haber recibido aún ninguna indemnización.

Sexta.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS ha interpretado que, con el término "indemnizaciones debidas" previsto en el art. 108.3 LJCA, el legislador no se está refiriendo a aquellas que resulten líquidas, determinadas y exigibles, sino a las que podrán ser fijadas hipotéticamente en el futuro, en otro procedimiento distinto al de la ejecución de sentencia, condenando así al tercero de buena fe a una peregrinación administrativa y/o judicial, si quiere poder obtener dicha indemnización.

Séptima.- Consecuencia de la anterior, el TS ha entendido que el mandato al juzgador de asegurar la constitución de garantías suficientes para hacer frente a las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe, se limita a la obligación impuesta al juez encargado de la ejecución, de cerciorarse que se den las garantías suficientes con las que se pueda cubrir una cuantía estimada a tanto alzado equivalente a una futura e hipotética indemnización. Con esta medida cautelar se pretende que, si en el futuro, a dicho tercero se le reconociera el derecho a ser indemnizado en otro procedimiento (administrativo o judicial), su expectativa de cobro no quede frustrada.

Octava.- La labor hermenéutica llevada a cabo por la Sala Tercera del TS respecto del art. 108.3 LJCA creemos que contraviene el espíritu e incluso la letra de la propia norma. Así pues, entendemos que el legislador; y así se deduce de la lectura del Diario de Sesiones, lo que pretendía era darle una solución global al problema, y no diferir

parte del mismo. Quizás una exégesis correcta del artículo habría sido aquella que estableciese que, con carácter previo a efectuar la demolición, se debería resolver, en el mismo proceso de ejecución, vía incidental, si procede o no la indemnización y a cuánto asciende la misma. Una vez solventada esta cuestión, asegurada la cuantía y previa puesta a disposición del afectado (si es que fue considerada procedente), se ejecutaría materialmente la demolición. De esta manera, quedarían perfectamente protegidos y conjugados el interés público y los intereses privados de los terceros de buena fe. Esa, entendemos, era la interpretación acorde al espíritu y la letra de la norma, y no, desde luego, la llevada a cabo por la Sala Tercera del TS.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, Bosch, Barcelona, 2011.

BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007.

FERRANDO BADÍA, J.: "Grupos de interés, de promoción y de presión. Institucionalización de los grupos de presión", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 213-214, 1977.

GÓRRIZ ROYO, E.: "Delitos sobre la ordenación del territorio: el condicionamiento temporal de la demolición a la constitución de garantías (art. 319.3 CP)", en AA.VV. (Dir. J.I. González Cussac): *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (TOL5.009.902).

GÓRRIZ ROYO, E.: "Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

JEREZ MIR, M. J.: "Los grupos de presión", en AA.VV.: *Manual de Ciencia Política* (coord. R. Del Águila), Trotta, Valladolid, 1997.

MEYNAUD, J.: *Los grupos de presión*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ORTEGA MONTORO, R. J.: "A propósito de la reforma de la medida de demolición de los delitos urbanísticos en la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal", en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1/2016 (SMARTECA).

QUERALT JIMÉNEZ, J.: *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ROMÁN GARCÍA, F.: "Los delitos sobre la ordenación del territorio", en AA.VV.: *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997.

SÁNCHEZ ROBERT, M.J.: "La demolición de obra en los delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo", en AA.VV. (dir. L. Morillas Cueva): *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

SOLAZ SOLAZ, E.: "La ordenación del territorio y el urbanismo: El delito del artículo 319 del Código penal", *La Ley Penal*, núm. 16, 2015 (SMARTECA).

XIOL RÍOS, J. A.: "Artículo 108", en AA.VV. (coord. E. Espín Templado): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.



COMENTARIOS  
JURISPRUDENCIALES



EL DERECHO AL OLVIDO Y EL REQUISITO DE VERACIDAD DE  
LA INFORMACIÓN. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM.  
12/2019, DE 11 DE ENERO (ROJ/19/2019)

*THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE REQUIREMENT OF  
ACCURACY OF THE INFORMATION. COMMENT ON STS NO. 12/2019,  
OF JANUARY 11 (ROJ/2019/19)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 432-443*





Marina  
SANCHO  
LÓPEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 11 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La sentencia aquí comentada resuelve un conflicto de intereses entre el derecho al olvido del demandante y el derecho a la libertad de información del motor de búsqueda que interpone el recurso de casación. El Tribunal Supremo, en este caso, se inclina por la prevalencia del derecho al olvido al estimar que la información indexada por el recurrente, resultante de introducir el nombre y los apellidos del demandante, adolece del requisito de veracidad y resulta perjudicial para su privacidad, contribuyendo con esta resolución, a perfilar los límites del derecho al olvido.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho al olvido; libertad de información; protección de datos; privacidad.

**ABSTRACT:** *The ruling discussed resolves the conflict of interests between the right to be forgotten of the plaintiff and the right to freedom of information of the appellant search engine. The Spanish Supreme Court, in this case, has decided in favour of the prevalence of the right to be forgotten. The sentence has been considered that, in this case, the information indexed by the appellant as a result of searching the name and the surname of the plaintiff on the web engine, does not fulfil the truthfulness requirement and it's damaging to the privacy of the plaintiff. This sentence contributes to determine the limits of the right to be forgotten.*

**KEY WORDS:** *Right to be forgotten; freedom of information; data protection; privacy.*

**SUMARIO.-** I. MARCO DE ESTUDIO: EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.- II. ELEMENTOS DE PONDERACIÓN ANTE EL CONFLICTO LIBERTAD DE INFORMACIÓN VS DERECHO AL OLVIDO.- 1. Naturaleza del sujeto.- 2. La veracidad de la información.- 3. El carácter público o privado de la información.- 4. El transcurso del tiempo.- III. CONCLUSIONES.

---

## SUPUESTO DE HECHO

Los hechos se remontan al mes de noviembre de 2007, cuando tres cazadores furtivos fueron sorprendidos en Ourense por agentes forestales, a quienes amenazaron y encañonaron con sus armas. Una patrulla del Seprona se personó en el lugar de los hechos y, al constatar lo ocurrido, presentó una denuncia contra los cazadores. Dos de los cazadores ilegales tenían empleos relacionados con la defensa del medio ambiente y el tercero trabajaba en la diputación provincial. A consecuencia de los hechos, la sociedad de caza expulsó a los cazadores por mal uso de la licencia.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Galicia (STSJ GAL Núm. 688/2012, de 28 de junio de 2012, ROJ 6182/2012) anuló las sanciones impuestas a dichos cazadores debido a cuestiones formales, de plazos de notificación, y en los hechos probados de dicha resolución, se limitó a afirmar que los cazadores estaban autorizados para cazar en términos generales, haciendo mención a ciertos altercados sin especificar nada al respecto.

Los hechos anteriormente mencionados se recogieron y publicaron por el diario El País antes de que tuviera lugar la sentencia del Tribunal Superior de Galicia. En consecuencia, uno de los afectados solicitó a Google que dejase de indexar dicha noticia cuando en su buscador se introducían su nombre y apellidos y, al no conseguirlo, acudió a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que estimó, en su resolución de 2 de febrero de 2015, que la información publicada por dicho medio no era veraz por no coincidir con el contenido “exacto” de la sentencia posterior; y resolvió que Google debía retirarla de sus buscadores.

### • Marina Sancho López

Actualmente Directora del Máster Universitario en Abogacía y Práctica Jurídica de la Universidad Internacional de Valencia, doctora en Derecho por la Universitat de València (2018), Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional (2015) y Licenciada en Derecho (2011) por la Universitat de València. Ha desarrollado labores técnicas en la Conselleria de Governación y Justicia de la Generalitat Valenciana, contando además con una larga trayectoria en el acceso a la carrera judicial. Correo electrónico: marina.sancho@uv.es

Contra dicha resolución dictada en el procedimiento TD/01416/2015 se interpuso recurso de reposición por Google Inc. que fue desestimado, en primera instancia, por resolución, de 14 de abril de 2015, de la Directora de la AEPD, que instaba a la citada mercantil a adoptar las medidas necesarias para evitar que el nombre del reclamante se vinculase en los resultados de las búsquedas a dichos enlaces.

En segunda instancia, y dado que la representación de Google Inc. interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 16 de junio de 2015, las peticiones del recurrente fueron desestimadas por la Audiencia Nacional en Sentencia de 18 de Julio de 2017 (nº de recurso 1568/2015, SAN 3029/2017).

Finalmente, notificada la sentencia, la representación procesal de Google Inc. presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando que la resolución de la Audiencia Nacional contravenía, principalmente, el derecho a la libertad de información, así como la doctrina constitucional y europea en materia de ponderación del derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal.

El contenido de la sentencia del Alto Tribunal resolviendo dicho recurso, se examina y comenta a continuación.

## **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

La sentencia aquí examinada, se enmarca dentro del ámbito de la protección de los datos personales y, más concretamente, dentro del derecho al olvido, figura de reciente creación jurisprudencial que trata de paliar los efectos negativos que tiene el Big data y la sobreexposición en Internet para la privacidad y el honor de las personas.

La cuestión principal planteada estriba, a grandes rasgos, en la determinación de los criterios de ponderación entre el derecho a la protección de datos personales del recurrente (el derecho al olvido) y el derecho de información, a la libertad de expresión y el interés general del público en acceder a la información, en tanto que el supuesto de hecho necesita de un justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Concretando aún más, el Tribunal Supremo debe dilucidar si una solicitud de derecho al olvido instada por un particular ante la AEPD contra el motor de búsqueda responsable del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, al amparo de la normativa y jurisprudencia en materia de protección de datos, puede fundarse válidamente aduciendo que los hechos objeto de divulgación son inexactos y no se corresponden con el requisito de información veraz al que alude la Constitución.

Si bien el afectado por la información difundida a través del motor de búsqueda esgrime su derecho a la protección de datos personales y la necesidad de preservar su privacidad así como que los hechos publicados no responden a la realidad y, en consecuencia, carecen de veracidad; la parte recurrente argumenta el interés público de la noticia y el interés legítimo de los internautas a conocer de dicho suceso, habida cuenta la condición de funcionario público del denunciante que fue sancionado, así como la prevalencia de la libertad de expresión en este supuesto.

Para ello, el Tribunal Supremo examina cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes así como la jurisprudencia constitucional y comunitaria que interpreta la normativa aplicable y, muy especialmente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Google (STJUE de 13 de mayo de 2014, Google Spain, S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, Asunto C-131/12, ECLI 2014 317) que reconoció por vez primera el derecho al olvido digital.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como las circunstancias concretas del supuesto de hecho el TS determina que, en este caso, debe prevalecer el derecho a la protección de datos personales del reclamante frente a la libertad de información, ya que la noticia objeto de difusión a través del buscador web carece de un requisito imprescindible para considerar legítimo el ejercicio de la libertad de información: la veracidad.

También tiene en cuenta el Alto Tribunal el tiempo transcurrido desde que surgieron los hechos y considera que en las instancias previas se había llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto, al amparar el derecho al olvido frente al derecho de información, ya que los datos publicados son parcialmente inexactos y resultan perjudiciales para la privacidad del afectado quien, además, no ostenta un carácter público que le obligue a soportar el mantenimiento de la información en cuestión.

Por todo ello, el Tribunal Supremo rechaza la pretensión revocatoria de Google Inc.

## COMENTARIO

### I. MARCO DE ESTUDIO: EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL.

La gran proliferación de datos personales ocasionada por las tecnologías del Big Data así como la memoria virtual y permanente que supone Internet, han propiciado el surgimiento del derecho al olvido frente a las demandas de los ciudadanos ante las distintas prácticas de almacenamiento, procesamiento y transferencia masiva de información personal que han conllevado, en ocasiones, una vulneración del derecho

de privacidad. Combatiendo dicha problemática, el derecho al olvido digital permite a los interesados el cifrado y borrado online de sus datos personales cuando éstos sean perjudiciales para sus derechos fundamentales.

Pese a que el soporte jurídico del derecho al olvido es relativamente reciente y en la actualidad tiene una virtualidad propia, su origen y pretexto se sitúa en el derecho fundamental a la protección de datos personales cuyo reconocimiento es más amplio y sirve de base para el derecho al olvido.

El derecho al olvido, como la mayoría de derechos fundamentales, tiene su origen en la creación jurisprudencial, concretamente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, conocido popularmente como caso Google, que se ha erigido como el *leading case* en la materia dado que constituye el primer pronunciamiento jurídico acerca del derecho al olvido. A través de dicha resolución, el TJUE reconoció la existencia de un derecho al olvido por vez primera, afirmando como principio general la prevalencia de los derechos fundamentales frente a la tecnología.

También en nuestro sistema jurídico recientemente, han abundado los pronunciamientos jurisprudenciales en torno al derecho al olvido, encontrando sentencias tanto de las Audiencias Provinciales, como de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y, más recientemente, el Tribunal Constitucional. Este último, en su sentencia de 4 de junio (STC 58/2018, RTC 2018 58), hace un reconocimiento expreso del derecho al olvido y le atribuye un carácter fundamental y autónomo sobre la base del derecho a la protección de datos personales, la intimidad y el honor, con todas las implicaciones que ello comporta.

La sentencia objeto de análisis se añade a los pronunciamientos anteriores y, pese a no ofrecer una definición del derecho al olvido, precisa claramente que dicho derecho comporta otorgar al interesado la facultad de solicitar ante un motor de búsqueda en Internet y ante la AEPD que se cancele, suprima o prohíba la indexación de aquellos datos de la lista de resultados que el primero proporcione a partir de la introducción del nombre y apellidos del interesado cuando se revelen inexactos, con el objeto de evitar injerencias ilegítimas en el derecho a la privacidad y la protección de datos personales.

Sensu contrario, la decisión de un motor de búsqueda o de la AEPD de mantener dicha información en sus servidores deberá justificarse únicamente cuando pueda lograrse un equilibrio justo entre la libertad de información y el derecho a la vida privada teniendo en cuenta la naturaleza y trascendencia de la información hecha pública así como el tiempo transcurrido desde que se originó la noticia, y recuerda que, con el transcurso del tiempo, un tratamiento de datos inicialmente lícito puede devenir contrario a la protección de los derechos personalísimos.

Y, centrando la argumentación en el caso concreto, señala como la exigencia de tutelar el derecho a la información no puede suponer vaciar de contenido la protección debida del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, así como el derecho a la protección de datos personales, cuando resulten afectados significativamente por la divulgación de noticias en Internet.

Pese a que, en el momento inicial de la reclamación del demandante, el derecho al olvido era exclusivamente de entidad jurisprudencial, en el momento de dictarse la sentencia objeto de análisis, ya estaba en vigor la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales, que deroga explícitamente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal –objeto de interpretación por el recurso de casación examinado– y reconoce expresamente el derecho al olvido en su artículo 93: “1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet. Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo. 2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho”.

Así pues, el Tribunal Supremo no sólo hace una interpretación acorde con la jurisprudencia constitucional y comunitaria relacionada con la materia, sino que integra su pronunciamiento con el sentido de la nueva legislación doméstica al respecto que, por primera, vez positiviza el derecho al olvido, hasta la fecha, sólo reconocido en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés).

## **II. ELEMENTOS DE PONDERACIÓN ANTE EL CONFLICTO LIBERTAD DE INFORMACIÓN VS DERECHO AL OLVIDO.**

El derecho al olvido, no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a límites, sobre todo en aquellas ocasiones en las que se produce colisión con otros derechos fundamentales. El caso paradigmático es el que se describe en la sentencia objeto

del presente comentario, esto es, el conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al olvido y protección de datos personales.

Sin embargo, la pregunta es, cómo debe llevarse a cabo la resolución de un eventual conflicto entre ambos valores jurídicos. Dadas las afinidades que encontramos entre el derecho de supresión y el derecho al honor y a la intimidad personal, podrían aplicarse, aunque sólo parcialmente, las teorías doctrinales vigentes al respecto, para la resolución del conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al olvido. Sin embargo, se necesita en todo caso llevar a cabo un juicio de ponderación y, tal y como dispone la STC 58/2018, de 4 de junio (RTC 2018 58), las circunstancias del nuevo contexto deben reorientar la jurisprudencia dictada hasta ahora sobre la ponderación de dichos derechos en conflicto (FJ 7º).

Así las cosas, a continuación se procede a presentar los elementos condicionantes que deben tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo un juicio de ponderación cuando se produzca una colisión entre intereses jurídicos.

### **I. La naturaleza del sujeto.**

Así, en primer lugar, debe tenerse en consideración el interés público de la información sobre la base de la naturaleza del sujeto en cuestión, esto es, si la persona en concreto tiene la consideración de sujeto público o no dado que los personajes públicos, tienen la obligación de soportar una mayor publicidad de sus actos, así como de las informaciones relativas a su persona, por lo que en dichos supuestos, la libertad de expresión e información goza de una “posición preferente”.

Sin embargo con la regulación prevista en el GDPR, incluso éstos, podrían ejercitar el derecho al olvido –aunque no con la misma amplitud– cuando, por el transcurso del tiempo, dichas informaciones ya no se ajusten a la situación real y no resulten relevantes para la sociedad en general, es decir, cuando no se trate de informaciones relacionados con la organización y el funcionamiento de los poderes públicos”, en el caso de cargos políticos, o cuando dicha información resulte ajena a cualquier aspecto de su actividad por los que ostentan notoriedad, en el caso del resto de personas con relevancia pública.

### **2. La veracidad de la información.**

En segundo lugar, como bien ilustra la sentencia objeto de análisis, hay que examinar si la información es veraz o no. Al contrario que a la expresión, a la libertad de información se le impone constitucionalmente el requisito de la veracidad – artículo 20.1.d) CE– de manera que la emisión de informaciones falsas, rumores o bulos no constituye legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información.

Sin embargo, en el caso del derecho al olvido debe tenerse en cuenta que los datos personales se presumen verdaderos por lo que, el hecho de que una determinada información sea veraz no impide que pueda ejecutarse el derecho al olvido cuando, de las circunstancias concretas del caso, se determine la conveniencia de la supresión de una determinada información personal, tal y como lo ha afirmado la jurisprudencia.

### **3. El carácter público o privado de la información.**

El tercer lugar debe tenerse en cuenta si la información sobre la que pretende ejercitarse el derecho al olvido es de carácter público, pues deben ponderarse los propósitos que se persiguen con la publicidad de la información administrativa –la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho de acceso a la información (art. 105.b) CE)– y el alcance de la protección de datos personales y del derecho al olvido en cada caso.

Puede parecer lógico sostener que, aunque estén contenidos dentro de fuentes públicas, a veces, los datos personales no deberían ser publicados si de la ponderación del derecho a la protección de datos con el derecho de acceso a la información administrativa, se deriva que el segundo puede ser igualmente efectivo o compatible con una menor afectación del primero. De hecho, en el artículo 86 del GDPR, se insta a las legislaciones domésticas a conciliar el acceso público a los documentos oficiales con el derecho a la protección de datos personales pues ello está íntimamente relacionado con el principio de transparencia, como eje vertebrador de la sociedad democrática.

### **4. El transcurso del tiempo.**

El tiempo transcurrido desde la publicación de una determinada información, juega un papel esencial a la hora de determinar si ésta es “indebida”, “necesaria” o “adecuada” a los efectos de la normativa de protección de datos, así como para garantizar que los datos no se conserven más allá del tiempo necesario para los fines del tratamiento.

Así se ha expresado de forma directa por las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, como la sentencia objeto de este análisis o la STJUE del caso Google (STJUE de 13 de mayo de 2014, Asunto C-131/12, ECLI 2014 317) donde se consideró que el tratamiento debía cumplir con los principios de calidad no sólo en el momento en que los datos eran recogidos sino durante todo el tiempo en que éste se desarrollaba, por lo que un tratamiento inicialmente adecuado a la finalidad que lo justificaba, podría devenir inadecuado o excesivo con el transcurso del tiempo.



Sin embargo, el factor tiempo no es estable ni existen criterios unánimes respecto de cuántos días, meses o años son necesarios para que pueda justificarse la aplicación del derecho al olvido (encontramos criterios de lo más dispares en la jurisprudencia doméstica, que concede a los sujetos el derecho al olvido pasados 3, 20 o 50 años), pues por su propia naturaleza, necesita ponerse en relación con el conjunto de parámetros a tener en cuenta en el caso concreto, necesitando siempre de una ponderación precisa al supuesto de hecho.

### **III. CONCLUSIONES.**

Estamos ante una sentencia realmente interesante en tanto que permite perfilar la figura jurídica del derecho al olvido al pronunciarse sobre el debate acerca de si éste incluye también que se valore la exactitud de los hechos que se pretenden suprimir. En el supuesto en concreto, además, esta falta de veracidad se produce de manera sobrevenida y, más concretamente, debido a un pronunciamiento judicial que absuelve a los interesados por cuestiones procesales, es decir, sin entrar en el fondo de los hechos sobre los que se hicieron eco los medios de comunicación y que están indexados por el motor de búsqueda al introducir el nombre y apellidos del afectado.

Aunque se configura como una suerte de regla general, el derecho al olvido no permite a los sujetos modelar un pasado a su medida ni alterar libremente su identidad digital, sino que otorga a su titular un poder de control sobre sus datos personales, permitiéndole salvaguardar su privacidad y otros derechos personalísimos.

La sentencia analizada rompe con la idea de que el derecho al olvido es absoluto, pues para salvaguardar la garantía y la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, como es lógico, resulta permeable a determinadas delimitaciones e intromisiones. De hecho, en la normativa reguladora, se contemplan expresamente limitaciones al derecho de supresión en base a un tratamiento de datos personales que sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, así como otros motivos como el cumplimiento de una obligación legal, el interés público, con fines de investigación científica, histórica o estadística, así como para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones.

Sin embargo, la resolución objeto de estudio, deja al descubierto a la doctrina constitucional en torno a las limitaciones del derecho a la libertad de expresión e información pues, pese a que presenta ciertos paralelismos con la situación aquí examinada, claramente ha quedado obsoleta por la nueva coyuntura digital, principalmente debido a la invalidación de la veracidad como elemento de ponderación y a la incorporación del factor tiempo como ingrediente esencial de dicho examen hermenéutico.

Como en todos los casos de colisión entre derechos fundamentales, la resolución aquí comentada evidencia el carácter casuístico de la cuestión y la necesidad de que, para determinar la prevalencia del derecho al olvido sobre otros derechos fundamentales en conflicto, es necesario que se produzca un examen hermenéutico de la cuestión. En consecuencia, no puede afirmarse categóricamente que una resolución judicial pueda considerarse “la verdad” por encima de los hechos que, efectivamente, así tuvieron lugar ciertamente.

Sin embargo, desestima el recurso de casación interpuesto por Google Inc. contra la resolución que le ordena bloquear la información que, en relación al denunciante, se contienen en los enlaces a los que remite el motor de búsqueda. Esta decisión, se toma tras la oportuna ponderación de los derechos en conflicto y, en consecuencia, la Sala declara la prevalencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal (derecho al olvido) frente a la libertad de información, siendo determinante, el hecho de que la información contenida en los citados enlaces no cumple con el requisito de la veracidad, por lo que se trata de una información inexacta.

Por este motivo, en el caso en cuestión, la solución adoptada puede resultar discutible en tanto que, de algún modo, prioriza la exactitud judicial por encima de la autenticidad de los hechos ocurridos, sobre los que figuran varias denuncias y se hicieron constar en la motivación de las resoluciones que retiraron a los afectados sus correspondientes licencias de armas, como consecuencia de los hechos producidos.

Por último, cabe poner de relieve el carácter novedoso de la cuestión tratada, esto es, el objeto y límites del derecho al olvido, que queda de manifiesto en la resolución aquí examinada en tanto que arroja luz a una cuestión que, si bien en el inicio del procedimiento estaba aún por determinar, cuando se dictó la resolución objeto de análisis el Alto Tribunal ya contaba con un marco normativo europeo (el Reglamento Europeo de Protección de Datos) y doméstico (la Ley Orgánica de protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) concreto, así como con jurisprudencia constitucional sobre la materia (STC 58/2018, de 4 de junio, RTC 2018 58), lo que sin duda evidencia la evolución del Derecho a las circunstancias del medio cambiante.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

BERROCAL LANZAROT, A. I. *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Editorial Reus, Madrid, 2017.

BROTONS MOLINA, O. "Caso Google: Tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general, asunto C-131712", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 33.

DI PIZZO CHIACCHIO, A. *La expansion del derecho al olvido digital. Efectos de "Google Spain" y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Atelier, Barcelona, 2018.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. *Sistema de derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013.

FAZLIOGLU, M. "Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet", *International Data Privacy Law*, vol. 3, núm. 3, 2013.

PAUNER CHULVI, C. "La actividad periodística en los ordenamientos nacionales y europeo sobre protección de datos" en *Hacia un nuevo Derecho europeo de Protección de Datos* (Rallo Lombarte/García Mahamut eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PAZOS CASTRO, R. "El derecho al olvido frente a los editores de hemerotecas digitales", *InDret*, núm. 4, 2016.

SIMÓN CASTELLANO, P. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

INCIDENCIA DE LA EDAD DEL MENOR EN LA  
DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA. COMENTARIO A  
LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 182/2018, DE 4 DE ABRIL (RJ 2018, 1182)\*

*INCIDENCE OF THE CHILD'S AGE IN THE DETERMINATION OF  
CUSTODY. COMMENT ON SPANISH STS NO. 182/2018, OF APRIL 4 (RJ  
2018/1182)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 444-457*

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IIPP: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y en el Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R "Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores", IIPP: Sofía De Salas Murillo/M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo.



Javier  
MARTÍNEZ  
CALVO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 14 de mayo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** La edad del menor constituye un criterio a tener en cuenta para la determinación del régimen de custodia, así como para su configuración concreta; pero la corta edad no excluye de forma automática la posibilidad de adoptar un régimen de custodia compartida. En aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del menor, lo razonable es que se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que alcance determinada edad, sin que ello se considere perjudicial para la estabilidad del menor.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida; custodia mixta; interés superior del menor; hijos no matrimoniales; edad.

**ABSTRACT:** *Child's age is a criterion to be taken into account for the determination of the custody, as well as for its specific configuration; but the early age does not automatically exclude the possibility of adopting a joint custody. In those cases in which sole custody is chosen on the basis of the early child's age, it is reasonable to do so provisionally, allowing for the possibility of modification after reaching a certain age, without be considered damaging to the stability of the minor.*

**KEY WORDS:** *Joint custody; mixed custody; interests of the child; children born out of wedlock; age.*

**SUMARIO.-** COMENTARIO: I. LA SUPERACIÓN DE LA “DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS”.- II. INCIDENCIA QUE TIENE ACTUALMENTE LA EDAD DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA.- III. LA POSIBLE PERTURBACIÓN DE LA ESTABILIDAD DEL MENOR NO ES ÓBICE PARA ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó Sentencia con fecha 11 de abril de 2016 en proceso sobre guarda y custodia de hijos no matrimoniales entablado entre D. Maximiliano y Dña. Josefa, por la que ordenaba el régimen de guarda y custodia del menor Jesús Ángel, de dos años de edad, del siguiente modo: la guarda y custodia se atribuía a la madre hasta septiembre de 2016, momento en el que se daba por concluido el periodo de lactancia; y, desde septiembre de 2016, se establecía un régimen de guarda y custodia con alternancia semanal. Por tanto, se fijó un régimen de custodia mixta, caracterizado por el establecimiento de un régimen de custodia exclusiva en atención a la corta edad del menor; para pasar de forma automática a un régimen de custodia compartida en el momento en que el menor alcance determinada edad.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Dña. Josefa, que fue estimado parcialmente por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de fecha 3 de mayo de 2017 (JUR 2017\212275), revocando la citada Sentencia para declarar que la guarda y custodia del hijo correspondía exclusivamente a Dña. Josefa, sin límite temporal alguno. La Sentencia excluía la guarda y custodia compartida por dos motivos: por la corta edad del menor, que era lactante cuando se dictaron las medidas provisionales y, en el momento de dictarse la Sentencia, contaba con dos años de edad; y porque el cambio podía afectar a la estabilidad del menor, que estaba adaptado al entorno materno.

Contra la expresada Sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de D. Maximiliano, por considerar infringido el artículo 92

### • Javier Martínez Calvo

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Ha trabajado como abogado ejerciente y posteriormente ha estado vinculado a la Universidad de Zaragoza como personal docente e investigador. Su labor investigadora se desarrolla en el seno del Grupo Consolidado de Investigación *Ius Familiae* y del Proyecto de Investigación “Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores”. Sus líneas de investigación principales son: derecho de la persona, filiación, derecho de familia, mediación familiar y protección de menores y discapacitados. Correo electrónico: javiermc@unizar.es

del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; al revocarse la custodia compartida por una custodia materna, aplicando de forma incorrecta el principio de protección del menor. Además, también citó la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prevalencia del interés del menor en la determinación de la guarda y custodia compartida. Con base en ello, terminó suplicando que se dictara Sentencia por la que se atribuyera conjuntamente la guarda y custodia del menor Jesús Ángel a ambos progenitores. Subsidiariamente, solicitó que la guarda y custodia del menor se estableciera en exclusiva a su favor.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia objeto de este comentario, estimó el recurso y casó y anuló la Sentencia recurrida en lo que se refiere al sistema de guarda y custodia del menor Jesús Ángel, confirmando el régimen de custodia compartida establecido por el Juzgado de Primera Instancia, que estaba ya vigente en el momento de dictarse la Sentencia de apelación. Los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo son los que se recogen en el siguiente apartado.

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El objeto principal del litigio consiste en determinar el peso que debe darse a la edad del menor en la determinación del régimen de guarda y custodia, y, en caso de que se establezca un régimen de custodia exclusiva con base en la corta edad del menor, la viabilidad de prever su posterior sustitución por un régimen de custodia compartida cuando alcance determinada edad.

Al respecto, el Tribunal Supremo establece que la corta edad del menor no es determinante para excluir el régimen de custodia compartida, máxime si cuando ya ha concluido el periodo de lactancia. Así mismo, entiende que la posible perturbación de la estabilidad del menor; que hasta ese momento había vivido con su madre, tampoco es obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. En este sentido, considera que la Sentencia recurrida petrifica la situación del menor, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin especificar cuál sería la edad adecuada para adoptar el régimen de custodia compartida ni tener en cuenta el irreversible efecto que el transcurso del tiempo puede originar en la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; y ello, desde la perspectiva del interés del niño, es contrario a los principios recogidos en la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Así mismo, recuerda que la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y se orienta en interés del menor; interés que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica

del Menor; desarrollada en la Ley 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en supuestos como el que ahora se enjuicia, concreta a partir de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores que evite una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de éstos con aquel. En este sentido, el alto Tribunal señala que lo que se pretende es garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

## COMENTARIO

### I. LA SUPERACIÓN DE LA “DOCTRINA DE LOS AÑOS TIERNOS”.

Con anterioridad a las reformas introducidas en 1981 el divorcio tuvo una presencia muy tímida en nuestro Derecho. Y es que, aunque se utilizó el término divorcio en alguna norma, en realidad distaba mucho del divorcio tal y como hoy lo entendemos, ya que no suponía la disolución del vínculo ni permitía que el hombre y la mujer pudieran contraer ulterior matrimonio. Sólo durante el breve lapso de la II República existió el divorcio en sentido estricto: se promulgó la Constitución de 1931, de la que nos interesa especialmente su artículo 43, que admitía la posibilidad de que el matrimonio se disolviese en vida de los cónyuges mediante el divorcio; y un año más tarde de la promulgación de la Constitución se aprobó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que tuvo un recorrido muy corto, siendo derogada el 23 de septiembre de 1939.

No obstante, todas las normas previeron las posibles consecuencias de la separación de los progenitores y de la declaración de nulidad de su matrimonio -entre las que, obviamente, se incluía la cuestión de la atribución del cuidado de los hijos menores-.

Interesa mencionar, en primer lugar, que la regla general era que la titularidad de la patria potestad pertenecía exclusivamente al padre (una regla que, salvo durante el breve periodo de la II República Española -art. 25 CE de 1931-, se mantendría hasta la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio). Así se desprende de lo previsto en los Proyectos de Código Civil que se fueron sucediendo (Proyecto de Código Civil de 1821- art. 370-, Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 189-, Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 164-y Proyecto de Código Civil de 1869), en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870- art. 64- y en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889 -art. 154-.



En cuanto al cuidado de los hijos en caso de ruptura, los menores de corta edad quedaban siempre a cargo de la madre, una opción que se conoce como “doctrina de los años tiernos” o “filosofía de la tierna edad”<sup>1</sup> -regla que se mantuvo hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo-. Los textos que se fueron sucediendo establecían diferentes límites de edad. En este sentido, se preveía que los menores de tres años quedaran en compañía de la madre en el Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 189-, en el Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 82-, en el Proyecto de Código Civil de 1869 -art. 108<sup>2</sup>-, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 -art. 88.2- y en la redacción originaria del Código Civil de 1889 -arts. 70 y 73-. La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 aumentó el límite de edad a los cinco años -art. 17- y, posteriormente, la Ley de 24 de abril de 1958 lo elevó a los siete -art. 73-.

Una vez que los menores alcanzaban los diferentes límites de edad que hemos visto, el criterio que se seguía para la atribución de la guarda de los hijos del matrimonio era el de la “culpabilidad”, privando de dicha facultad al cónyuge que fuera considerado el responsable de la separación y otorgándola en favor del cónyuge “inocente”. Así se preveía en los diferentes Proyectos de Código Civil (Proyecto de Código Civil de 1821 -art. 348-, Proyecto de Código Civil de 1836 -art. 251-, Proyecto de Código Civil de 1851 -art. 82-y Proyecto de Código Civil de 1869 -art. 108-), en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 -arts. 87.2 y 88.2-, en la redacción originaria de nuestro Código Civil de 1889 -arts. 68, 70 y 73-, en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 -art. 17- y en la Ley de 24 de abril de 1958 -que mantenía en este punto las mismas reglas que se recogían en la redacción originaria del Código Civil-.

Tuvo especial relevancia la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La citada norma reformó el artículo 159 Cc. en el sentido de abandonar la regla de dejar a los menores de corta edad en todo caso a cargo de la madre.

Además de reconocer la igualdad de uno y otro progenitor para asumir la titularidad de la guarda y custodia, la Ley 11/1990 reforzó nuevamente el principio del interés superior del menor como criterio rector para atribuir la titularidad de esta figura, señalando que la decisión se adoptará “(...) siempre en beneficio de los hijos (...)”. A partir de este momento ambos progenitores podían -teóricamente-

1 La mencionada expresión procede de la llamada *tender years doctrine*, acuñada por la jurisprudencia norteamericana -*vid.* LAING KLAFF, R.: “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, 1982, Vol. 70, Issue 2, pp. 335-372-.

2 Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil de 1869 se introdujo una importante novedad: la regla de dejar a los menores de tres años a cargo de la madre ya no se imponía con carácter taxativo, sino se llevaría a cabo siempre que «(...) el tribunal no dispusiese otra cosa», dando con ello un cierto margen de discrecionalidad al juez para apartarse de la citada regla.

acceder en condiciones de igualdad a la guarda y custodia de sus hijos menores, con independencia de la edad de éstos.

## II. INCIDENCIA QUE TIENE ACTUALMENTE LA EDAD DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA

Como he anticipado, la Ley 11/1990, de 15 de octubre, modificó el artículo 159 del Código Civil y eliminó la regla de que los menores de corta edad queden siempre a cargo de la madre -"doctrina de los años tiernos" o "filosofía de la tierna edad"- . Sin embargo, ello no significa que la edad de los menores no deba tenerse en cuenta. Basta observar que la Ley Orgánica 11/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, menciona la edad y madurez del menor como uno de los criterios a seguir para concretar el interés superior del menor -art. 2.3 a)-. Además, casi todas las leyes autonómicas que han entrado a regular en esta materia han incluido la edad de los hijos entre los criterios en los que debe fijarse el juez a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia -art. 80.2 a) CDFR, art. 3.3 a) Ley Foral navarra 3/2011 y art. 9.3 c) Ley del País Vasco 7/2015. Vid. también: art. 5.3 a) de la anulada Ley valenciana 5/2011-. También pretendía hacerlo el legislador nacional a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia -art. 1.4 del Anteproyecto, en la redacción que le hubiera dado al nuevo artículo 92 bis.4 que pretendía introducir en nuestro Código Civil-.

En el caso del Derecho aragonés, hay incluso quien mantiene que el artículo 79.5 del Código del Derecho Foral de Aragón muestra preferencia por la custodia individual cuando se trata de menores de corta edad<sup>3</sup>. Dicho precepto -al que más adelante me referiré nuevamente- prevé que, cuando se haya acordado un régimen de custodia individual en atención a la edad de los hijos, se revise en un determinado plazo a fin de plantear la conveniencia de sustituirlo por un régimen de custodia compartida; y, con base en dicha dicción, se ha llegado a considerar que «(...) contempla como elemento desfavorable y contrario a la custodia compartida la corta edad de los hijos». No obstante, resulta discutible que sea ésta la *ratio legis* de la norma aragonesa, máxime si tenemos en cuenta la preferencia que muestra por la custodia compartida en el resto de su articulado.

En cualquier caso, como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, todo conduce a pensar que la mención a la edad del menor dentro de los criterios de determinación del régimen de guarda y custodia tiene por objeto «justificar la

3 Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, 2010, núm. 7537, tomo 5, p. 1945.

atribución de la custodia individual a la madre en caso de hijos de corta edad»<sup>4</sup>. Podría tratarse, por tanto, de uno de los últimos resquicios de la regla que recogía nuestra legislación anterior a la Ley 11/1990 de dejar a los menores de corta edad a cargo de la madre -aunque, como el propio autor reconoce, se supera el automatismo que conllevaba tradicionalmente dicha regla-.

Para valorar este criterio, considero que deben analizarse dos supuestos por separado: el de los menores que se encuentran en periodo de lactancia y el de aquellos que ya han superado dicha etapa.

En cuanto a los primeros, parece que la jurisprudencia se inclina mayoritariamente por establecer un régimen de custodia individual en favor de la madre (*vid.* por todas: STS 4 abril 2018 -JUR 2018\98270-), aunque también encontramos pronunciamientos en sentido contrario<sup>5</sup> (SAP de Pontevedra 19 de junio 2013).

Los mayores problemas se han planteado en aquellos casos en los que nos encontramos ante menores que ya han superado la etapa de lactancia, pero que todavía se encuentran en una edad muy temprana. En primer lugar, no queda claro qué debe entenderse por “corta edad”. En ocasiones se ha considerado que el límite debe situarse en los tres años (*vid.* STSJ de Aragón 28 septiembre 2012 -RJ 2012\10948- y SAP de Zaragoza 2 diciembre 2011 -JUR 2011\431898-) y en otros se ha estimado que en doce años (*vid.* SAP de Las Palmas 28 febrero 2005 -JUR 2005\108942- y SAP de León 12 mayo 2006 -JUR 2006\187991-). En segundo término, la jurisprudencia tampoco termina de ponerse de acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia más conveniente para estos menores:

Por un lado, existe una corriente jurisprudencial que considera que, cuando nos encontramos ante menores de corta edad, es preferible siempre la custodia exclusiva -normalmente en favor de la madre-. En este sentido, se ha denegado el establecimiento de un régimen de custodia compartida con base en la corta edad del menor en supuestos en los que éste contaba con un año (*vid.* SAP de Salamanca 15 julio 2009 -JUR 2009\363002- y SAP de Valencia 9 mayo 2014 -JUR 2014\174273-), dos años (*vid.* STSJ de Aragón 13 julio 2011 -RJ 2011\6564-, SAP de Asturias 7 noviembre 2003 -JUR 2004\66270- y SAP de Murcia 13 febrero 2007 -JUR 2007\254591-), con tres años (*vid.* SAP de Barcelona 25 enero 2002 -JUR 2002\134455-, SAP de Valencia 13 mayo de 2003 -JUR 2003\171870- y SAP de Córdoba 26 noviembre 2008 -JUR 2009\60234-), con cuatro años (*vid.* SAP de

4 *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV.: *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, p. 157.

5 El argumento que se da es que los bebés desarrollan el mismo nexo con ambas figuras parentales y que los varones pueden generar sobre los bebés una influencia muy positiva en el ámbito cognitivo

Asturias 10 diciembre 2003 -JUR 2004\67256- y SAP de Zaragoza 7 enero 2004 -JUR 2004\60729-), etc.

El principal argumento esgrimido en favor de esta postura es que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 prevé en su sexto principio que «*salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de su madre*» (vid. STSJ de Cataluña 31 julio 2008 -RJ 2009\643-). Sin embargo, como mantiene SANAHUJA BUENAVENTURA, no parece tan claro que el fin perseguido por dicha norma sea el de exigir que el cuidado de los niños de corta edad deba realizarlo permanentemente la madre<sup>6</sup>. Más bien, parece que está aludiendo a la inconveniencia de apartarlos de ésta de manera prolongada e incluso indefinida. Además, debe tenerse en cuenta el momento histórico en el que se redactó dicha norma, marcado por la existencia de un modelo de familia en el que la madre asumía casi en exclusiva el cuidado de los hijos. Por último, cabe traer a colación también la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 7 reconoce el derecho del menor a ser cuidado por ambos padres.

Ello ha contribuido a que, en contraposición a la postura anterior; hayan aparecido voces en nuestra jurisprudencia que, sin negar que la edad de los hijos constituye un factor a tener en cuenta para el establecimiento del régimen de guarda y custodia, no ven tan claro que la corta edad del menor haga preferible el régimen de custodia exclusiva. A modo de ejemplo, se ha establecido el régimen de custodia compartida en supuestos en los que el menor contaba con un año (vid. SAP de A Coruña 24 octubre 2011 -JUR 2011\391731-), con dos años (vid. SAP de Zaragoza 15 octubre 2003 -JUR 2003\252022-, SAP de Castellón 24 octubre 2014 -JUR 2015\56256-), con tres años (STSJ de Aragón 25 septiembre 2012 -RJ 2012\11147- y 28 septiembre 2012 -RJ 2012\10948- y SAP de Barcelona 21 septiembre 2012 -JUR 2012\331262-), etc.

En otro orden de cosas, parece razonable entender que, en aquellos casos en los que se opte por establecer la custodia exclusiva con base en la corta edad del hijo, se haga con carácter provisional, previendo la posibilidad de que se modifique una vez que el menor supere determinada edad. Como he anticipado, ésta es una cuestión que el Código del Derecho Foral de Aragón ha previsto expresamente en su artículo 79.5, disponiendo que «*cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida*». Del tenor literal del precepto cabe extraer dos conclusiones: en primer lugar, que el legislador aragonés impone al juez la obligación de que, cuando acuerde la custodia individual por razón de la corta edad del menor, fije el plazo concreto

6 Vid. SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010, p. 19.

para que se revise dicho régimen; y, en segundo lugar, que la sustitución del régimen de custodia individual por el de custodia compartida no se llevará a cabo de forma automática, ya que únicamente se refiere a la posibilidad de revisar el régimen «a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida». Esto es lo que hace por ejemplo la SAP de Zaragoza 30 marzo 2012 (JUR 2012\137042), que fija el régimen de custodia exclusiva a favor de la madre hasta que el menor cumpla doce años, previendo que, a partir de ese momento, el régimen podrá ser revisado.

A mi modo de ver, podría resultar interesante de *lege ferenda* que, cuando se estableciera un régimen de custodia exclusiva en atención a la corta edad del menor, se pasara de forma automática a un régimen de custodia compartida en el momento en que el menor alcanzara una edad determinada, estableciendo así un régimen que nuestra doctrina ha denominado "custodia mixta". De hecho, es posible encontrar algún pronunciamiento que ha llegado a esta solución. Así, la SAP de Zaragoza 20 marzo 2012 (JUR 2012\126870) otorga la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla tres años y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida. También la SAP de Asturias 31 octubre 2016 (JUR 2016\266840), que atribuye la custodia exclusiva a la madre hasta que el menor cumpla dieciocho meses y, a partir de dicho momento, se pasa automáticamente a un régimen de custodia compartida. Ésta es la solución a la que llega también la Sentencia de 11 de abril de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia, ratificada por la STS de 4 de abril de 2018 (RJ 2018/1182), objeto de este comentario.

Y es que, considero que se debe tratar de desjudicializar lo máximo posible la relación entre las partes, por lo que carece de sentido imponerles la obligación de volver a instar un proceso judicial para modificar el régimen de guarda y custodia. Por el contrario, la posibilidad de acudir a la vía judicial debería reservarse para aquellos casos en los que se produzca una alteración de las circunstancias que desaconseje el cambio de régimen previsto en la Sentencia.

Por último, cabe señalar que la relevancia de la edad del menor va más allá de la determinación del régimen de guarda y custodia, pudiendo servir como herramienta para la configuración concreta del mismo. De hecho, puede ser útil para concretar los periodos de alternancia en la custodia compartida. Y es que, cuando se trata de menores de muy corta edad, resultan más recomendables los periodos de alternancia más breves y frecuentes<sup>7</sup> -por semanas o incluso por días-, que podrán

7 En este sentido se pronuncian los estudios de psicología infantil llevados a cabo por *Children's Rights Council* -accesibles en: [goo.gl/rVQKk5](http://goo.gl/rVQKk5) (fecha última consulta: 06/04/2018)-. Así se desprende igualmente del Informe Reencuentro de 25 de septiembre de 2002 -accesible en: [goo.gl/wxaCDt](http://goo.gl/wxaCDt) (fecha última consulta: 06/04/2018)-, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE), con el apoyo de la Asociación Gallega de Padres y Madres Separados, la Federación de Euskadi de Padres y Madres Separados (KIDETZA), la Unión de Separados y Separadas de Madrid y la Asociación Azulfuerte -vid. p. 12-.

irse alargando a medida que los menores vayan creciendo. A modo de ejemplo, ésta es la solución que adopta la SAP Castellón 23 octubre 2006 (JUR 2007\228244), en la que se dirime sobre la guarda y custodia de un menor de dos años. La Audiencia Provincial establece una custodia compartida con alternancia semanal hasta que el menor cumpla seis años, momento a partir del cual la alternancia pasará a ser por periodos de cinco meses. Aunque la solución a la que llega el tribunal me parece adecuada, creo que hubiera resultado conveniente que el cambio se produjera de una forma más progresiva.

### III. LA POSIBLE PERTURBACIÓN DE LA ESTABILIDAD DEL MENOR NO ES ÓBICE PARA ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.

Cuando se produce la ruptura de una pareja con hijos, la estabilidad de éstos suele verse seriamente comprometida, ya que van a tener que enfrentarse a inevitables cambios en su estilo de vida. Por ello, resulta necesario minimizar las posibles perturbaciones que estos cambios puedan causar en el menor, tal y como exige además el art. 2.3 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que menciona expresamente la necesidad de «*minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro*».

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, nuestra jurisprudencia venía considerando que la custodia compartida era contraria a la estabilidad del menor (*vid.* SAP de Navarra 11 noviembre 1992 -AC 1992\1565-, SAP de Cuenca 30 septiembre 1996 -AC 1996\2457-, SAP de Almería 11 febrero 1998 -AC 1998\3359-, SAP de Segovia 28 febrero 1998 -AC 1998\4101-, SAP de Barcelona 30 abril 1999 -AC 1999\6596-, SAP de Barcelona 12 mayo 1999 -AC 1999\5921-, SAP de Barcelona 5 octubre 2000 -JUR 2001\56-, SAP de Cádiz 18 enero 2001 -JUR 2001\14647-, SAP de Madrid 25 octubre 2002 -JUR 2003\29800-, SAP de Almería 20 octubre 2003 -JUR 2003\271559-, SAP de Albacete 1 diciembre 2003 -JUR 2004\51020-, SAP de Córdoba 16 diciembre 2003 -JUR 2004\20303-, SAP de Baleares 13 abril 2004 -JUR 2004\171529- y SAP de Valladolid 13 julio 2004 -JUR 2004\243901-).

Sin embargo, poco a poco se ha superado esta postura y, hoy en día, se ha impuesto la idea de que la custodia compartida no supone en sí misma una alteración de la estabilidad del menor (*vid.* STS 8 octubre 2009 -RJ 2009\4606- y 11 marzo 2010 -RJ 2010\2340-).

Por otro lado, aunque puede ser un criterio a tener en cuenta, la jurisprudencia no ha considerado contrario a la estabilidad del menor ni, por tanto, determinante para excluir el régimen de custodia compartida, el hecho de que haya convivido mayoritariamente con uno de los progenitores tras la ruptura, tal y como concluye

el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario, así como en otras anteriores (*vid.* STS 21 octubre de 2015 -RJ 2015\4784-, STS 30 diciembre 2015 -RJ 2015\5894-, STS 4 febrero 2016 -RJ 2016\494-, STS 11 febrero 2016 -RJ 2016\249- y STS 11 enero 2018 -RJ 2018\104-).

## BIBLIOGRAFÍA

ESCUADERO GUTIÉRREZ, I.: "Una visión diferente de la custodia compartida", *Economist & Jurist*, 2010, núm. 136.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar, ante la falta de acuerdo de los progenitores, en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *La Ley*, 2010, núm. 7537, tomo 5.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2008, núm. 2.

LAING KLAFF, R.: "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, 1982, Vol. 70, Issue 2.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV., *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010.

MONTERROSO CASADO, E. y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: "Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, 2011, núm. 131.

PONS SALVADOR, G. y DEL BARRIO GÁNDARA, V.: "El efecto del divorcio sobre la ansiedad de los hijos", *Psicothema*, 1995, Vol. 7, núm. 3.

ROMERO COLOMA, A. M.: "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *La Ley*, 2010, núm. 7504, tomo 5.

SANAHUJA BUENAVENTURA, M.: "La custodia compartida como modelo preferente", *Estudios Jurídicos*, 2010.

SERRANO GARCÍA, J. A.: "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", en AA.VV., *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012.





LA EFICACIA DEL CONVENIO REGULADOR EN LOS  
PROCESOS MATRIMONIALES  
COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM. 615/2018, DE 7 DE  
NOVIEMBRE (RJ 2018, 4748)\*

*EFFECTIVENESS OF SEPARATION AND DIVORCE AGREEMENTS ON  
MATRIMONIAL PROCEEDINGS  
COMMENT ON SPANISH STS NO. 615/2018, OF NOVEMBER 7 (RJ  
2018, 4748)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 458-467*

\* Este trabajo ha sido realizado con la financiación recibida de las ayudas para contratos predoctorales de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid y el Banco Santander, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n.º 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).



Adrián  
ARRÉBOLA  
BLANCO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 25 de mayo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Los convenios reguladores de la separación y el divorcio surten dos tipos de efectos en los procesos matrimoniales: procesales y contractuales. Este trabajo tratará de aclarar esta doble eficacia, a la luz de la última resolución del Tribunal Supremo español.

**PALABRAS CLAVE:** Convenio regulador; separación; divorcio; procesos matrimoniales.

**ABSTRACT:** *Separation and divorce agreements take two kinds of effects in matrimonial proceedings: procedural and contractual effects. This work will try to clarify this double effectiveness in the light of the latest decision of the Spanish Supreme Court.*

**KEY WORDS:** *Marital agreements; separation; divorce; matrimonial proceedings.*

**SUMARIO.- SUPUESTO DE HECHO.- DOCTRINA.- COMENTARIO.- I. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD NATURAL DE ENTENDER Y DE QUERER EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.- II. ENFERMEDADES QUE EXCLUYEN LA POSIBILIDAD DE PRESTAR UN AUTÉNTICO CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.- III. LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO POR PERSONA INCAPACITADA EN UN INTERVALO LÚCIDO.-**

---

## SUPUESTO DE HECHO

La controversia resuelta mediante la sentencia objeto de comentario trae causa del divorcio que las partes involucradas en el proceso promovieron previamente, y de mutuo acuerdo, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante. Para ello, acompañaron su demanda del correspondiente convenio regulador; pero una de ellas no acudió a ratificar su petición cuando fue citada a tales efectos por el letrado de la administración de justicia, siendo entonces decretado el archivo de las actuaciones. Sin embargo, este resultado no impediría que la otra parte instara una segunda acción de divorcio tras el fracaso obtenido por la primera, si bien, individualmente, y en vía contenciosa, suplicando al mismo órgano jurisdiccional tanto la disolución de su matrimonio como el reconocimiento de las medidas acordadas junto a su consorte en el marco del convenio regulador aportado en el proceso que resultó archivado por falta de ratificación, al amparo de la naturaleza contractual que la jurisprudencia había venido atribuyendo a esta clase de negocio jurídico. En este sentido, aunque su petición fue estimada favorablemente por el juzgador de primera instancia, no tuvo la misma suerte cuando el asunto llegó a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante. En esta sede, efectivamente, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada dejaría sin efecto aquella decisión, en base a la consideración de tal convenio como un mero elemento de negociación que nunca había llegado a tener fuerza vinculante entre los consortes por no haber sido ratificado, separadamente, por ambos, en el curso de un proceso matrimonial no contencioso. Sin embargo, esta opinión colisionaría contra la del Tribunal Supremo, resolviéndose después, en casación, a favor de la parte demandante.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La ratificación del convenio suscrito con el propósito de regular las consecuencias derivadas de la separación o el divorcio no constituye un elemento esencial para su

### • Adrián Arrébola Blanco

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. En la actualidad, tras haber disfrutado de un contrato de investigador predoctoral en formación, del que resultó beneficiario como adjudicatario de una ayuda para contratos predoctorales de personal investigador en formación convocada por el Banco Santander y la Universidad Complutense de Madrid, es investigador posdoctoral de esta misma institución. Correo electrónico: [adrianarrebola@ucm.es](mailto:adrianarrebola@ucm.es)

validez como contrato, sino un acto por medio del cual adquiere la eficacia procesal que requiere para poderse proceder a su aprobación por parte de la autoridad judicial competente, en el curso de un proceso matrimonial no contencioso. Sin embargo, como contrato, no puede privársele de la eficacia de que dispone entre los consortes cuando por falta de ratificación se archiva el proceso y decide incoarse uno nuevo, en vía contenciosa. En tal caso, salvo que devenga nulo de pleno derecho, sea anulable por concurrir vicios en el consentimiento o quepa apreciar una alteración sustancial respecto de las circunstancias que condujeron a su celebración, el convenio tendrá fuerza de ley y determinará las medidas definitivas que en consecuencia deban ser dictadas por parte del órgano jurisdiccional correspondiente.

### COMENTARIO

Los argumentos empleados para resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia resultan excelentes en cuanto armonizan a la perfección las implicaciones civiles y procesales que giran en torno a los convenios reguladores de la separación y el divorcio, disipando cualquier incertidumbre que pueda suscitarse respecto de los efectos que deban serle reconocidos a la ratificación con respecto a los mismos, en el marco de los procesos matrimoniales no contenciosos. Piénsese que, de sostenerse que este acto no constituye un elemento esencial para la validez de aquéllos -en la medida en que ya constituirían verdaderos contratos desde el mismo momento en que hubiesen sido suscritos por los consortes-, no tendría sentido que vincularan a la autoridad judicial para dictar medidas en el proceso de separación o divorcio que fuera incoado después de forma contenciosa, como consecuencia del archivo de las actuaciones que determina la falta de ratificación (*cf.* art. 777.3 LEC). Sin embargo, en caso de estimar que estos convenios no adquieren auténtica fuerza de ley hasta que los consortes se ratifican por separado en su petición -manifestando, así, su respectivo consentimiento para obligarse válidamente con arreglo a los mismos-, tampoco sería comprensible que éstos pudieran desvincularse de lo establecido en ellos para procurarse una mejor fortuna en vía contenciosa, con tan solo no personarse cuando a tales efectos fuesen citados por parte el letrado de la administración de justicia (*cf.* arts. 1258 y 1261 CC). Ésta es precisamente la contradicción sobre la que se alega interés casacional en el caso enjuiciado por la sentencia comentada, en la medida en que la Audiencia Provincial de Alicante estimó que el convenio regulador no ratificado apenas constituye un elemento de negociación entre consortes, y la parte recurrente fundó su oposición en una constante línea jurisprudencial que venía confiriéndole plenos efectos contractuales con independencia de las vicisitudes que pudiera experimentar en un proceso sobre matrimonio, y a las que debía responder el Tribunal Supremo (*cf.* art. 447.3 LEC).

La apertura del proceso matrimonial no contencioso requiere que la demanda sea interpuesta por ambos consortes de mutuo acuerdo o por uno solo con consentimiento del otro y se acompañe, además, de una propuesta de convenio regulador que contemple unos contenidos mínimos de la vida económica y personal de aquéllos: la guarda y custodia de los hijos sometidos a patria potestad y el modo en que ésta vaya a ejercerse; los regímenes de comunicación, estancia y visitas de progenitores y abuelos; la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares; la contribución a las cargas matrimoniales y los alimentos; la liquidación del régimen económico del matrimonio y la prestación compensatoria (*cf.* arts. 90.I CC y 777.I LEC). Sin embargo, ni su admisión a trámite, ni su ratificación por parte de ambos consortes constituyen elementos esenciales para que tal propuesta adquiera valor de contrato entre los mismos -que ya lo sería desde que hubiesen concurrido la oferta y la aceptación sobre su objeto y causa-, en la medida en que tan solo son actos por medio de los cuales ésta despliega la eficacia procesal que se le exige para formar parte del proceso matrimonial no contencioso, como convenio regulador (*cf.* arts. 1258 y 1262 I CC). Por tanto, no siendo ratificada la petición efectuada por ambos consortes de común acuerdo o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro, así como en el caso de que ni siquiera fuera admitida a trámite la demanda de separación o divorcio no contencioso, el convenio que hubiesen aportado junto a ésta seguirá ostentando fuerza de ley entre aquéllos. De lo contrario, además, no tendría sentido que sí dispusiera de naturaleza vinculante el acuerdo de mediación que hubiese dado lugar a tal propuesta (*cf.* arts. 23.3 II LM y 777.2 LEC).

La ratificación no puede consistir por tanto en la manifestación del consentimiento de los consortes para obligarse mediante el contrato querido por convenio regulador, sino en una mera confirmación o reiteración del mismo por parte de ambos que habilita a aquél para convertirse en tal durante el curso de un proceso matrimonial no contencioso. Pese a todo, no ha de olvidarse que este acto apenas estaría dirigido a comprobar la veracidad de una voluntad unánime en uno y otro consorte con respecto a que su solicitud de separarse o divorciarse continúe discurriendo por los trámites de este mismo procedimiento, aunque hoy en día tan solo se les exija ratificarse en su petición -así se desprende, de hecho, de la disposición adicional sexta de la ley 30/1981, de 7 de julio (*cf.* art. 777.3 LEC). Ello no empece, por supuesto, a que en la práctica sea común que la ratificación se extienda más allá de aquello para cuanto fue originalmente concebida y se lleve a cabo sobre el propio convenio regulador, según se extrae incluso de la sentencia objeto de comentario (en este mismo sentido lo señalaba el juez PÉREZ BOYERO, R.: "La ratificación de los cónyuges en las causas de separación o divorcio reguladas por la disposición adicional sexta de la ley 30/1981, de 7 de julio", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 1998, p. 547). Sin embargo, al margen de que las ventajas que pueda comportar la ratificación del convenio regulador con respecto a su aprobación o denegación posterior, el hecho de que en principio deba ceñirse a la separación o divorcio

guarda perfecta armonía con el deber que a éstos asiste de expresar su *voluntad inequívoca* de separarse o divorciarse por medio del mismo, en aquellos casos en que los que el legislador tiene absoluta certeza de que este acto no va a llegar a producirse por falta de intervención judicial (*cf.* arts. 82.1 y 87 CC).

El convenio regulador no es por tanto objeto de ratificación para nuestro legislador ni puede considerársele, así, un simple elemento de negociación que carezca de fuerza de ley hasta ser ratificado por parte de ambos consortes -como hizo la Audiencia Provincial de Alicante-, toda vez que no podría por ello ser el cauce por el que éstos debieran expresar su consentimiento para obligarse, como elemento esencial para su validez contractual. En base a esta premisa tiene sentido que el interés casacional finalmente se resolviera a favor de lo juzgado en primera instancia y se apreciase que el convenio regulador no ratificado en el curso del proceso matrimonial no contencioso, no es tal cosa, en cuanto no cumpliría con todos los requisitos procesales que para ello se exigen, pero sí un contrato que vincula a ambos consortes y que es por tanto susceptible de ser alegado en el proceso matrimonial que se incoe después de forma contenciosa por cualquiera de ellos, como consecuencia del archivo de actuaciones que trae consigo la falta de ratificación en los no contenciosos (*cf.* art. 777.3 LEC). En tal caso, como es evidente, cuanto hubiera sido previamente convenido por los propios consortes habrá de determinar el contenido de las medidas definitivas que en consecuencia debiera dictar la autoridad judicial para poner fin al proceso matrimonial contencioso, a no ser que su cumplimiento se hubiese hecho depender de su aprobación en un proceso matrimonial no contencioso -como acertadamente observó el juez de primera instancia en el caso juzgado mediante la sentencia comentada (*cf.* arts. 1091, 1113, 1114 y 1117 CC). Sin embargo, quizá quepa entender que el cumplimiento del contrato querido por convenio regulador está siempre supeditado a que se declare la separación o el divorcio en el marco de un proceso sobre matrimonio, sea éste contencioso o no, en base a que gran parte de su contenido está dirigido a disciplinar esta nueva situación con alguna salvedad que pudiera servir también para una separación de hecho, aunque ello no obsta en absoluto a la argumentación empleada por parte de nuestro Tribunal Supremo (*cf.* art. 90.1 CC).

La ratificación, no obstante, aunque en principio se dirige a confirmar la solicitud de separación o divorcio realizada por ambos consortes de común acuerdo o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro, suele extenderse en la práctica sobre la propuesta de convenio regulador que debe acompañar a la misma por imperativo del legislador. Este acto permite, por tanto, apreciar la existencia o no de vicios en el consentimiento prestado por aquéllos para la suscripción del contrato propuesto como convenio regulador, además de comprobar la verdadera voluntad de uno y otro para separarse o divorciarse por medio del proceso matrimonial no contencioso, y sin perjuicio de que el convenio regulador no ratificado aun

permanezca siendo susceptible de impugnación por esta causa en tanto no adquiriría el valor de cosa juzgada (SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: "Nulidad y rescisión del convenio regulador y de la liquidación de la sociedad legal de gananciales", en AA.VV.: *El Derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 144). Si bien es cierto que el ejercicio de la acción de anulabilidad de tal convenio correspondería exclusivamente al consorte perjudicado a causa del error, violencia, intimidación o dolo, nada se opondría a que la autoridad judicial apreciase la concurrencia de estos vicios en su consentimiento y partiera de ellos para así denegar total o parcialmente su contenido, en la medida en que su aprobación constituyese un perjuicio grave para aquél ex artículo 90.2 del Código Civil (cfr. SEOANE SPIEGELBERG: *op. cit.*, p. 144). Por estas razones, señala la sentencia objeto de comentario que el convenio regulador no ratificado en un proceso matrimonial no contencioso tiene fuerza vinculante para el contencioso que se incoe después, salvo cuando sea nulo de pleno derecho, resulte anulable por concurrir un vicio en el consentimiento o se acredite una alteración sustancial de las circunstancias que condujeron a su suscripción, pero no por un cambio de opinión que de forma injustificada pretendiera hacerse constar mediante la falta de ratificación en un proceso matrimonial no contencioso, como parece que aconteció en el caso enjuiciado.

La sentencia añade a este respecto que todas las circunstancias que fueron alegadas por la parte recurrida para contestar a la demanda no le eran novedosas, ni podían tampoco justificar que no hubiese acudido a ratificar su petición cuando fue citada para ello por el letrado de la administración de justicia, en la medida en que ya aparecían reflejadas en el contrato suscrito por ambos consortes con el fin de divorciarse por los cauces del proceso matrimonial no contencioso; además de indicar que su estudio evidenciaba que había sido redactado por las direcciones letradas de cada una de ellos y no era fruto de una irreflexiva y precipitada decisión de los mismos, como quizá cupiera sospecharse. Por estas razones concluye que no se aprecian motivos suficientemente capaces de impedir el cumplimiento de cuanto dispusieron ambos en el contrato querido por convenio regulador; a pesar de no haberse aprobado judicialmente por falta de ratificación. Ello se debe que estos actos tan solo servirían para que los contratos suscritos por los consortes con el propósito de regular las consecuencias de la separación o el divorcio fuesen incorporados a las sentencias que pusieran término a los procesos matrimoniales no contenciosos, pero no añadirían nada a su validez y eficacia contractuales, en cuanto reuniesen los requisitos que son establecidos para ello por parte de la legislación civil. Sin embargo, aunque la ratificación y aprobación judicial de estos contratos no aporte nada en este sentido, no ha de olvidarse que el hecho de que sean incorporados a la sentencia de separación o divorcio los convertiría en títulos ejecutivos, cuyo cumplimiento pudiese reclamarse desde entonces en vía de apremio, y en documentos públicos con acceso al Registro de la Propiedad, siendo



éste el valor añadido que les reconocen estos actos cuando llegan a formar parte de un proceso matrimonial no contencioso, como convenios reguladores (cfr. arts. 90.2 y 1216 CC, y 317.1 y 517.2 LEC).

La conclusión que se extrae de la argumentación empleada para resolver el interés casacional no puede ser sino la consistente en interpretar el acto de ratificación como una señal inequívoca del consenso de los consortes para separarse o divorciarse por los cauces del proceso matrimonial no contencioso y, en caso de extenderse sobre el propio convenio regulador aportado junto a la demanda, como es frecuente en la práctica de nuestros jueces y tribunales, apenas podría emplearse como una oportunidad para apreciar los vicios que pudieran concurrir en el consentimiento emitido previamente por parte de ambos consortes para obligarse por su contenido -a efectos de que la autoridad judicial pueda considerarlos para denegarlo por serle gravemente perjudicial a cualquiera de ellos-, pero no entenderse como el momento en el que éste se manifiesta como un elemento esencial del mismo. Por este motivo, distingue la sentencia comentada entre la *eficacia contractual* de que dispone semejante convenio desde que es suscrito por aquéllos con el fin de acompañar después a una demanda de separación o divorcio no contencioso -en la medida en que la ratificación no constituiría un requisito de indispensable cumplimiento para su validez, sino una mera confirmación del consentimiento contractual manifestado-, de la *eficacia procesal* que el mismo sería capaz de desplegar en el curso de un proceso matrimonial de esta naturaleza cuando llegase a ser ratificado y aprobado por la autoridad judicial competente. Solamente a partir de entonces cabría hablar con propiedad de auténticos convenios reguladores con los efectos ejecutivos y registrales que les corresponden por integrarse en la sentencia de separación o divorcio, pero, de no ratificarse, separadamente, por ambos consortes, todavía seguirían siendo vinculantes entre ellos como contratos. En este sentido, a no ser que sean nulos de pleno derecho, anulables por concurrir algún vicio en el consentimiento prestado o quepa apreciar una alteración sustancial de las circunstancias, determinarán el contenido de las medidas definitivas que deba dictar la autoridad judicial en el proceso matrimonial contencioso que decida incoarse como consecuencia del archivo de actuaciones que lleva consigo la falta de ratificación en los no contenciosos, según estima el Tribunal Supremo.

## BIBLIOGRAFÍA

PÉREZ BOYERO, R.: "La ratificación de los cónyuges en las causas de separación o divorcio reguladas por la disposición adicional sexta de la ley 30/1981, de 7 de julio", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 3, 1998, pp. 547-551.

SEOANE SPIEGELBERG, J. L.: "Nulidad y rescisión del convenio regulador y de la liquidación de la sociedad legal de gananciales", en AA.VV.: *El Derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 109-219.



**EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO  
DE SEGURO. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA NÚM. 81/2019,  
DE 7 DE FEBRERO (ROJ STS 301/2019)\***

***THE DUTY OF RISK DECLARATION IN THE INSURANCE CONTRACT.  
COMMENT ON SPANISH STS NUMBER 81/2019, OF FEBRUARY 7 (ROJ  
STS 301/2019)***

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 468-479*

\* Este comentario se enmarca en el Proyecto de Investigación "El Derecho del seguro en la sociedad del bienestar del S.XXI: la persona como elemento central".



Isabel J.  
RABANETE  
MARTÍNEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro se configura como un deber de respuesta a las preguntas que le formule el asegurador. Producido el siniestro, el asegurador no puede ampararse, para no cumplir íntegramente con la prestación, en una inexacta apreciación del riesgo, si no ha presentado cuestionario o éste ha sido incompleto.

**PALABRAS CLAVE:** Contrato de seguro; cuestionario de salud; declaración; riesgo; infracción.

**ABSTRACT:** *The duty to declare the risk in the insurance contract is configured as a duty to answer the questions asked by the insurer. Once the loss has occurred, the insurer can not protect itself, in order not to fully comply with the benefit, in an inaccurate risk assessment, if it has not submitted a questionnaire or if it has been incomplete.*

**KEY WORDS:** *Insurance contract; health questionnaire; declaration; risk; infraction.*

**SUMARIO.-** I. EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO.- 1. Introducción. 2. El deber de declaración como un deber de contestación o respuesta.- II. LA EXONERACIÓN DEL ASEGURADO EN CASO DE NO PRESENTAR CUESTIONARIO O HACERLO DE MANERA INCOMPLETA.- III. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE DECLARACIÓN: LA REDUCCIÓN DE LA PRESTACIÓN.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en un contrato de seguro de vida que cubre los supuestos de fallecimiento e incapacidad absoluta y permanente por un importe de 50.000 euros, y que suscribió el tomador-asegurado con la entidad aseguradora en fecha 20 de agosto de 2008. El seguro contratado establece que en caso de producirse el siniestro la beneficiaria es la entidad financiera con la que el asegurado tiene contraída una deuda hipotecaria.

En la propuesta de seguro que firma el tomador-asegurado se incluye una “declaración del asegurado” estereotipada que indica que “el asegurado declara que tiene plena capacidad para trabajar, goza de buena salud, y no padece o ha padecido enfermedad o lesión (cardiaca, circulatoria, oncológica, infecciosa, del aparato digestivo o endocrina -diabetes-) que haya precisado tratamiento médico...”.

En julio de 2013 se reconoce al asegurado la situación de incapacidad permanente absoluta como consecuencia de la epilepsia farmacoresistente y bradipsiquia que padece desde la infancia. Sin embargo, la entidad aseguradora rechaza el siniestro alegando que el asegurado tiene antecedentes no declarados de las causas que motivan la incapacidad, y que de ello se deduce que ocultó datos conocidos y relevantes para la correcta valoración del riesgo.

Se interpone demanda por el asegurado contra la entidad aseguradora, solicitando la condena a hacer efectivo el pago de 115.080,32 euros, importe pendiente de amortización del préstamo hipotecario a la fecha del siniestro. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando a la demandada al pago del importe de amortización del préstamo hipotecario que había satisfecho desde el 1 de agosto de 2013 hasta la ejecución de la sentencia, y el resto, hasta los 50.000

• **Isabel J. Rabanete Martínez**

Profesora Asociada de Derecho Civil en la Universidad de Valencia. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia. Abogada. Realizó gran parte de su tesis doctoral junto al profesor Francesco Galgano en la Università degli Studi di Bologna (Italia) siendo PDI en el extranjero. Desde entonces ha compaginado su labor investigadora (formando parte de varios proyectos de investigación) con la docencia y el ejercicio. Correo electrónico: isabel.rabanete@uv.es

euros (que es el capital asegurado), en la cuenta de préstamo existente entre el demandante y la entidad financiera. El Juzgado justifica su fallo indicando que el "cuestionario de salud" lo cumplimentó un empleado de la entidad financiera y que este se limita a una declaración de capacidad para trabajar, siendo estas preguntas sobre su estado de salud y su capacidad para trabajar subjetivas, pues el asegurado se encontraba desempeñando en ese momento funciones de vigilante de seguridad. Con base en ello, además, declara no apreciarse dolo o culpa del demandante.

La sentencia es recurrida en apelación por la entidad aseguradora alegando que deben aplicarse las consecuencias liberatorias del tercer párrafo del art. 10 LCS porque el actor incurrió en dolo al ocultar la patología previa causante de la discapacidad. La Audiencia estima en parte el recurso de apelación y condena a la entidad aseguradora a pagar la suma resultante de reducir proporcionalmente la prestación a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. En sus fundamentos de derecho, la Audiencia reconoce que la entidad aseguradora no cumplió con la obligación de presentar un cuestionario con preguntas claras sobre el estado de salud del asegurado, de forma que le hubiese permitido conocer las enfermedades que padecía. Sin embargo, estima parcialmente el recurso razonando que el actor sabía perfectamente la enfermedad que padecía desde la infancia, y que por lo tanto no cumplió con la obligación esencial que le impone el principio de buena fe contractual, por lo que aplica el párrafo tercero del art. 10 LCS ordenando la reducción de la prestación.

El Tribunal Supremo entiende que el razonamiento de la Audiencia no es correcto, por lo que estima el recurso de casación interpuesto por el asegurado, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El deber de declaración del riesgo que se le impone al tomador del seguro en el art. 10 LCS se consagra por la doctrina jurisprudencial como un deber de aquél de contestación a las preguntas que el asegurador le realice, asumiendo este las consecuencias que se deriven de la presentación de un cuestionario incompleto. Esta afirmación queda refrendada por la exoneración del deber que el propio precepto establece en el supuesto de que el asegurador no le someta cuestionario o, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y no estén comprendidas en él.

El párrafo tercero de la norma establece la posibilidad de que se realice una reducción de la prestación cuando el asegurado incumpla su deber de declaración del riesgo antes de que se produzca el siniestro. No obstante, la declaración inexacta

del riesgo, si no concurre dolo o culpa grave por parte del tomador, solo puede dar lugar a la aplicación de la reducción, en virtud del principio de justicia derogada, si se ha hecho valer por la correspondiente pretensión en el proceso, por lo que no procede automáticamente cuando ninguna de las partes la ha pedido.

## COMENTARIO

### I. EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO.

#### I. Introducción.

El Código de Comercio de 1885 establecía en su art. 381 (derogado por la Ley LCS en 1980), que “Será nulo todo contrato de seguro ... 2. Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos...”. Se partía de la premisa de que el asegurador, de haber conocido la verdadera entidad del riesgo, habría rechazado el contrato de seguro, y se establecía la nulidad del contrato en cualquier caso de declaración inexacta del asegurado, hubiese o no dolo por parte de este.

Sin embargo, el deber de declaración del riesgo ha tenido una importante evolución, tanto jurisprudencial como legal, quizá debido a que los aseguradores cada vez más asuman riesgos que, aunque supiesen que podría generarles problemas judiciales, les aportaban más beneficios que pérdidas, sobre todo cuando comenzaron a contratarse pólizas de seguros de vida vinculadas a préstamos hipotecarios, cuya única razón de ser era cubrir los posibles impagos de dichos préstamos en caso de fallecimiento o incapacidad del asegurado.

#### 2. El deber de declaración como un deber de contestación o respuesta.

Actualmente, el deber que tiene el tomador-asegurado de declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración de riesgo antes de la conclusión del contrato es una circunstancia incuestionable, y que se deduce claramente del art. 10 LCS cuando indica que “El tomador del seguro tienen el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo”.

El contenido y forma de este deber ha sido interpretado por la jurisprudencia de variadas formas, y ha ido evolucionando a lo largo de los años, sobre todo debido a los cuestionarios de salud, o declaraciones, que el asegurador ha ido incluyendo en sus contratos de seguros, lo que ha supuesto la proliferación de litigios cuyo conflicto principal es si el asegurado ha cumplido o no con su deber de declaración siguiendo el principio de buena fe que debe regir cualquier contrato de seguro.



Aún hoy día, se establece que la delimitación del riesgo no puede llevarse a cabo sin la colaboración del futuro contratante (tomador-asegurado), puesto que se parte del supuesto de que es él el que conoce las circunstancias y detalles de su salud, a no ser, claro, que el asegurador le someta a un estudio médico, como se hace cuando se trata de contratos de seguro que cubren altos capitales. No obstante, se matiza que ese deber de cumplir con la declaración exacta del riesgo no debe depender solamente del asegurado, y no puede quedar ajena al cumplimiento o no del cuestionario que le haya proporcionado el asegurador.

Así es, la promulgación de la LCS en 1980, abrió la veda a una concepción más amplia del deber del tomador-asegurado, de modo que el deber de declaración del riesgo no quedase solo en manos del contratante del seguro, que era hasta entonces el que debía correr con todas las consecuencias de una declaración inexacta del riesgo, introduciendo una frase que hacía que el deber de declaración estuviese circunscrito al cuestionario que el asegurador le presentase en la propuesta del seguro.

De modo que el contenido del art. 10 LCS pasó a convertirse, más que en un deber de declaración del riesgo, en un deber de contestación o respuesta del tomador-asegurado de lo que se le preguntaba por el asegurador, partiendo del supuesto de que este es el que debía saber qué riesgos son los que no quería contratar; o qué hechos debía preguntar para poder realizar una valoración adecuada del riesgo.

Ello condujo a que, tanto doctrina como jurisprudencia, modificasen sus criterios a la hora de introducir un significado a lo establecido por el art. 10 LCS, pasando a velar más por los intereses de los tomadores-asegurados, que no son los que disponen de los conocimientos técnicos para entender la trascendencia de lo que se le está preguntando en un determinado cuestionario de salud, que por los intereses del asegurador puesto que es este el que posee esos conocimientos; y el que, con base en ellos, debe incluir las preguntas correctas que le permitan valorar un determinado riesgo, y así poder rechazar su contratación o bien fijar una prima que corresponda con el riesgo a asumir.

Este modo de interpretar el deber de declaración se completó con la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, que añadió al párrafo primero del art. 10 LCS el inciso que indica que “Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”.

A partir de entonces, la jurisprudencia no dudó en dejar claro que el deber de declaración del tomador del seguro es un deber de contestación a un cuestionario preparado por el asegurador. Aun así, podemos encontrar sentencias anteriores a la modificación del art. 10 LCS donde ya se recoge el principio de que el deber de declaración depende de las preguntas que el asegurador le haga al asegurado en el cuestionario que este le presente, y en el supuesto de que no se le presente cuestionario no puede decirse que se haya incumplido tal deber [(STS 19 octubre 1989 (ROJ): STS 5564/1989)].

Quizá una de las sentencias pioneras sea la STS de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3101/1993) que indicó claramente que “El deber del tomador del seguro ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si ésta no exige dicho cuestionario, como sucedió en el presente caso, debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato”.

A la que le siguieron numerosas sentencias de nuestro Alto Tribunal, como la STS 23 junio 1993 (ROJ: STS 17646/1993), que estableció que “no puede la aseguradora en justo equilibrio de los intereses de ambas partes en el momento de contratación y con posterioridad hacer recaer exclusivamente sobre el asegurado-tomador la responsabilidad civil inherente al cumplimiento del contrato, ya que por su profesionalización la aseguradora está en óptimas condiciones de garantizar esa lealtad que el art. 10 de la Ley Especial no hace recaer, como se dice, solamente sobre el asegurado, pues es evidente que al decir el párrafo primero el deber de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan incluir en la valoración del riesgo, es en función o de ‘acuerdo con el cuestionario que el asegurador le someta”’.

En el mismo sentido, la STS 23 septiembre 1997 (ROJ: STS 5581/1997), conforme a la que “(...) el cuestionario previo actúa como instrumento definido para poder concretar la concurrencia del actuar incumplidor contractual que se imputa al asegurado, de manera que, constatada la ausencia del mismo, ha sido la compañía la que no acomodó su actuación al artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, que es bien explícito al disponer que las aseguradoras han de someter a cuestionario a los futuros contratantes con respecto a todas aquellas circunstancias que les sean conocidas para la adecuada valoración, lo que, según dicha decisión, vale para concluir que el deber del tomador ha de conjugarse con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora; ahora bien, si esta no exige dicho cuestionario debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato”.

La STS 17 febrero 2016 (ROJ: STS 528/2016), sintetiza la jurisprudencia sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS en los siguientes

términos: "La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013 , y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013, que a su vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999, 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000, 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000, y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual 'quedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él'".

En consecuencia, para la jurisprudencia, la obligación del tomador del seguro de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que este le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple "contestando el cuestionario que le presenta el asegurador; el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta (SSTS 25 de octubre de 1995; 21 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2005; 29 de marzo de 2006; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)". Jurisprudencia seguida, entre otras, por las SSTS 5 abril 2017 (RJ/2017/2664); 4 octubre 2017 (RO); STS 3476/2017); 30 mayo 2018 (RO); STS 2025/2018); 8 noviembre 2018 (RO); STS 3738/2018).

## **II. LA EXONERACIÓN DEL ASEGURADO EN CASO DE NO PRESENTAR CUESTIONARIO O HACERLO DE MANERA INCOMPLETA.**

En cuanto a lo que aquí nos interesa, está suficientemente claro que la jurisprudencia sigue a ojos vendados el principio de que el deber de declaración del riesgo es un deber de respuesta a las preguntas que le haga el asegurador al tomador-asegurado; y, en el supuesto de que no se le realicen preguntas, o se realicen de forma incompleta, o incluso de que no se le presente cuestionario, el tomador-asegurado quedará exonerado de cualquier responsabilidad. De hecho, ha sido el propio art. 10 LCS el que ha acotado el contenido de este deber de declaración del riesgo, limitándolo a la contestación del cuestionario que se le someta por el asegurador; de modo que este no podrá invocar incumplimiento del deber si no ha presentado cuestionario, o si lo ha presentado incompleto.

En cuanto a las declaraciones estereotipadas, donde no se realizan preguntas, sino que se trata de meras declaraciones de salud general del tomador-asegurado, no son bien aceptadas por la jurisprudencia, dado que se entiende que en estos supuestos “el asegurador incumple con su obligación de formular preguntas claras y definitivas sobre la salud del asegurado que le permitan conocer el riesgo asumido”, como indica la STS que ahora se comenta. De hecho, incluso cuando en dichas declaraciones no hay preguntas, sino tan sólo una declaración de salud general del asegurado, la doctrina jurisprudencial tiende a declarar la inexistencia del deber de declaración, o dicho de otro modo, al no presentarse un cuestionario con preguntas, el asegurado se encuentra exonerado de las consecuencias de dicho deber.

Otros problemas los encontramos también en los denominados “cuestionarios incompletos”, en los que se realizan preguntas específicas sobre determinadas enfermedades. En estos supuestos habrá que estar al caso concreto, pero siempre deberá tenerse en cuenta lo que claramente advierte la sentencia que ahora se comenta, que “lo que la sala debe examinar es si el tipo de preguntas que se formularon al tomador eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se referían, es decir, si las preguntas que se le hicieron le permitieron ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando datos relevantes para la exacta valoración del riesgo”. Esto queda reforzado por el último inciso del párrafo primero del art. 10 LCS al indicar que el tomador queda exonerado, entre otras razones, si en el cuestionario que se le somete no se encuentran contenidas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. Por lo tanto, el asegurador, si quiere valorar el riesgo adecuadamente con un cuestionario o declaración de salud, deberá ser claro y concreto en las preguntas que le formule al solicitante del seguro. Podríamos decir que, en estos supuestos, es la propia actuación negligente del asegurador el que provoca la exoneración del cumplimiento del deber de declaración que, en principio, tiene el tomador-asegurado.

Además, hay que tener en cuenta que el cuestionario debe ser cumplimentado por el tomador-asegurado, o por el asegurado, puesto que no siempre estas figuras confluyen en la misma persona, y según el art. 7 LCS los deberes del tomador pueden ser cumplidos por el asegurado. O, por lo menos, la declaración o contestación a las preguntas que se le hagan deben ser del propio tomador-asegurado. Se dan numerosos supuestos en los que es un mediador de seguros el que cumplimenta el cuestionario presentado por el asegurador; o los propios empleados de este, limitándose el tomador-asegurado a firmarlo. En estos casos, cuando aquél se limita a firmar la declaración o el cuestionario, sin contestar a ninguna pregunta o hacer ninguna declaración, aunque sea verbal, la jurisprudencia ha concluido indicando que este supuesto equivale a la falta de presentación del cuestionario [(STS 6 abril 2001 (ROJ): STS 2931/2001)].

En otros casos, sin embargo, cuando el tomador-asegurado sí contesta verbalmente a las preguntas que le hace el mediador o empleado del asegurador, se ha matizado que “si los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer; en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración” [(STS de 4 de diciembre de 2014 (ROJ): STS 5495/2014)].

En el supuesto que nos ocupa al asegurado se le presentó una “declaración” estereotipada, en la que no debía contestar a ninguna pregunta, simplemente se indicaba que el asegurado declaraba que “... tiene plena capacidad para trabajar; goza de buena salud, y no padece o ha padecido enfermedad o lesión (cardíaca, circulatoria, oncológica, infecciosa, del aparato digestivo o endocrina -diabetes-) que haya precisado tratamiento médico...”. Es decir, con la suscripción del contrato de seguro, el tomador-asegurado lo único que estaba declarando es que tenía capacidad para trabajar; que así era pues se encontraba trabajando; y que no padecía ninguna enfermedad o lesión cardíaca, circulatoria, etc. La enfermedad que padecía el asegurado desde la niñez, epilepsia, no se encontraba entre las enfermedades o lesiones indicadas en la declaración, por lo que el actor no incumplió su deber de declaración del riesgo, puesto que, en ningún momento se le preguntó si padecía alguna otra enfermedad no descrita en la “declaración”, ni tampoco se le hizo ningún tipo de examen médico. Por lo tanto, nos encontramos ante un cuestionario incompleto, donde el asegurado sí declaró sobre las “cuestiones” que se le estaban realizando por la entidad aseguradora, cumpliendo con su deber de respuesta a las preguntas realizadas, y sin ocultar nada que tuvieran relación con la declaración presentada. Se trata de un cuestionario incompleto, por lo que es la entidad aseguradora la que debe asumir las consecuencias de su negligencia, y no puede pretender esta exonerarse del cumplimiento del pago de la prestación por no haber realizado un cuestionario más concreto.

Si los aseguradores tuviesen más cuidado al redactar sus cuestionarios de salud o declaraciones, quizá no habría tantos supuestos de presuntos incumplimientos del deber de declaración. De hecho, a veces no se trata de realizar un cuestionario largo y complejo, sino de introducir las preguntas correctas; como simplemente preguntar si el asegurado padece alguna enfermedad, o si le ha sido diagnosticada alguna enfermedad, si se encuentra en tratamiento médico por alguna enfermedad ... Pero el que cada día haya más cuestionarios de salud emitidos por aseguradores que realizan preguntas demasiado vagas, o específicas de determinadas enfermedades, que no permiten valorar el riesgo que van a asumir, no siempre es fruto de la negligencia del asegurador, sino que en la mayoría de los casos es debido a que la contratación se realiza automáticamente, perfeccionándose mediante máquinas

automáticas, lo que impide que puedan incluirse preguntas donde el asegurado pueda redactar o indicar que se redacten sus dolencias o enfermedades.

Además, los aseguradores asumen los costes de estos cuestionarios incompletos y defectuosos porque, en realidad no les compensa, puesto que si tuvieran que valorar los riesgos que asumen por las enfermedades que los asegurados manifiestan, deberían realizar estudios actuariales que les permitiesen decidir si rechazar o no determinado riesgo; si subir la prima por determinadas enfermedades; si realizar un examen médico del asegurado etc. Y, dada la contratación automática actual, donde se calculan también automáticamente las primas de los seguros de vida, realizar un cuestionario completo que permita valorar el riesgo que se asume obligando a que el tomador-asegurado cumpla su deber de declaración como establece el art. 10 LCS, posiblemente supondría una merma importante en la contratación de los seguros de vida, lo que, a su vez, implicaría un menor beneficio para el asegurador:

Por lo que, si el cuestionario es incompleto o no hay cuestionario, como bien dijo la STS de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3101/1993), refiriéndose a la entidad aseguradora que no había presentado cuestionario de salud "(..) debe pechar con las consecuencias, por haber relevado al tomador del deber de cumplimentar dicha información previa al contrato".

### **III. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE DECLARACIÓN: LA REDUCCIÓN DE LA PRESTACIÓN.**

El párrafo tercero del art. 10 LCS regula dos supuestos: el supuesto de que el asegurador advierta de la existencia de reservas o inexactitudes en la declaración del tomador; y antes de que transcurra un mes de tener conocimiento de ello sobrevenga el siniestro; y el supuesto, mucho más frecuente en la práctica, de que el asegurador advierta que el tomador del seguro ha hecho la declaración precontractual del riesgo inexacta, de modo que hay una discordancia entre el riesgo real y el declarado en el momento de la producción del siniestro.

La consecuencia de la aplicación del párrafo tercero indicado es la posibilidad de que se reduzca la prestación proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, siempre que no concurra dolo o culpa grave del tomador del seguro. De lo que se trata, en definitiva, es de reducir proporcionalmente la prestación partiendo de la relación existente entre la prima que se debía haber abonado por el tomador si se hubiese contratado el seguro con las enfermedades o dolencias declaradas, y la que efectivamente ha pagado con el riesgo que ha declarado.

Sin embargo, para poder aplicar esta reducción hay que tener en cuenta también el derecho procesal, puesto que dicha reducción sólo es posible si se ha hecho valer la correspondiente pretensión en el proceso. Esto es, la reducción de la prestación por infracción del deber de declaración requerirá un planteamiento expreso en el momento procesal oportuno, el llamado principio de rogación, y, en absoluto se puede pretender que sea de aplicación, aunque no se haya suscitado [y así lo declara expresamente la STS 7 junio 2004 (ROJ: STS 3916/2004), rectificando un criterio más tolerante de una sentencia anterior de 12 de abril de 2004].

Y ello es lógico, como aclara la STS 7 julio 2015 (ROJ: STS 4854/2005) “por qué se trata de una cuestión con sustantividad propia, sin que quepa confundir la imperatividad de su operatividad (cuando se da el presupuesto legal, que tiene carácter sustantivo) con la imperatividad de la aplicación (aunque no se haya pedido, que responde a parámetros procesales); c) La posibilidad de tomar en cuenta dicha reducción excede del ámbito del principio *iura novit curia*, con riesgo de afectación para el principio constitucional de contradicción (...); y, d) La hipotética aplicación de la solución pretendida exigiría fijar una cuantía, o cuando menos establecer unas bases, y ello no se ha debatido, siendo regla legal de estricto cumplimiento que no cabe diferir para ejecución de sentencia lo que pudo haberse discutido en el pleito, debiendo producirse la consecuencia desfavorable para quién tenía la carga de actuar con diligencia y no lo hizo”.

Consecuentemente, en la sentencia que ahora se comenta no es de extrañar que el TS case la sentencia dictada por la Audiencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora, que aplica la reducción de la prestación sin haber sido solicitada por la entidad aseguradora.

DEBERES DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE PLANES  
DE PENSIONES SOBRE LOS RIESGOS DE LAS MODALIDADES DE  
COBRO DE RENTA ASEGURADA. COMENTARIO A LA STS DE  
ESPAÑA NÚM. 40/2019, DE 22 DE ENERO (RJ 2019, 115)

*PENSION SCHEME ENTITIES' DUTY TO PROVIDE INFORMATION  
ON THE RISKS OF THE INSURED ANNUITY OPTION. COMMENT ON  
SPANISH STS NO. 40/2019, OF JANUARY 22 (RJ 2019, 115)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 480-497*





M<sup>a</sup>. Natalia  
MATO PACÍN

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 28 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Las entidades de planes de pensiones individuales tienen el deber de informar de manera expresa y comprensible acerca de las características y riesgos de las distintas opciones de cobro de los planes de pensiones y, en particular, de los supuestos de extinción del derecho a cobrar una renta garantizada.

**PALABRAS CLAVE:** Planes de pensiones; renta garantizada; deberes de información; transparencia.

**ABSTRACT:** *Pension scheme entities are subject to a duty of information about the risks of the different return options, specially the ones relating to the loss of the right to receive the insured annuity.*

**KEY WORDS:** *Pension scheme; insured annuity; duty of information; transparency.*

**SUMARIO.-** I. LOS PLANES DE PENSIONES Y LAS MODALIDADES DE REEMBOLSO.- II. DEBERES DE INFORMACIÓN RESPECTO DE LOS PLANES DE PENSIONES.- III. LA MODALIDAD DE RENTA ASEGURADA.- 1. Formalización de la modalidad de renta asegurada.- 2. Información debida en la modalidad de renta asegurada.

---

## SUPUESTO DE HECHO

La cuestión litigiosa tiene su origen en la adhesión por parte de D. Eliseo a dos planes de pensión promovidos y gestionados por Ibercaja Banco, S.A. e Ibercaja Pensiones, S.A., respectivamente. Con motivo de la jubilación de D. Eliseo, éste pasa de ser partícipe de los planes a ser beneficiario y, dentro de las distintas modalidades posibles de cobro de la prestación, interesa, mediante solicitud escrita el 26 de mayo de 2003, la modalidad de renta asegurada mensual y fija durante quince años de duración con reversión del 100% en caso de fallecimiento en favor de su esposa, Dña. Herminia.

El 29 de agosto de 2003 se le notifica a D. Eliseo que se han formalizado sendos contratos de seguro con la compañía Caser Ahorrovida, S.A. por el importe de sus derechos consolidados en los planes. Es tomadora la promotora de los planes de pensión, asegurado D. Eliseo (con una reversibilidad del 100% a favor de Dña. Herminia) y figura como beneficiarios del seguro los fondos de pensiones. Con estas notificaciones se adjuntan los certificados individuales de adhesión emitidos por la aseguradora. En ellos, se reproducen los anteriores datos y, dentro de un recuadro precedido del título “prestaciones garantizadas” se fijan los efectos de los contratos desde el 1 de julio de 2013 “mientras el Asegurado viva y como máximo hasta la fecha de vencimiento indicado” (1 de julio de 2018). En el documento se señala que a falta de designación expresa de beneficiario (recordemos que era el Fondo de Pensiones), “lo serán por el siguiente orden de preferencia: 1º. El Asegurado, 2º. Su Cónyuge, 3º. Sus Hijos, 4º. Sus Herederos Legales”. Los documentos de notificación de la formalización de los seguros -que contienen en la antefirma de D. Eliseo la mención “Conozco y acepto que esta elección es inmodificable. Recibida y

• **M<sup>a</sup>. Natalia Mato Pacín**

Profesora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid. Su tesis (Cláusulas abusivas y empresario adherente) fue galardonada con el XVIII Premio Sancho Rebullida a la mejor tesis en Derecho civil en su curso académico. Ha sido Secretaria de la Junta Arbitral de Consumo de la Zona Noroeste de la Comunidad de Madrid (2012-2013). Su campo de investigación se centra, principalmente, en la contratación con consumidores y la contratación mediante condiciones generales, así como en el Derecho de fundaciones. Correo electrónico: mmato@der-pruc3m.es.

conforme''- están suscritos por D. Eliseo mientras que no lo están, por el contrario, los certificados individuales emitidos por la aseguradora que se adjuntaban en esa carta.

El 7 de febrero de 2008 fallece Dña. Herminia y el 28 de mayo de 2010 lo hace D. Eliseo. Sus tres hijas, en condición de herederas de sus padres, interponen demanda contra Ibercaja Banco, S.A. e Ibercaja Pensiones, S.A., reclamando el cumplimiento de las prestaciones no satisfechas hasta julio de 2018 y, subsidiariamente, una acción de enriquecimiento injusto. Sostienen que la extinción del derecho al cobro de la pensión con la muerte de sus padres no estaba prevista en los reglamentos de los planes de pensiones, pues en ellos expresamente se prevé un orden de prelación que, a su juicio, les otorga la condición de beneficiarias tras el fallecimiento de la inicialmente nombrada y sin necesidad de designación específica. Por otro lado, argumentan, esta restricción tampoco le fue explicada a su padre en su momento. Las demandadas se oponen señalando diversos argumentos. Por un lado, que en la oficina de Ibercaja se le había explicado a D. Eliseo las modalidades de cobro de las prestaciones y que el hecho de haber pactado la reversión a favor de su esposa permitía concluir que no quiso poner a nadie más como beneficiario. Además, apuntan que la firma de las cartas por las que se le notificaba la formalización del seguro de vida y que adjuntaban los certificados individuales de adhesión daba muestra de su conformidad. En la misma línea, resaltan que las condiciones generales de la póliza del seguro de vida suscrito preveían el cese de toda obligación de pago por fallecimiento del beneficiario a los efectos de la reversión, siendo esta relación la única vigente en la medida en que la transmisión de los derechos de D. Eliseo a Caser Ahorrovida, S.A. -mediante el pago de la prima de los seguros de vida- había hecho que las entidades de Ibercaja dejaran de asumir toda obligación económica frente a D. Eliseo (novación del plan de pensiones). De ahí que las demandadas alegaran también la falta de legitimación activa de las hijas demandantes y pasiva de ellas mismas, oponiendo también la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la entidad aseguradora.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró a las demandantes beneficiarias por partes iguales de las rentas de los planes de pensiones suscritos por su padre hasta el momento del vencimiento. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y, si bien rechazó la falta de legitimación activa y pasiva, concluyó que no podría prosperar la acción de las demandantes frente a quien no es parte en el contrato que vinculaba a su padre con terceros (un contrato de seguro, en cuanto las aportaciones de los planes se convirtieron en el pago de la prima única)

Las demandantes recurren en casación, recurso que es estimado por el Tribunal Supremo.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Las entidades de planes de pensiones tienen el deber de informar de manera expresa y con claridad especialmente de los riesgos que entraña cada una de las modalidades de cobro de las prestaciones (art. 48.5 Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero). Esta obligación de información se da también respecto de la opción “renta asegurada”. Puesto que los planes de pensiones son productos que se comercializan como una forma de ahorro, para un consumidor medio sin conocimientos específicos sobre planes de pensiones, la intervención de una aseguradora y la propia expresión “renta asegurada” dan a entender la existencia de una garantía de que la renta se va a cobrar durante todo el plazo pactado. Sin una explicación e información adecuadas no es fácil deducir que se va a concertar un seguro de vida de modo que se requiere la supervivencia del asegurado durante ese plazo para que no se extinga el derecho al cobro de la renta. Debe advertirse por la comercializadora y gestora que, en un caso extremo, si al día siguiente de optar por la modalidad de cobro de renta asegurada durante quince años, fallecen en un accidente el beneficiario y la persona a favor de quien se ha establecido la reversión, se extingue el derecho al cobro de la renta, es decir, la prestación propia del plan.

Sin una información adecuada sobre las características de las opciones de cobro del plan y, en particular, sobre los supuestos de extinción del derecho a cobrar la renta garantizada, no se puede entender consentida la modificación de las condiciones de la opción seleccionada ni extinguidos los derechos derivados del plan de pensiones por su sustitución por un contrato de seguro con otra entidad (arts. 1203, 1205 y 1257 CC).

## COMENTARIO

### I. LOS PLANES DE PENSIONES Y LAS MODALIDADES DE REEMBOLSO.

Una de las modalidades de planes de pensiones dentro del cuadro legal es el denominado sistema individual, caracterizado por ser el promotor “una o varias entidades de carácter financiero” (y no cualquier empresa, asociación o sindicato) y sus partícipes “cualesquiera personas físicas” (art. 4.1.c) Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, en adelante, LRPFP). La desvinculación de este tipo de planes de una base laboral o asociativa justifica una mayor necesidad de información a los partícipes y beneficiarios en su contratación (TAPIA HERMIDA, A.J.: “Transparencia exigible en los planes de pensiones individuales. La sentencia del Tribunal Supremo n.º 40/2019, *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, febrero 2019, <http://ajtapia.com/2019/02/transparencia-exigible-en-los-planes-de-pensiones-individuales-la-sentencia-del-tribunal-supremo-no-40-2019/>). La formación de un plan de pensiones individual tiene como finalidad principal la constitución de un capital mediante aportaciones periódicas a un fondo para obtener, con cargo al mismo, una serie de prestaciones

cuando ocurra la contingencia protegida (ej. jubilación). De este modo, los planes de pensiones individuales, en la medida en que son mecanismos de ahorro personal o individual, son instrumentos de previsión social de carácter voluntario y son productos financieros (GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A.: "Comentario al artículo 4.1.c)", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los planes y fondos de pensiones*, Comares, Granada, 2003, pp. 188 y ss.). Así se regulan también en el párrafo 9º de la EEMM del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones (en adelante, RPPF).

Las contribuciones y aportaciones a los planes de pensiones determinan para los partícipes unos derechos de contenido económico que se materializan en las prestaciones como resultado del acaecimiento de la contingencia cubierta. Estas prestaciones, siempre de carácter dinerario, pueden revestir diversas formas, siguiendo lo dispuesto en el art. 10.1 RPPF:

- Prestación en forma de capital, consistente en una percepción de pago único.

- Prestación en forma de renta, consistente en la percepción de dos o más pagos sucesivos con periodicidad regular. La prestación en forma de renta podrá configurarse como renta actuarial o bien como renta financiera. Además, especifica la norma que, "en caso de fallecimiento del beneficiario, las especificaciones podrán prever la reversión de la renta a otros beneficiarios previstos o designados".

- Prestaciones mixtas, que combinan rentas de cualquier tipo con un pago en forma de capital.

- Prestación flexible, si se trata de pagos sin periodicidad regular.

Dentro de estas modalidades de cobro, nos detendremos en este comentario en la prestación en forma de renta. Y, concretamente, en su modalidad de renta actuarial, también denominada renta asegurada. En la modalidad alternativa, la de renta financiera, el partícipe -ahora beneficiario- recibirá rentas que dependerán de la evolución del mercado bursátil pues los derechos consolidados siguen invertidos en el fondo de pensiones y evolucionan según su rentabilidad, que puede ser positiva o negativa. Al no haber una garantía, se percibirá la renta hasta la completa extinción de los derechos económicos, sin que el Plan de Pensiones asuma ningún riesgo actuarial. Por el contrario, en el caso de la modalidad de renta actuarial o asegurada, la contratación de un seguro es lo que ofrece una rentabilidad garantizada durante toda la duración convenida del cobro de la renta (temporal o vitalicia) pues ésta no depende de la evolución del mercado. Para formalizar esta modalidad de rescate del plan de pensiones es necesaria, por tanto, la contratación de un seguro para el que se destinan los derechos consolidados al pago de una prima única a una entidad

aseguradora a elección del promotor del Plan, quien actuará como tomador de esa póliza del contrato de seguro de vida.

## II. DEBERES DE INFORMACIÓN RESPECTO DE LOS PLANES DE PENSIONES.

Los partícipes de los planes de pensiones individuales, como hemos indicado en el epígrafe anterior, son “cualesquiera personas físicas” (arts. 3.1.b) y 4.1.c) LRPFP). Por otro lado, la finalidad de un plan de pensiones siempre va a ser personal o familiar (la formación de un patrimonio que ayude a hacer frente a necesidades futuras, principalmente, una vez acaecida la jubilación). Sumando ambos datos, podemos concluir que nos movemos en el ámbito de la contratación con consumidores, con todo lo que ello comporta en cuanto a mecanismos de protección al consumidor como parte débil del negocio jurídico.

Dentro de estas medidas de protección, como sabemos, se encuentran una serie de deberes de información con los que tienen que cumplir los empresarios ya en un momento previo a que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta. Se trata de evitar los problemas de malformación del consentimiento, permitiendo al consumidor conocer las cualidades de la prestación y comprender el alcance del compromiso que adquiere (CÁMARA LAPUENTE, S.: “Comentario al artículo 60”, en AA.VV., *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, p. 489). Así lo dispone, de manera general, el art. 60 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), exigiendo que el empresario facilite de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, y en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Aunque luego volveremos sobre ello, parece indiscutible que las características y consecuencias de las distintas modalidades de cobro de los derechos económicos por parte del partícipe de un plan de pensiones entran dentro de lo que la norma califica como “características principales del contrato” y “condiciones jurídicas y económicas”. Es decir, entra dentro de aquellas circunstancias sobre las que se debe proporcionar información.

Si, además, se trata de un contrato no negociado -como ocurre en el supuesto de hecho y en general, pues la contratación de planes de pensiones se hace habitualmente sobre clausulados predispuestos-, a estos deberes se añaden los requisitos del control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente recogidos en el art. 80 TRLGDCU (en el mismo sentido, arts. 5 y 7 Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación). De nuevo se incide en la necesidad de que las cláusulas sean concretas, claras y sencillas en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos que no se faciliten previa o simultáneamente y, por otro lado, accesibles y legibles.

Junto con estos deberes generales para todo consumidor, las normas sectoriales en materia de productos financieros inciden especialmente en la necesidad de transparencia en la contratación. Su creciente importancia se pone de manifiesto a lo largo de diversos textos: por una parte, en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (en la EEMM, IV: “En los mercados de capitales se refuerza la protección del inversor, impulsando normas de transparencia y reconociendo que la información es un bien de enorme valor”; en el art. 30 mediante la posibilidad de reclamaciones frente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por incumplimientos de la normativa de transparencia y protección de la clientela); por otra, en la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, norma que tiene que objetivo garantizar a los clientes de servicios financieros la información necesaria para tomar decisiones y comprender los riesgos asociados y en la que se incluyen los planes de pensiones individuales, según el art. 2.1.d) (EEMM, I: “La existencia de información veraz, suficiente y comprensible sobre los productos y servicios ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes constituye uno de los principios básicos del Derecho de los mercados financieros”).

Y, en todo caso, la propia regulación de los planes de pensiones tiene también presente la necesidad de potenciar la transparencia y los derechos y obligaciones de información a los partícipes y beneficiarios (EEMM RFPF, párrafo 9º). Transparencia concretada, en lo que aquí interesa, en la necesidad de que los planes de pensiones especifiquen la forma y condiciones de las prestaciones a las que tienen derecho los partícipes y beneficiarios: sus modalidades, posibles reversiones y grado de aseguramiento o garantía (art. 6.1.f) LRFPF, arts. 10.3 y 18 RFPF). Además del documento que contenga las especificaciones del plan de pensiones (condiciones generales), las entidades gestoras deben publicar un documento con los datos fundamentales para que el partícipe conozca las principales características y riesgos que comporta el producto, redactado “de forma objetiva, clara, precisa y en términos inequívocos, de modo que resulte de fácil comprensión por cualquier potencial partícipe” (art. 48.1 RFPF). Producida y comunicada la contingencia, señala el apartado 5 del art. 48, el beneficiario del plan de pensiones individual deberá recibir información apropiada sobre la prestación y sus posibles reversiones, sobre las opciones de cobro correspondientes, en su caso, y respecto del grado de garantía o del riesgo de cuenta del beneficiario.

Es decir, para que un partícipe en un plan de pensiones pueda tomar una decisión adecuada respecto de la modalidad de reembolso por la que opta acaecida la contingencia, debe hacerlo, lógicamente, a la vista de toda la información necesaria para poder valorar las ventajas y los riesgos asociados. No se trata de una decisión cualquiera, revistiendo, nos parece, tanta importancia como la propia contratación originaria del plan de pensiones en la medida en que se trata de recibir la prestación

de la que el partícipe es acreedor en la relación sinalagmática y como consecuencia de todas sus aportaciones previas.

### III. LA MODALIDAD DE RENTA ASEGURADA.

#### I. Formalización de la modalidad de renta asegurada.

El cumplimiento por parte de la entidad financiera de la opción de reembolso en forma de capital o de renta financiera supone, como habíamos dejado apuntado, la devolución -en una sola vez o a lo largo del tiempo- de los derechos consolidados en el plan por el partícipe, en la medida en que éstos sigan existiendo. Por contra, la modalidad de renta asegurada implica, necesariamente, la contratación de un nuevo negocio jurídico que garantice la percepción por el beneficiario de las rentas acordadas y durante el periodo de tiempo pactado. Se trata, éste, de un contrato de seguro de supervivencia con su propio contenido y regulación, concertado entre la entidad promotora del plan y la compañía aseguradora, en el que el partícipe se convierte en el asegurado (el momento de su fallecimiento puede determinar la extinción de la renta si es vitalicia o, según lo pactado, la entrada de otros beneficiarios).

La adhesión por parte del partícipe a este contrato de seguro supone una modificación contractual que tendría como consecuencia la extinción del negocio jurídico del plan de pensiones estrictamente hablando y su sustitución por otra relación obligatoria (contrato de seguro) así como el cambio a un nuevo deudor (la aseguradora). Sin embargo, la plena validez de esta modificación necesita de ciertos requisitos. La novación de una relación obligatoria, tanto si es objetiva como si es subjetiva desde el punto de vista de cambio del deudor, requiere del consentimiento de las partes. Así lo dispone expresamente, respecto de la novación subjetiva de deudor, el art. 1205 CC: la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo no puede hacerse "sin el consentimiento del acreedor", consentimiento que debe ser inequívoco, claro, preciso y contundente (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Comentario al artículo 1205", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES; P. DE PABLO; J. ORDUÑA, et. al.), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 506). Y lo mismo cabe decir respecto de las modificaciones objetivas que se puedan dar en cuanto al contenido de la relación obligatoria. Si no se presta este consentimiento, el acreedor (la parte que no ha participado en la modificación) no puede verse vinculado por el nuevo deudor ni por la modificación de las cláusulas originariamente pactadas.

Ésta es, precisamente, la cuestión principal objeto de análisis de la sentencia que nos ocupa: cuándo cabe entender producida la novación y, por tanto, vinculado el partícipe/beneficiario de un plan de pensiones a las estipulaciones del contrato de seguro formalizado por el promotor y que garantiza la renta a percibir. Esto es, si la entidad comercializadora de los planes de pensiones tiene deberes especiales



de información a su cargo -y, en su caso, cuáles son-. En este sentido, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo en los razonamientos jurídicos de la sentencia, no parece que sea válido para generar el efecto vinculatorio lo que podríamos denominar una aceptación meramente formal del partícipe que no esté precedida por una adecuada labor informativa de la entidad.

En el supuesto de hecho, el documento de solicitud de la prestación por el partícipe refleja su opción por una renta garantizada con periodicidad mensual, durante un periodo de quince años y con una reversibilidad del 100% a favor de su esposa. El mismo contenido tiene la carta enviada por la gestora al partícipe notificándole la ya formalización y condiciones del contrato de seguro. Solo en el documento que se adjunta en esta carta y que se corresponde con el certificado de la póliza de seguro emitido por la aseguradora se especifica que la renta se percibirá "mientras el asegurado viva y como máximo hasta la fecha de vencimiento indicado". También en ese mismo documento se indica, sin embargo, la reversión de la mujer en caso de fallecimiento del beneficiario principal y, por otro lado, se vuelve a hacer mención al orden de preferencia respecto de los beneficiarios (asegurado, cónyuge, hijos, herederos legales), a falta de designación expresa.

Ante estas circunstancias, el Tribunal Supremo entiende que a pesar de la firma de la carta donde se comunica la formalización del seguro (que no así la póliza misma) no podemos hablar de consentimiento prestado para la novación. Esta solución es la acertada, a nuestro juicio, tal y como pasaremos a exponer a continuación, atendiendo primero al supuesto de hecho concreto de la sentencia y desde una óptica más general en el último epígrafe.

En primer lugar, en los distintos documentos que formalizan el plan de pensiones entre la promotora y gestora y el partícipe -las "Especificaciones", los clausulados generales-, se hace referencia a un orden de prelación de beneficiarios para la contingencia de fallecimiento (cónyuge, hijos y padres, herederos testamentarios y legales). Aunque se menciona en la misma cláusula que, para el caso de renta asegurada, los beneficiarios serán los que haya previsto el asegurado al formalizar la correspondiente póliza de seguro, no parece que quede claro que una situación excluye a la otra y que no cabe aplicar el orden de prelación a los supuestos de renta asegurada cuando el beneficiario primitivo fallezca, una vez producida la contingencia de la jubilación. Como señala el Tribunal Supremo, no es razonable esperar que una persona no experta en planes de pensiones pueda deducir por sí misma, a partir de esa información, las consecuencias del fallecimiento del beneficiario mientras se está percibiendo la renta, que llegarían hasta el extremo de que "si al día siguiente de optar por la modalidad de cobro de renta asegurada durante quince años, fallecen en un accidente el beneficiario y la persona -en su caso, cónyuge- a favor de quien

se ha establecido la reversión, se extingue el derecho al cobro de la renta, es decir, la prestación propia del plan”.

Por otro lado, no es hasta la entrega del certificado de póliza de seguro cuando se hace constar de forma más evidente o destacada la limitación de beneficiarios para la reversión. Y, desde nuestro punto de vista, ni siquiera entonces de una manera clara: aunque conste en el cuadro de “Prestaciones garantizadas” que se recibirá la renta mensual “mientras el Asegurado viva”, después se señala a la mujer como sujeto beneficiario de un derecho de reversión en sustitución del principal, lo que ya da a entender que caben matizaciones a la restricción anterior. De ahí que, teniendo en cuenta que también en ese documento se enumera el orden de preferencia de los beneficiarios (asegurado, cónyuge, hijos, herederos legales), es una interpretación plausible entender que este orden de preferencia no está radicalmente excluido por el hecho de haber designado a un único sujeto. Más aún cuando el sujeto que aparece como beneficiario en la póliza es el Plan de pensiones y no el antiguo partícipe o su esposa, lo que genera cierta confusión (y puede llevar a pensar que la aseguradora le hace los pagos mensuales al Plan de pensiones y éste, a su vez, al beneficiario, lo cual todavía le dejaría en una mayor posición de tercero ajeno respecto del contrato de seguro por cuyo contenido no se ve afectado).

Además, y esto lo señala el Tribunal Supremo en sus razonamientos, la propia expresión de “renta asegurada”, “evoca la garantía proporcionada por la promotora y la gestora del plan de que la renta se va a cobrar durante el plazo de quince años”. Es decir, la denominación de la forma de reembolso parece reforzar la idea de que la renta se va a percibir en su integridad, sea por el beneficiario principal, sea por algún beneficiario sustituto.

Por todo ello, la firma del documento por el que la promotora comunica la formalización de un contrato de seguro (que no el de la póliza de seguro) después de la expresión “Conozco y acepto que esta elección es inmodificable. Recibida y conforme”, no es una expresión del consentimiento para adherirse al seguro ya concertado ni es eficaz para modificar las condiciones de la opción por una renta garantizada durante quince años, como señala el órgano jurisdiccional.

## **2. Información debida en la modalidad de renta asegurada.**

Así las cosas, el problema radica en una cuestión de falta de información clara respecto de un aspecto esencial en la dinámica del contrato de un plan de pensiones. Como apuntábamos al inicio, el fundamento por el que un partícipe se obliga a entregar aportaciones durante un largo periodo de tiempo es el convencimiento de estar formando un patrimonio que después le será reintegrado (con las posibles oscilaciones derivadas de la evolución del fondo de pensiones hasta el momento en el que acontezca la contingencia). Por tanto, las cláusulas que afectan a este derecho

de reembolso de los derechos consolidados deben ser objeto de una especial transparencia. Más todavía si son cláusulas que suponen una potencial limitación o alteración importante de la prestación que recibe una de las dos partes de un contrato sinalagmático. Y esto ocurre especialmente respecto de la modalidad de renta asegurada. No se trata aquí de una cláusula que regule el mero modo de recibir los derechos consolidados (ej. cada X meses). Una limitación respecto de los beneficiarios sustitutos, asociada frecuentemente con la renta asegurada (pues las aseguradoras tienen en cuenta la edad del beneficiario principal y, en su caso, del sustituto, para sus cálculos actuariales acerca del importe a garantizar), afecta a la propia cuantía que recibe como contraprestación el partícipe. No es, por tanto, una simple cláusula que atañe al modo o forma de reintegrar los derechos consolidados, sino que incide directamente en el contenido de la prestación.

Estas cláusulas no suponen, en sí mismas, un problema. Cada modalidad de prestación tiene sus ventajas e inconvenientes: la garantizada, por ejemplo, comporta -en principio- una seguridad respecto de los pagos a recibir mientras que en la financiera el beneficiario se ve afectado por los posibles vaivenes del mercado. Sí es, sin embargo, un problema el hecho de que no se hayan transmitido convenientemente estos riesgos -insistimos, que afectan directamente a una de las dos prestaciones principales del contrato- al otro contratante. Y lo es porque impide la posibilidad real de comparar y adoptar una decisión con pleno conocimiento respecto de una cuestión esencial. Dada la dinámica de funcionamiento del contrato de plan de pensiones, la entidad debe proporcionar información adecuada no solo en el momento inicial de contratación del producto, sino también en el momento en el que acontece la contingencia, pues es en ese segundo momento cuando debe el partícipe tomar otra decisión, tan importante como la propia de contratar, que es cómo recibir su prestación. Aquí deben aplicarse las mismas reglas de información, especialmente si la opción implica modificaciones sustanciales.

El común denominador a los deberes de información en materia de consumidores, en general, y en contratación de planes de pensiones, en particular, es la idea de que el beneficiario debe poder comprender lo que va a firmar, las potenciales consecuencias prácticas en el contrato para que éste le vincule. Así, como sabemos, se exige respecto del cliente de productos financieros, la información "necesaria" para garantizar la toma de decisiones y para comprender los riesgos asociados al producto financiero (Orden ECC/2316/2015) y, ya concretamente en el ámbito de los planes de pensiones, información "apropiada" sobre la prestación, reversiones, opciones de cobro, grado de garantía o riesgo por cuenta del beneficiario (RFPPF).

Una aceptación meramente formal por parte del sujeto mediante su firma no tendría efectos si no ha podido debidamente conocer y comprender el alcance de lo que firma, esto es, si no ha podido tenerlo en cuenta en su valoración para

la toma de la decisión. Y esta idea es la que aplica de forma genérica el Tribunal Supremo para afirmar que la firma de la notificación de la formalización del seguro no tiene "la virtualidad de extinguir los derechos derivados del plan" y procede entender, por el contrario que, "de acuerdo con la información suministrada en las especificaciones del plan y en la solicitud suscrita [...] en el momento de la jubilación" el derecho a cobrar la renta se extinguía en la fecha final claramente indicada, sin que el fallecimiento de la beneficiaria sustituta extinguiese del derecho de cobro, que pasaba a sus herederas. A la falta de una expresión clara e inequívoca de la importante limitación que comportaba la opción de la renta asegurada se suma la ausencia de prueba de unas adecuadas explicaciones por parte de la entidad que hicieran comprensibles para un sujeto no experto las implicaciones.

El mismo razonamiento, pero a la inversa, lo encontramos en un supuesto de hecho similar recogido en la STS 12 junio 2008 (RJ 2009, 1). En los fundamentos jurídicos de la resolución se acepta como válida para producir la novación -esta vez sí- la firma de una póliza de seguro de rentas por el partícipe/beneficiario. Los argumentos para alcanzar esta solución se basan en dos aspectos: por un lado, en la sencilla redacción y fácil comprensión de la cláusula incluida en diversos puntos del certificado individual de seguro de rentas ("durante el periodo de tiempo determinado en el certificado, si vive el asegurado", "por los plazos y cuantías que aquí se detallan, siempre y cuando permanezca con vida el asegurado"); por otro, en la formación del contratante (estudios superiores) y su probado y previo asesoramiento en materia fiscal, que parece incompatible con no haber entendido los efectos de la firma de dicho certificado individual de seguro ("impiden cualquier duda de su capacidad de entender y querer a efectos de ligarse contractualmente"). Demostrada la posibilidad razonable de conocer y entender las implicaciones de la cláusula, la aceptación es plenamente válida.

¿Cómo tendrían las entidades promotoras de planes de pensiones que dar a conocer las características y riesgos de la opción de reembolso mediante renta asegurada? A la vista del razonamiento del Tribunal Supremo podemos extraer algunas breves ideas:

- No parece que una mera y escueta mención de las limitaciones en el certificado de póliza de seguro sea garantía, por sí sola, de cumplimiento de la transparencia debida. No lo será, desde luego, si presenta contradicciones con otras estipulaciones -en el mismo u otros documentos- o una interpretación ambigua y si no está suficientemente destacada en proporción a la importancia que tiene.

- La llamada de atención del Tribunal Supremo a la necesidad de advertencia acerca de las consecuencias de la limitación de beneficiarios en casos extremos (ej. fallecimiento de beneficiario principal y sustituto en un accidente al día siguiente de optar por la renta asegurada, estando limitados los posibles beneficiarios de la

reversión), nos recuerda al contenido del control de transparencia material de las cláusulas predispuestas que forman parte del objeto principal del contrato, aplicado principalmente hasta ahora a contratos de préstamo hipotecario. El partícipe debe tener la información suficiente para estar en condiciones “de tomar decisiones fundadas y prudentes”, de tal modo que no solo sepa que existe una limitación en cuanto a los posibles beneficiarios sino todas las consecuencias, “potencialmente significativas”, que asume en ese sentido (con la debida adaptación, se trata del razonamiento del TJUE en su sentencia de 20 septiembre 2017, Caso *Andriiciuc* (TJCE 2017, I 71), analizada, junto con el deber de transparencia material en general, en MATO PACÍN, M. N.: “Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el Ordenamiento Jurídico español”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, pp. 190 y ss.). Es decir, es necesario que el partícipe comprenda que puede darse el caso de que solo perciba él o sus familiares una pequeña parte de la renta asegurada. Quizás, extrapolando a este supuesto lo dicho ampliamente en los pasados años respecto de otras cláusulas, podría ser pertinente en algunos casos una alusión a los distintos posibles escenarios (ej. distintos momentos de fallecimiento del beneficiario principal/sustituto) para que el partícipe/beneficiario pueda tomar una decisión consciente de todas las consecuencias.

- La referencia que se toma para valorar la adecuación y suficiencia de la información es, tradicionalmente, la de un consumidor medio, sin especial experiencia o formación en la materia ni asesoramiento (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentario al artículo 80”, en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1063-1064). Es decir, que a la vista de la forma en la que se ha contratado, no parezca factible deducir que un sujeto, “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos (STJUE 20 septiembre 2017, Caso *Andriiciuc* (TJCE 2017, I 71)) ha podido realmente comprender las potenciales consecuencias de lo que estaba aceptando.

Esto no obsta para que, en el supuesto concreto, pueda valorarse el perfil del contratante concreto si resulta relevante (como ocurre en la STS 12 junio 2008 (RJ 2009, I)).

De todo lo hasta aquí dicho, recapitulando y precisando un poco más que el Tribunal Supremo -que habla de una genérica falta de consentimiento eficaz-, ¿dónde se encuadra, pues, esta falta de consentimiento del partícipe del plan de pensiones o, correlativamente, la actuación de las entidades promotora y gestora de los planes de pensiones?

Partiendo de la hipótesis de que no se ha producido una novación y que son la promotora y la gestora las que siguen vinculadas jurídicamente con el partícipe/beneficiarios sustitutos, cabría acudir, por un lado, a la falta de información precontractual anteriormente aludida (art. 60 TRLGDCU, que exige una información clara, comprensible y suficiente para que el consumidor quede vinculado). Aunque nos encontramos ya en el momento de la ejecución del contrato y no en uno previo a él, se podría decir que, como hemos apuntado a lo largo del trabajo, la peculiar configuración del negocio jurídico del plan de pensiones hace necesaria esta información en dos momentos clave y no solo al inicio de la relación obligatoria como en otros contratos. Así lo señala expresamente el art. 48.5 RPPF, respecto de la información a proporcionar una vez producida y comunicada la contingencia. Aunque no se asumiera esta última idea, se puede afirmar que, en todo caso, no se dio la información apropiada respecto de las características principales del contrato y sus condiciones jurídicas y económicas en el momento de la contratación.

¿Cuál es la consecuencia, en su caso, de la falta de esta información clara y comprensible del art. 60 TRLGDCU? Se entiende de aplicación el art. 65 TRLGDCU, que recurre a la buena fe objetiva para integrar el contrato en las cuestiones sobre las que se ha omitido información relevante (acerca de este artículo, CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 65", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 579 y ss.). En este caso, la buena fe objetiva llevaría a no aplicar la limitación de los beneficiarios sustitutos pues es lo que razonablemente, a falta de información adecuada y teniendo en cuenta las menciones equívocas en los documentos a un orden de prelación que incluye a los herederos, esperaría el partícipe que opta por una renta "asegurada".

Incluso aunque se considerara producida la novación y vinculante para el partícipe el contrato de seguro formalizado entre el promotor del plan de pensiones (tomador) y la aseguradora, cabría aplicar este mismo argumento de la falta de información precontractual respecto de aquellos aspectos del contrato de seguro sobre los que no se hubiera informado, de tal forma que el partícipe no estaría sujeto a ellos a pesar de la vigencia, en su caso, del contrato en sí.

Por otro lado, y dentro del ámbito de la regulación de las cláusulas no negociadas, como también se ha indicado ya, algunos razonamientos de la resolución nos recuerdan, más que a un problema de falta de incorporación meramente formal de las mismas, al contenido del control de transparencia material aplicable a las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993). Reiteramos que cláusulas que pueden afectar directamente a la cuantía de la prestación a recibir por el partícipe –como lo hace la limitación de los beneficiarios sustitutos– podrían tener esta naturaleza y, de ser predispuestas

(impuestas y no negociadas), cabría su sujeción al control de transparencia material. Como sabemos, las cláusulas que no superen este control no podrían ser opuestas al consumidor/partícipe. Por lo tanto, el hecho de que, por ejemplo, exista una cláusula en las Especificaciones (clausulado general) de los planes de pensiones en la que se mencione que, en el caso de optar por la renta asegurada, los beneficiarios serían exclusivamente los previstos por el asegurado al formalizar la correspondiente póliza de seguro, o bien referencias equívocas a esta limitación en otros documentos, no es argumento, por sí solo, para que el partícipe se vea vinculado por ellas si la información recibida no garantiza su conocimiento efectivo ni la posibilidad de realizar una comparativa para elegir entre las distintas opciones existentes (sobre el fundamento de este control, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Comentario al artículo 82", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 726 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLchez, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 24 y ss.).

## BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 60", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 483-510.

CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario al artículo 65", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 579-586.

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A.: "Comentario al artículo 4.1.c)", en AA.VV.: *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los planes y fondos de pensiones*, Comares, Granada, 2003, pp. 175-210.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: "Comentario al artículo 80", en AA.VV.: *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* (coord. por R. BERCOVITZ), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 1027-1084.

MATO PACÍN, M. N.: "Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el Ordenamiento Jurídico español", *Revista Boliviana de Derecho*, 2019, núm. 27, pp. 188-219.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: "Comentario al artículo 82", en AA.VV.: *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir. por S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2011, pp. 711-753.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Comentario al artículo 1205", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES; P. DE PABLO; J. ORDUÑA, et. al.), Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 504-508.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

TAPIA HERMIDA, A.J.: "Transparencia exigible en los planes de pensiones individuales. La sentencia del Tribunal Supremo nº. 40/2019, *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, febrero 2019, <http://ajtapia.com/2019/02/transparencia-exigible-en-los-planes-de-pensiones-individuales-la-sentencia-del-tribunal-supremo-no-40-2019/>





INSTITUCIÓN HEREDITARIA EN FAVOR DEL CÓNYUGE Y  
ULTERIOR DIVORCIO. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA Nº  
539/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE (CENDOJ: ROJ STS 3263/2018)\*

*HEREDITARY INSTITUTION IN FAVOR OF THE SPOUSE AND  
FURTHER DIVORCE. COMMENT ON STS NO. 539/2018, OF  
SEPTEMBER 28 (CENDOJ: ROJ STS 3263/2018)*

*Rev. Boliv. de Derecho Nº 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 498-513*

\* Este trabajo se enmarca en el ámbito del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC ITI 239-19, del que es investigador principal el Dr. Jacinto Gil Rodríguez.



Gorka  
GALICIA  
AIZPURUA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 18 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza críticamente la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs 531/2018, de 26 de septiembre, y 539/2018, de 28 de septiembre, por la que se considera que devienen automáticamente ineficaces las instituciones hereditarias y los legados dispuestos en favor del cónyuge o pareja de hecho cuando el beneficiario deje de serlo ulteriormente y aunque el testador no haya supeditado de manera expresa la eficacia de la disposición mortis causa a la subsistencia, al instante de la apertura de la sucesión, del vínculo en cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** Testamento; interpretación; integración; causa falsa; analogía.

**ABSTRACT:** *This paper seeks to provide a critical analysis of the case-law established by the Spanish Supreme Court judgments 531/2018, of September 26, and 539/2018, of September 28. Both of them consider that the institution of heirs and legacies in favour of the spouse or unmarried partner become automatically ineffective when the beneficiary ceases to be that, even if the testator has not expressly subordinated the effectiveness of the disposition mortis causa to the subsistence of the marriage or relationship at the time of the opening of the succession.*

**KEY WORDS:** *Will; interpretation; integration; false cause; analogy.*

**SUMARIO.-** COMENTARIO: I. UNA RECURRENTE POLÉMICA Y DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: 539/2018 Y 531/2018.- II. EL DILEMA Y SUS CONTORNOS.- III. EL ARTÍCULO 767.I CC Y SU APLICACIÓN ANALÓGICA AL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 539/2018: CONSIDERACIONES CRÍTICAS.- IV. LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN Y A LA INTEGRACIÓN TESTAMENTARIAS.- V.A MODO DE COROLARIO.

## SUPUESTO DE HECHO

Gracia y Esteban contraen matrimonio el 1 de julio de 1967. El 6 de abril de 1972 Gracia otorga testamento en el que «Instituye por su único y universal heredero a su esposo Don Esteban, de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros». El 26 de mayo de 1994, el matrimonio queda disuelto por divorcio. Gracia fallece el 2 de febrero de 2011 sin haber revocado el testamento. Una vez abierta la sucesión, Consuelo, hermana de Gracia, interpone demanda contra Esteban solicitando la declaración de ineficacia de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada de la causante. La demanda se fundamenta en el art. 767 CC, y en ella se arguye que dicha institución estaba en todo caso condicionada a que el favorecido fuera esposo de la causante al abrirse la sucesión.

El juzgado desestima la demanda en sentencia de fecha 22 de diciembre de 2014, sentencia que es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia mediante resolución dictada el 20 de enero de 2016 (CENDOJ: SAPV 1083/2016).

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El empleo por la testadora del término “esposo” para referirse al heredero instituido no puede considerarse como un simple medio de identificación del favorecido, sino como un término que revela el motivo por el cual le instituyó. De este modo, al tratarse de un móvil determinante de la disposición, una vez que se produjo el divorcio tras el otorgamiento del testamento, quedó privada de la razón para su existencia, deviniendo ineficaz al instante de la apertura de la sucesión. Tal conclusión encuentra su fundamento en el párrafo primero del art. 767 CC, que, aunque referido a un supuesto distinto, debe aplicarse a aquellas hipótesis, como la

### • Gorka Galicia Aizpurua

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa. Licenciado y doctor en Derecho por la UPV/EHU. Ha dirigido y ha sido partícipe en diversos contratos y proyectos de I+D, tanto estatales como autonómicos. Su campo de investigación se centra preferentemente en el Derecho civil patrimonial en general: obligaciones, contratos, garantías, derechos reales, sucesiones. ORCID ID: 0000-0002-4836-5864. Correo electrónico: gorka.galicia@ehu.es

presente, en las que el testador no haya previsto una posible variación sobrevenida de las circunstancias que tuvo en cuenta al momento de testar.

Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.I CC, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

## COMENTARIO

### I. UNA RECURRENTE POLÉMICA Y DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO: 539/2018 Y 531/2018

La resolución objeto del presente comentario se ocupa de una cuestión recurrente en el ámbito de las sucesiones por causa de muerte regidas por el Código civil español, a saber, la de si las instituciones hereditarias o legados hechos *nominatim* en favor del cónyuge o pareja del testador deben o no conservar su eficacia a la vista del divorcio o la separación posteriores cuando el testamento no contenga ninguna previsión al respecto.

La cuestión es, como se acaba de indicar, recurrente, porque en el ámbito del Derecho estatal falta una norma ad hoc que establezca cuál sea la solución a seguir en estos supuestos, a diferencia de lo que acontece en la mayor parte de los Derechos civiles autonómicos (a salvo el balear). En efecto, los arts. 422-13 del Código Civil de Cataluña, 208 de la Ley de Derecho civil de Galicia, 438 del Código del Derecho Foral de Aragón, 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra y 28.3 de la Ley de Derecho Civil Vasco establecen el decaimiento de las disposiciones sucesorias hechas en favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable si, después de otorgadas, acaece una crisis matrimonial o se produce la separación o extinción de la unión; e incluso en algunos casos el remedio se hace extensivo a aquellas hipótesis en las que al momento de la muerte haya pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, excepto que exista reconciliación. También algunos ordenamientos extranjeros establecen expresamente esa misma suerte para las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, tales como el alemán (parágrafo 2077 del BGB), el portugués (art. 2317.d del Código Civil) o el inglés (sección 18.A de la *Will Act*).

La STS a la que alude el rótulo salva la denunciada laguna normativa mediante la aplicación analógica del art. 767.I CC “dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto”, y

con base en él sostiene la ineficacia sobrevenida de la institución hereditaria hecha en el caso de autos por la testadora en beneficio de quien era su esposo al instante del otorgamiento y del que, sin embargo, acabó divorciándose después. Enseguida se analizará la bondad de esta solución. Pero lo que interesa resaltar ahora es que esta doctrina tiene en realidad su precedente inmediato en la temporalmente contigua STS 531/2018, de 26 de septiembre (CENDOJ: ROJ STS 3378/2018), de la que es también ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

Esta otra resolución versa sobre idéntica cuestión, si bien referida esta vez a un legado dispuesto en favor de quien era pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento, pero que ya no lo era cuando falleció aquel. Con mayor exactitud, en este otro supuesto el causante había otorgado un testamento abierto el 7 de agosto de 2008 en cuya cláusula primera legaba “a su pareja D.<sup>a</sup> Cecilia, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros”, mientras que en la segunda instituía herederos por partes iguales a sus dos hijos. Tras el óbito del *de cuius* en octubre de 2011, la beneficiaria del legado interpuso demanda contra los herederos reclamándoles su pago, a lo que estos se opusieron con apoyo en el argumento de que causante y legataria habían dejado de ser pareja y que la manda se hizo precisamente en razón del vínculo que les unía, por lo que, extinguida la relación, resultaba ineficaz. Así, formularon demanda reconventional solicitando la declaración de ineficacia de la disposición. Pues bien, en la citada STS 531/2018 el Alto Tribunal sostiene igualmente que el empleo por el testador de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante “no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a «su pareja» revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión”. Así ha de concluirse a la vista del art. 767.I CC -asevera el Tribunal Supremo-, precepto que, ante la ausencia de una norma de integración de la voluntad mortis causa del *de cuius* que contemple esta concreta imprevisión, ha de aplicarse por identidad de *ratio*. “Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz”. No constituye óbice a este razonamiento la literalidad del art. 767, en el que se exige la “expresión” del motivo de la disposición, pues, comoquiera que la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador (art. 675 CC), es posible deducir dicho móvil y su carácter determinante con apoyo en

el tenor del testamento, “en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja”.

## II. EL DILEMA Y SUS CONTORNOS.

En verdad, el dilema que plantea el supuesto de hecho de ambas sentencias es muy simple y, sin embargo, endiabladamente complicado de resolver en el plano jurídico, en ausencia de una solución normativa expresa. La alternativa es muy sencilla, y se cifra en dilucidar si se está o no ante un caso de imprevisión del testador; o, lo que es igual, si se está o no ante una laguna en la declaración de su voluntad testamentaria. Dicho de otro modo: caso de que el testador no hubiese condicionado en alguna forma la eficacia de la atribución mortis causa hecha en favor de su cónyuge o pareja a la subsistencia del vínculo al instante de la apertura de la sucesión y hubiese permanecido inactivo no obstante la separación o el divorcio preservándose incólume el testamento que la contiene, ¿cómo ha valorarse su silencio? Si se entiende que lo que hay es una tal imprevisión, existirá una laguna en la declaración respecto de la que, como paso ulterior, habrá de determinarse si es susceptible o no de integración por el intérprete; si, por el contrario, se estima que no la hay, no habrá vacío alguno que colmar y la disposición será por completo eficaz.

A este respecto, lo primero que conviene subrayar es que, hoy, constituye pacífica opinión doctrinal y jurisprudencial la de que el testamento es, en efecto, un negocio perfectamente integrable. Ni su carácter formal y solemne (art. 687 CC), ni su configuración normativa dentro del Código como negocio personalísimo (art. 670) excluyen la posibilidad de extender la voluntad declarada en él a puntos no previstos expresamente por el testador en el momento de su confección. El único límite a respetar consiste precisamente en seguir la senda volitiva trazada por el testador en su declaración, de manera que no se descuide el principio que rige siempre su interpretación a tenor del art. 675 CC. El principio *voluntas est spectanda* se impone también en este caso, o sea, en la actividad de colmar aquellas lagunas, de suerte que el intérprete debe porfiar en la misma dirección psicológica o subjetiva de la tarea interpretativa reconstruyendo la presumible voluntad del disponente: “aquella voluntad virtual que, con base en la propia voluntad real y línea de pensamiento, hay que suponer se habría formado el disponente si se hubiera propuesto la hipótesis no prevista”. Se trata, por tanto, de aplicarle el mismo régimen que el testador le habría aplicado, especialmente por lo que se refiere a la regulación de las circunstancias supervenientes que guarden relación con sus cláusulas (JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999, pp. 114 y 115). El objetivo es evitar que el cambio sobrevenido de estas, que el testador no pudo o no supo prever, frustre los fines que pretendía conseguir. Pues por medio de la integración se readecuan los medios que él ordenó para obtener la finalidad que perseguía de acuerdo con la que se estima sería su voluntad; es decir, se recrea su

voluntad *virtual* o *hipotética*: "cómo habría testado, en atención al fin declarado, de conocer que las circunstancias fácticas en la realidad serían otras distintas de las que él había contemplado". Pero no por virtual o hipotética es una voluntad menos testamentaria, ya que se halla incluida en el testamento al deducirse necesariamente de otra que sí se halla expresada. "Y esta otra voluntad explícita en el testamento es el fin que el testador, con mayor o menor claridad, ha manifestado perseguir" (VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008, pp. 108 a 110).

En cualquier caso, la doctrina precisa que la que se integra es la voluntad que el causante tenía al instante del otorgamiento del testamento, sin que, sin embargo, sea posible por esta vía dar entrada a una voluntad posterior suya, por muy probada que esté: atendido el carácter solemne del negocio, los cambios de opinión ulteriores son jurídicamente irrelevantes si no se manifiestan conforme a los rigores formales que impone el ordenamiento. O sea: los cambios que su voluntad sufra después no pueden valer ni como medio interpretativo del testamento ni como negocio mortis causa en tanto no revistan la forma exigida (JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento*, cit., pp. 109 a 113 y 124 a 131). Lo que se busca es descubrir la voluntad hipotética del testador; sí, pero la que tenía al momento de emitir su declaración de voluntad (VAQUER ALOY, A.: *La interpretación*, cit., p. 111). De donde, como afirma la STS 531/2018, la ineficacia de la disposición de que se trate, deducida u obtenida a través de la interpretación integradora, nunca derivaría de una suerte de revocación tácita o presunción de revocación, pues esta, por definición, es posterior al testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. Lo que ha de averiguarse no es qué habría querido el testador al momento de su fallecimiento, es decir, si, en el caso que nos ocupa, era o no su voluntad mantener la disposición en favor de su ex cónyuge o ex pareja, sino si habría querido, *al otorgar el acto*, que el beneficiario heredara o recibiera el legado no obstante la variación de circunstancias, es decir, a pesar de la separación, el divorcio o la nulidad ulteriores (GONZÁLEZ ACEBES, B.: *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 68).

Ya conocemos cuál es la respuesta del Tribunal Supremo a este interrogante: no debe recibir nada al ser aquella cualidad del sujeto el móvil determinante de la disposición, con lo que cabe presuponer que la hipotética voluntad del testador al instante de otorgar el testamento era la de que no sucediera en caso de insubsistencia del vínculo conyugal o fáctico, idea que encuentra apoyo textual en el empleo de expresiones tales como la de "esposo" o "pareja" para aludir al favorecido. Además, no existe en el Código vacío normativo a este respecto, puesto que la solución se sostiene con base en la aplicación analógica del art. 767.I CC.

A continuación se examinará esta tesis jurisprudencial, empezando por este último extremo.



### III. EL ARTÍCULO 767.I CCY SU APLICACIÓN ANALÓGICA AL SUPUESTO DE HECHO DE LA STS 539/2018: CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

De modo similar a lo que previeran el Derecho romano (Digesto 35, I, 72, 6) y las Partidas (ley XX, título IX, sexta Partida), el art. 767.I CC acoge el principio *falsa causa non nocet*, en virtud del cual el señalamiento por el testador del motivo que le impulsó a designar al heredero (o legatario) se tendrá por no puesto si finalmente resultara ser incierto. Por tanto, se salva de la nulidad la expresión de la voluntad *mortis causa*, presumiendo que la alusión a los móviles es simplemente anecdótica y no sustancial: “pues no es menos cierto que el testador ha querido hacer el legado [o la institución], y no se puede concluir que por expresar el motivo que le llevó a establecerlo quiso supeditar su eficacia a la veracidad de tal motivo como si se tratara de una condición, salvo que así se justifique” (POTHIER, E. J.: *Traité des obligations*, en la colección *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition publiée par M. Siffrein*, t. I, 1821, pp. 95 y 96).

Nótese que la regla general se mantiene siempre que la causa errónea de que se trate no sea determinante o esencial, y que únicamente si se acredita que el error influyó en la formación de la voluntad de un modo tal que llegó a determinar por sí solo el acto de volición, la institución o el legado serán inválidos. Este sería el caso, verbigracia, de quien instituye a una persona *porque* es su hijo o *porque* le salvó la vida. En cambio, no sería esencial, por ejemplo, la simple mención de la condición de hijo extramatrimonial del instituido aun cuando el reconocimiento se anulara más tarde (STS 10 febrero 1942 –RAJ 1942, 169-), pues de ella no se colige necesariamente que el testador hubiera dejado de realizar la atribución de haber podido conocer dicha nulidad o la inexistencia de la filiación natural que le sirvió de base. En cualquier caso, es necesario igualmente que la esencialidad del motivo erróneo resulte en algún modo del propio testamento, o, al menos, que de la expresión del testador quepa deducir en alguna manera la existencia de una íntima imbricación entre la institución o el legado y la cualidad, el acontecimiento, etc. aludidos. Semejante exigencia tiene un fundamento lógico y obvio, cual es el de evitar peligrosas especulaciones acerca de la voluntad del testador y de lo que quiso y hubiera podido no querer de haber conocido la realidad de las cosas (ALBALADEJO GARCÍA, M.: “De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias”, *Estudios de Derecho civil*, Bosch, 1951, p. 482). Condice, además, con el formalismo y el carácter unilateral del negocio testamentario. De todos modos, la mayor parte de la doctrina entiende que esta previsión del art. 767 CC no impide el recurso a la prueba extrínseca, pues una cosa es –se dice– que el error padecido por el testador necesariamente haya de tener reflejo testamentario (de forma que quede patente su integración en el contenido del acto de última voluntad) y otra, que se exija la expresión directa del error o la indicación explícita de su fuerza esencialmente motivante o determinante: aquello primero –se concluye– sí viene impuesto por

el precepto; no así lo segundo, para lo que cabe acudir a las reglas generales de interpretación testamentaria ex art. 675 CC (GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario al artículo 767.I", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo, t. X, vol. I.º, EDERSA, 1987, pp. 347 a 350; JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento*, cit., p. 68; GÓMEZ CALLE, E.: "Comentario al artículo 767", en *Código Civil comentado*, dir. por Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña y Rosario Valpuesta, vol. II, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., 2016, p. 674).

Ahora bien, es obvio que la "causa" del art. 767 CC consiste en hechos presentes o pasados, y que la norma no piensa en absoluto en las intenciones para el porvenir ni, en consecuencia, en las imprevisiones del testador: obsérvese que el precepto habla de causa "verdadera", la cual, para serlo, ha de consistir en un acontecimiento ya ocurrido, una cualidad ya existente, etc., pues, si ha de sobrevenir, no puede decirse *actualmente* que la causa sea verdadera ni falsa (LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil*, vol. V: *Derecho de sucesiones*, Bosch, 1981, p. 252). Sin embargo, algunos autores y, como se acaba de ver, el Tribunal Supremo, no descartan la aplicación analógica de la norma a estos otros supuestos, con lo que también sería posible declarar la ineficacia de aquellas disposiciones que el causante hubiera podido otorgar guiado o, mejor, *determinado* por una concreta presuposición acerca del futuro, disposiciones que no hubiera realizado de haber sabido, en aquel tiempo, cómo se iban a desarrollar los acontecimientos (GÓMEZ CALLE, E.: "Comentario al artículo 767", cit., p. 673; GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario al artículo 767.I", cit., pp. 342 y 343). Y así señaladamente en el caso del legado o de la institución hechos en favor del cónyuge o pareja sin imaginar la crisis ulterior.

Pero ¿es en verdad pertinente dicha aplicación analógica o extensiva? Recuérdese que la analogía constituye un método de integración de la norma por el que se incorpora al supuesto de hecho de la ley un caso que naturalmente no se encuentra incluido en ella, operación que solo es procedente, a tenor del art. 4.1 CC, cuando exista semejanza entre el supuesto de hecho regulado y aquel que está ayuno de previsión normativa. En otras palabras, debe existir identidad de razón entre ambos, de forma que presenten iguales merecimientos para de esta guisa quedar sometidos a idéntica consecuencia jurídica.

Pues bien, en mi opinión, no concurre entre las hipótesis vistas dicha identidad de *ratio*; y no concurre porque el art. 767.I CC piensa en un supuesto de voluntad *viciada* y, por ende, irregularmente formada, caso que no lo es el de simple imprevisión por parte del testador. O sea, dicho precepto toma en consideración un supuesto en el que el causante ha emitido una declaración a partir de un defectuoso conocimiento de la realidad: él creía que concurría un concreto supuesto que hacía al beneficiario merecedor de la disposición *mortis causa*, supuesto que, sin embargo, falta realmente. Luego su voluntad no se ha forjado correctamente en el

nivel interno: concurre un error vicio. Es cierto que la previsión de circunstancias futuras puede modular los deseos del testador en igual medida que las presentes o pasadas, de manera que su intervención en el proceso de formación de la voluntad se refleje en el testamento con igual certeza y seguridad que las representaciones relativas a hechos actuales o pretéritos (en este sentido, GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario al artículo 767.I", cit., pp. 342 y 343); así, en particular, por medio de ciertos elementos accidentales como el modo o la condición. Pero es igualmente verdad que los hechos futuros no pueden ser, en ningún caso, objeto de errónea representación, pues, al comportar el error un falso conocimiento de la realidad, el ámbito material de este vicio queda constreñido a circunstancias actuales o pasadas, quedando excluidas las que puedan acaecer en el futuro. De donde en los casos de imprevisión por el testador no existe, al contrario que en los anteriores, tara alguna en la formación de su consentimiento.

Es más: nótese cómo estas mismas consideraciones llevan inexorablemente a aplicar diferentes consecuencias jurídicas a cada uno de ambos supuestos, lo que refuerza la idea de la impertinencia del recurso al remedio analógico. En efecto, aunque el art. 767 no establezca qué consecuencia haya de seguirse de la apreciación de una causa falsa determinante, la doctrina considera que la disposición afectada por el error vicio deberá reputarse irremediabilmente *inválida*, si bien se discute cuál sea el concreto régimen de invalidez aplicable. En favor de la nulidad absoluta se ha invocado, ya la letra del art. 673 CC, ya la llamativa ausencia de regulación en esta sede de aspectos tales como la legitimación activa o los plazos de impugnación (cuando con tanto detalle se regulan respecto de los contratos -vid. GÓMEZ CALLE, E.: "Comentario al artículo 767", cit., p. 674-). Pero quizás resulte más ajustada su subsunción en la disciplina de la anulabilidad atendido lo dispuesto en el art. 1301. IV CC, cuya "causa falsa" también consiste en un error en los motivos (esta vez, de aquellos que indujeron a las partes a contratar: GALICIA AIZPURUA, G.: "Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, julio 2018, pp. 166 y ss.). Sea de esto lo que fuere, lo cierto y verdad, repito, es que la *communis opinio* asevera que la hipótesis subsumida en el art. 767.I es una hipótesis de invalidez, conclusión que solo puede hallar sustento en aquella defectuosa formación de la voluntad del *de cuius* y en la concurrencia del dicho vicio. En cambio, cuando, en lugar de hechos pasados o presentes, el testador haya contemplado ciertas circunstancias futuras como elemento determinante de la disposición, el que estas no lleguen a materializarse no significa que la misma se halle inficionada de irregularidad alguna: lo único que pasa es que el diseño trazado por el causante ya no podrá verificarse tal cual fue imaginado por él. Por tanto, no es procedente preguntarse por la validez o la invalidez de la disposición, y sí solo, y *ex post*, por la eficacia de una disposición *plenamente válida*. Mas para dilucidar si la tiene o no, es de todo punto improcedente apelar al art. 767.I CC so pretexto de que en él se da (también) relevancia al hecho de que

el testador yerra sobre un hecho pasado o presente que le sirvió de motivo para disponer: así lo hace el precepto, pero porque se está ante una voluntad *viciada* que ha de provocar el decaimiento de la disposición al tener un carácter determinante respecto de la misma. Dicho de otro modo: el ordenamiento reacciona (se ve forzado a reaccionar) frente a una anomalía que afecta al acto jurídico en su misma génesis. Por el contrario, en los supuestos de imprevisión del testador se está ante una voluntad formada en modo completamente regular aunque “incompleta”. En resumidas cuentas, dado que los intereses en juego y el dilema que plantean ambas hipótesis son distintos, no es legítimo extender de manera automática y por aquella sola nota común la solución expresamente pergeñada por el legislador para una de ellas a la otra.

#### IV. LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN Y A LA INTEGRACIÓN TESTAMENTARIAS.

Si se está de acuerdo con lo anterior; es decir, con la improcedencia de la aplicación analógica del art. 767.I CC a nuestro supuesto de hecho, se convendrá también en que el único reducto normativo que resta para defender la tesis del decaimiento *sobrevenido* del legado o institución dispuestos en favor del ex cónyuge o ex pareja es el que ofrece el propio art. 675 CC. Pero para ello es necesario: primero, determinar si existe o no una laguna en la declaración testamentaria (en el caso, la no contemplación del cambio de circunstancias propiciado por la quiebra del matrimonio o de la unión de hecho); y, segundo, dilucidar si aquel precepto legitima efectivamente al intérprete a alcanzar semejante resultado, a saber, el de sostener la ineficacia de la disposición con base en el argumento de que ha de integrarse la voluntad del causante y de que, consecuentemente, han de readecuarse los medios elegidos en el testamento a la nueva realidad fáctica en que deben regir. En esta perspectiva, se ha llegado a denunciar, incluso, el carácter superfluo de preceptos tales como el art. 422-13 del Código Civil de Cataluña. Pues si se parte de la licitud de dicha tarea integradora, una norma que sentara expresamente la ineficacia de este tipo de disposiciones mortis causa no sería, en puridad, más que una concreción del proceso interpretativo, “por lo que no aportaría novedad relevante ni solventaría laguna legal alguna. Si se comparte la fundamentación teórica realizada hasta aquí de la integración del testamento, la conclusión de la superfluidad del art. 132 CS [actual 422-13 CCCat.] es irreprochable. Sin esta norma podrían perfectamente alcanzarse los mismos resultados en buena aplicación de los principios hermenéuticos del derecho vigente” (VAQUER ALOY, A.: “Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio”, *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 81 y 82).

En cuanto a la primera cuestión, parece, aunque no suela explicitarse así, que, tras la apreciación de la existencia de una laguna en la declaración testamentaria en estas hipótesis, subyace una determinada valoración acerca de cuáles son las implicaciones que para un causante medio comportan la separación, el divorcio o

la nulidad. Esto es, parece darse por supuesto que cuando un causante casado o emparejado efectúa una atribución en favor de su cónyuge o pareja lo hace siempre motivado y determinado por esa sola circunstancia, sin que sea imaginable otra distinta. Al comportar la vida en común una conjunción de esfuerzos y una común asunción de las cargas familiares, ambos miembros de la unión colaboran, siquiera sea de forma indirecta, en la formación de los respectivos patrimonios. “Y lo que suele pretender el testador medio cuando realiza alguna atribución a favor de su cónyuge es reconocer estos hechos y, por ello, intentar garantizar el bienestar del sobreviviente. Cuando se produce la separación con ruptura de la convivencia conyugal, el divorcio o la nulidad del matrimonio, esta finalidad se desvanece, y la atribución pierde su razón de ser para el testador” (VAQUER ALOY, A.: “Testamento, disposiciones”, cit., pp. 87 y 88).

Precisamente, esta misma valoración es la que se esconde tras la afirmación de la STS 531/2018 (FJ 3º, punto 3) según la cual el empleo por el testador de la expresión “su pareja” para referirse a la beneficiaria del legado “no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos”. Antes bien, lo que dicha mención revela es “el motivo por el que el testador ordenaba” la manda, “*sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido*”. En consecuencia, “producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento [...] la disposición testamentaria [...] *quedó privada de la razón por la que se otorgó*”, no pudiendo ser eficaz en el momento de apertura de la sucesión. E idéntico pronunciamiento se lee, en relación al empleo de la palabra “esposo” respecto de la institución hereditaria de este, en la STS 539/2018 (vid. su FJ 3º, punto 2).

Sin embargo, es obvio que el mandato del art. 675 CC consiste en averiguar la voluntad real del testador en *concreto* y no la de uno cualquiera, por muy medio o ideal que sea; es decir, ha de averiguarse la voluntad *exacta* (bien que virtual o hipotética) de aquella persona cuyo testamento se esté interpretando. En este sentido, a mi modo de ver, no es correcto aseverar, a falta de cualesquiera otros datos (siquiera obtenidos mediante el recurso a la prueba extrínseca), que no pudo haber más razón (determinante) para el otorgamiento de una disposición en favor del cónyuge o pareja que la concurrencia del vínculo conyugal o de hecho, pues, en efecto, son imaginables a este respecto tantos motivos diferentes como testadores hay (como, v. gr., la remuneratoria consistente en haberle salvado la vida antes de constituirse en pareja; o la remuneratoria por haberle prestado durante ese tiempo servicios profesionales no exigidos y que ahora desea compensar a través de la disposición, etc.), y todos, en tanto no se exterioricen y permanezcan en el fuero interno del individuo, tienen exactamente idéntica relevancia jurídica, a saber, ninguna. Esto es, que el que un causante *tipo* no tenga más motivos para hacer una atribución

mortis causa en favor de su cónyuge o pareja que el simple hecho de serlo, no legitima al intérprete a integrar en el sentido expresado la declaración testamentaria de un testador *concreto* en ausencia de otros datos que, complementariamente a la mención de dicha cualidad, corroboren una tal idea, porque la que ha de indagarse es, repito, *su* voluntad y no la de un testador ideal; “máxime si se tiene en cuenta que, en la práctica, es habitual designar como favorecido al cónyuge precisamente haciendo referencia a esta cualidad y no por la mera transcripción de su nombre y apellidos” (RDGRN 27 febrero 2019, BOE 26 marzo 2019; JUR 2019\94742). De otro modo, cualquier expresión mínimamente descriptivo-afectiva empleada por el causante respecto del favorecido debería ser considerada como un móvil determinante de la disposición, móvil que debería llevar a su decaimiento supuesta una alteración sobrevenida de las circunstancias no prevista por aquel. Así, por ejemplo, si el testador instituyera a “su amigo” don X o a “su socia” doña Y, la ulterior ruptura de la relación de amistad o de la relación negocial por desavenencias y quiebra de la confianza con el designado debería legitimar igualmente al intérprete para tener por decaída la disposición, pues ¿no sería esa también la voluntad virtual imputable a un causante medio? ¿Y no habría también en estas hipótesis una laguna a integrar en la declaración?

Como mantiene la recién citada RDGRN 27 febrero 2019, la que debe prevalecer, de conformidad con el criterio interpretativo recogido en los arts. 675 y 767 CC, es la verdadera voluntad del testador. A tal fin, no constituye, desde luego, óbice alguno “la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, porque, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista”; es decir, “aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquél, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta [cfr: SSTS 3 abril 1965 (RAJ 1965, 1965), 12 febrero 1966, 29 enero 1985 (RAJ 1985, 206), 6 abril 1992 (RAJ 1992, 3025), 29 diciembre 1997 (RAJ 1997, 9490), 23 junio 1998 (RAJ 1998, 4746), 24 mayo 2002 (RAJ 2002, 4459), 14 octubre 2009 (RAJ 2009, 5568) y 25 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6006), entre otras citadas en ellas]”. De esta guisa, “al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición nada impide que de la interpretación de la real *voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, *con los medios hermenéuticos mencionados*, que el *de cuius* no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria”. Sin embargo, es esta una conclusión que “no cabe presumir” y que ha de extraerse a base de utilizar todos aquellos medios [lo que solo es posible hacer judicialmente, “en procedimiento contradictorio”, y con

una fase probatoria que así lo permita, a diferencia de cuanto sucede en el ámbito del recurso contra la calificación registral y en las actuaciones notarial y registral; vid. en idéntica dirección RRDGRN de 26 noviembre 1998 (RAJ 1998, 8541) y 26 febrero 2003 (RAJ 2003, 4135)].

Sin embargo, la principal objeción que cabe oponer a la tesis jurisprudencial que en estas líneas se examina tiene que ver, acaso, con el segundo de los aspectos antes mencionados, es decir, con el, a todas luces, inapropiado resultado hermenéutico al que conduce. En efecto, ya se ha dicho que a su través se priva de eficacia a una disposición testamentaria bajo la presuposición de que el testador la ordenó en favor de su cónyuge o pareja porque era tal, de modo que, si dejó de serlo, se entiende que cuando testó no habría realizado tal disposición. Pero nótese que, según se ha resaltado también oportunamente, se está ante una disposición plenamente regular y válida, la cual, además, no adolece de ambigüedad ni oscuridad alguna. Pues bien, si hay una directriz clara en sede de interpretación testamentaria, esta consiste en que el intérprete ha de buscar, siempre, la máxima eficacia a la declaración de voluntad del testador; directriz que encuentra plasmación en criterios tales como el *favor testamenti*, la *benigna interpretatio* y la exclusión, únicamente, de aquellas cláusulas que sean contradictorias entre sí o por completo ininteligibles (vid., p. ej., arts. 421-6 CCCat. y 416 del Código de Derecho Foral de Aragón). Ese norte hermenéutico tiene su fundamento en la irrepitibilidad de dicha declaración, ya que las disposiciones mortis causa solo despliegan sus efectos a la muerte del testador; y en el respeto a su voluntad, puesto que es lógico pensar que, si incorporó una determinada cláusula al negocio, algún resultado querría obtener con ella. En particular, el principio de la *benigna interpretatio* opera tanto en sentido positivo como negativo: en el primero, obliga al intérprete a decantarse por aquella inteligencia que suponga la mayor eficacia de la cláusula en cuestión; en el segundo, impide al intérprete construir la disposición de modo que devenga ineficaz o contraria a la ley (VAQUER ALOY, A.: *La interpretación*, cit., pp. 70 y 71). Y, por supuesto, lo mismo cabe mantener de la integración. Pues si lo que se pretende con esa operación es conseguir la realización de la voluntad del testador y del fin expresado en el testamento acomodando los medios por él escogidos a las nuevas e imprevistas circunstancias, es de todo punto contradictorio que el resultado obtenido por su medio sea justamente el opuesto, esto es, privar de eficacia al testamento o a una cláusula contenida en él (VAQUER ALOY, A.: *La interpretación*, cit., p. 124).

El principio de conservación y de eficacia de las disposiciones de última voluntad late en diversas normas del CC, como, por ejemplo, en los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 o 798.I. Pero se encuentra plasmado, asimismo, paradójicamente, en el precepto que el Alto Tribunal invoca como apoyo de su tesis, o sea, en el 767, el cual, recuérdese, establece como *regla general* que el señalamiento por el testador del motivo que le impulsó a designar al heredero (o legatario) se tiene por no puesto

(si resultara ser incierto) a fin de salvar de la nulidad la expresión de la voluntad *mortis causa* y preservar su eficacia. Y si esa es la solución adoptada por el legislador respecto de una disposición *inválida* (inficionada por un error vicio), ¿está legitimado en verdad el intérprete para llegar a la solución contraria respecto de otra que es plenamente válida so pretexto de “integrar” la declaración del testador? Mejor debería hablarse, entonces, de la “desintegración” de esta.

#### V.A MODO DE COROLARIO.

Cabe concluir, en definitiva, que es al legislador estatal a quien incumbe enunciar una regla referida a las hipótesis vistas por la que se establezca, conforme a la presumible voluntad de un testador medio, la ineficacia de las disposiciones hechas en favor de su cónyuge o pareja supuesta la ruptura ulterior del vínculo en cuestión y su silencio al respecto. Esta regla tanto puede serlo de *efectiva integración* de una voluntad insuficientemente expresada (al modo de cuanto prevén los arts. 765, 769, 771, 772.III, 779, 780 y 864 CC) como de *presunción de revocación* de las instituciones o legados hechos en favor del ex consorte o de la ex pareja (al modo de la que se contiene respecto de los legados en los números 1° y 2° del art. 869). Pues el legislador no se halla encorsetado por los estrechos márgenes en los que ha de moverse el intérprete del negocio testamentario, y puede, por supuesto, sobrepasar los límites que esta ha de respetar: Un ejemplo lo ofrece la solución pergeñada por el art. 814 CC para las hipótesis de preterición no intencional de todos los descendientes: la “nulidad” de todas las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y la subsiguiente apertura de la sucesión intestada que sienta para ellas es operativa tanto si la preterición obedeció a un error vicio del causante (v. gr., otorgó testamento en peligro de muerte en favor de su pareja desconociendo la existencia del único hijo ya concebido) como a su imprevisión (p. ej., otorgó testamento en favor de un extraño pensando que ya no tendría descendencia).



## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "De nuevo sobre el error en las disposiciones testamentarias", *Estudios de Derecho civil*, Bosch, 1951.

GALICIA AIZPURUA, G.: "Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, julio 2018.

GÓMEZ CALLE, E.: "Comentario al artículo 767", en *Código Civil comentado*, dir. por Ana Cañizares, Pedro de Pablo, Javier Orduña y Rosario Valpuesta, vol. II, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., 2016.

GONZÁLEZ ACEBES, B.: *La interpretación del testamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario al artículo 767.I", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo, t. X, vol. 1.º, EDESA, 1987.

JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento y su interpretación*, Comares, Granada, 1999.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho Civil*, vol. V: *Derecho de sucesiones*, Bosch, 1981.

POTHIER, E. J.: *Traité des obligations*, en la colección *Oeuvres de Pothier. Nouvelle édition publiée par M. Siffrein*, t. I, 1821.

VAQUER ALOY, A.: *La interpretación del testamento*, Reus, Madrid, 2008.

VAQUER ALOY, A.: "Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio", *Anuario de Derecho Civil*, 2003.



CRÓNICA  
JURISPRUDENCIAL



CONSECUENCIAS DE LA ADJUDICACIÓN DE LA CUSTODIA  
INDIVIDUAL EN LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN CUANTO A  
LAS POSIBILIDADES DE UNA FUTURA CUSTODIA COMPARTIDA  
EN EL PROCESO PRINCIPAL

*CONSEQUENCES OF THE AWARD OF INDIVIDUAL CUSTODY IN  
THE PROVISIONAL MEASURES AS TO THE POSSIBILITIES OF A FUTURE  
SHARED CUSTODY IN THE MAIN PROCESS*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 516-537*



Carmen  
FLORIT  
FERNÁNDEZ

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 24 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** En el presente trabajo se estudia la merma de posibilidades de establecer la custodia compartida de menores, sea en el marco de un proceso de nulidad, separación o divorcio, sea la custodia la cuestión principal del pleito no matrimonial, cuando se ha establecido en el Auto de Medidas Provisionales una custodia exclusiva a uno de los progenitores, ya que es reiterada la jurisprudencia que mantiene la medida establecida en dichas medidas entendiéndose que con ello se protege el interés superior del menor. Dado que en las medidas provisionales se suele otorgar la custodia de los menores al miembro de la pareja que suele habitualmente cuidar de ellos, y dado el carácter sumario y urgente del proceso, no entrando al fondo del asunto, su adjudicación sin más de manera individual condiciona y mucho la decisión judicial en el proceso principal. Esta cuestión se relacionará, aunque no de manera exhaustiva, pues no es el tema principal que se pretende tratar aquí, con la dificultad de que prospere una solicitud de Modificación de Medidas, en base al mismo criterio anunciado. Para ello, expondré brevemente el concepto de interés superior del menor, la contradicción legal y jurisprudencial existente en cuanto a la atribución de la custodia compartida y la jurisprudencia que resulte interesante en cuanto al anunciado mantenimiento del “statu quo”, asunto principal de este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Custodia compartida; medidas provisionales; protección del menor.

**ABSTRACT:** *In the present work is studied the decrease of possibilities of establishing joint custody of minors, either in the framework of a process of nullity, separation or divorce, whether custody the main issue of non-marital litigation, when it has been established in the Auto Provisional Measures an exclusive custody of one of the parents, since it is reiterated the jurisprudence that maintains the measure established in said measures understanding that this will protect the best interests of the child. Given that in the provisional measures usually custody of minors is granted to the member of the couple who habitually take care of them, and given the summary and urgent nature of the process, not entering the merits of the case, its adjudication without further individual conditions and a lot the judicial decision in the main process. This question will be related, although not exhaustively, because it is not the main topic that is intended to be treated here, with the difficulty of an application for Modification of Measures, based on the same criteria announced. To do this, I will briefly explain the concept of the child's best interests, the legal and jurisprudential contradiction existing regarding the attribution of shared custody and the jurisprudence that is interesting as regards the announced maintenance of the “status quo”, the main issue of this work.*

**KEY WORDS:** Shared custody; provisional measures; child protection.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN Y CONTRADICCIÓN CON LOS ARTÍCULOS 92.5 Y 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL “STATU QUO” ESTABLECIDO EN MEDIDAS PROVISIONALES.- 1. Madrid.- 2. Asturias.- 3. Andalucía.- 4. País Vasco.- 5. Castilla y León.- 6. Extremadura.- 7. Murcia.- IV. CONCLUSIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN.

En los procesos que dilucidan la custodia de los hijos menores reiteradamente la jurisprudencia fundamenta el mantenimiento del régimen de custodia que se ha venido ejerciendo por los padres desde el Auto de Medidas Provisionales (o en los procesos de Modificación de Medidas<sup>1</sup>), en base a que con ello se protege el interés superior del menor. En las numerosas sentencias analizadas, se da el mantenimiento de este “statu quo” porque favorece la estabilidad emocional del menor; esto es, mantenimiento del régimen de custodia que fue adoptado en un primer momento en autos de medidas provisionales o en convenio regulador o mantenimiento del sistema de convivencia que “de facto” ha venido existiendo desde que se produjo la separación<sup>2</sup>, considerando el Juez o Tribunal que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

De modo que, si se establece en el Auto de Medidas Provisionales la custodia a favor de quien normalmente se ocupa del cuidado del menor; y dado que se trata de un proceso urgente y en el que no se entra en el fondo del asunto, tal decisión influirá decisivamente en la que posteriormente tome el juzgador en las medidas definitivas<sup>3</sup>.

- 1 Aunque no se tratará en este trabajo, el problema que anuncio se reitera también en los procesos de modificación de medidas, aunque no en cuanto a su justificación, aunque sí de manera solapada, dado que la desestimación de la modificación debe basarse en el hecho de que no hayan variado sustancialmente las circunstancias.
- 2 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2017, p. 11.
- 3 Debe tenerse en cuenta, además, y ya que la custodia antes de la crisis de pareja es compartida –arts. 110, 68 y 92 CC –, que “adjudicarla” de manera individual, además del problema que luego explico sobre

### • Carmen Florit Fernández

Cartagena, 1981. Profesora en la Universidad Europea de Madrid, donde imparte Teoría General del Derecho, Derecho Civil, Contratación Civil y Mercantil y Derechos Reales. Se licenció en Derecho por la Universidad de Murcia, en la que también obtuvo el título de Doctor en Derecho cum laude y realizó el Curso General de Abogacía (actual Máster de Acceso a la Abogacía). Asimismo, ha ejercido como Abogado entre 2004 y 2011 en diversos despachos de prestigio, dedicándose actualmente en exclusiva a labores docentes y de investigación, en especial en el campo del Derecho de familia y protección del menor. Correo electrónico: carmen.florit@universidadeuropea.es

En efecto, en el Auto de Medidas Provisionales se suele acordar que los menores queden bajo la custodia del progenitor que habitualmente cuida de ellos. Pero el artículo 92 del Código civil establece que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. El ejercicio conjunto y corresponsable de esta patria potestad se ejerce de facto cuando la pareja convive con los hijos. Cuando existe separación de la pareja, ambos progenitores siguen teniendo atribuida la patria potestad, que sólo puede ser retirada por motivos tasados y excepcionales. Así pues, si durante la vida de la pareja, la corresponsabilidad es desde el punto de vista teórico evidente, y ello se consigue mediante las medidas que la pareja desea libremente tomar en cuanto a su organización familiar, con ayuda de las concretas medidas que en el marco, por ejemplo, del Derecho laboral se han adoptado por parte del legislador (por ejemplo: una reducción de jornada, excedencia por cuidado de hijos, etc.) , una vez acontecida la ruptura, dicha corresponsabilidad no debe modificarse en un proceso sumario pues la corresponsabilidad debería seguir vigente en todos los casos o, cuanto más, al menos provisionalmente para no malograr las posibilidades de una custodia compartida en el proceso principal. De este modo, la corresponsabilidad sigue vigente en la práctica, y también de este modo, tanto durante la vigencia de la convivencia la "conciliación" ayudó a llevar la custodia de los hijos de forma evidentemente conjunta, como viceversa, el que fuera conjunta ayudó a la conciliación.

A continuación, expondré en qué consiste esa merma de posibilidades que anuncio, después de explicar qué es el interés superior del menor, proponiéndose una solución que palie este problema. Debe tenerse en cuenta, además, que en muchos casos, los progenitores que no solicitan la custodia compartida en Medidas Provisionales lo hacen para no agravar el conflicto, esperando que en el principal se discuta "de cero" la cuestión de la custodia, sin saber que están condicionando el futuro proceso. Si de manera automática, y salvo casos excepcionales, se otorgase la custodia compartida en el Auto de Medidas Provisionales, al entrar después en el fondo en el proceso principal, no existiría dicho condicionamiento.

## **II. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN Y CONTRADICCIÓN CON LOS ARTÍCULOS 92.5 Y 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL.**

El interés superior del menor enunciado en el artículo 39 de la Constitución española, en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en diversos Tratados Internacionales en materia de protección del menor, como el

---

la merma de posibilidades, es en sí controvertido, ya que, al no entrar en el fondo, lo que debería hacer es establecer las medidas para que se siga ejerciendo conjuntamente. Reiteradamente se utiliza el término "adjudicación" tras la crisis de pareja, y ello debería revisarse, pues si compartida es durante la vida normal de la familia, difícilmente se puede hablar después de adjudicar dicha custodia de manera compartida o individual.

artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es un concepto jurídico indeterminado<sup>4</sup>, pero no se trata de un concepto subjetivo. DE TORRES PEREA dice que “no debe caerse en el común error de identificar “interés del menor” con “tiranía del menor” o sometimiento de la familia a los caprichos del menor; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarse una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas y autoridad, no de malcriar al menor”<sup>5</sup>.

La configuración del interés superior del menor guarda relación directa con el desarrollo de la personalidad, dirigida a la integración social de los menores de edad<sup>6</sup>.

El Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño señaló que el interés superior del menor debe ser tenido por un derecho sustantivo: “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>7</sup> que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”<sup>8</sup>.

- 4 Es opinión general que la falta de una definición produce dudas, “de una parte porque deja casi en las manos exclusivas del juez la valoración de todos los elementos (pruebas) que contribuyen a formar su opinión, entre los que se cuentan conductas, siempre, dada la naturaleza humana, muy complejas de dilucidar e interpretar y de otra, lo que en cierto modo introduce cierta inseguridad que es altamente peligrosa, porque la apreciación de lo que es mejor o conveniente al menor, el interés concreto, excede de lo que es la función judicial de aplicación de la norma. Pues el interés del menor es, por excelencia, un concepto jurídico cambiante y moldeable, en el que confluyen no sólo datos técnicos sino profundamente humanos y sociales”. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 82.
- 5 DE TORRES PEREA, J. M.: “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, octubre 2011, p. 8. CARDONA LLORENS, por su parte, afirma en este punto que el hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado no nos puede llevar a pensar que sea discrecional. Según el autor, si varios adultos tuvieran que establecer por separado sobre el interés de un menor todos ellos tendrían que llegar a la misma conclusión. CARDONA LLORENS, J.: “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención”, ponencia presentada en la *Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial*, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre, 2014.
- 6 CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012, p. 167.
- 7 En cuanto a la expresión “consideración primordial” a la que se refiere el Comité se debe aclarar que << En primer lugar, debemos destacar que la Convención, califica a la consideración “como primordial”. No dice “la única consideración que se tendrá en cuenta”. Como ha señalado el Comité en su observación General nº 14, “puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)” (...). Sin embargo, inmediatamente después de esa afirmación (y este es el segundo aspecto del significado del término “consideración primordial”), el Comité continúa diciendo: teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, “se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Es decir, el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones” >>.
- 8 En la Observación “el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo; Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de



El art. 39 de la Constitución establece que los poderes público aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; que los poder públicos, además, aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos<sup>9</sup>. Además, el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas<sup>10</sup>.

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en aplicación de la Observación número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que interpreta el art. 3.1 de la Convención, dice que todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015 (recurso número 2339/2013) declara que el interés superior del menor es concreto e individualizado y se resaltan dos criterios a seguir por los órganos judiciales para la adjudicación de la guarda y custodia de un menor: El primer criterio es que en toda controversia familiar se han de aplicar las reglas de la sana crítica a los informes periciales dentro del conjunto de pruebas aportadas, siempre desde el interés superior del menor. Aunque el órgano judicial tenga libertad para escoger de entre los distintos

---

una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

- 9 Entre estos éstos, la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990. Mayor del Hoto hace una comparación y ponderación de pesos entre el interés del menor y el interés de la familia e interés de los progenitores. MAYOR DEL HOYO, M. V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 526.
- 10 La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que como señala el art. 96 CE forma parte del ordenamiento jurídico español.

informes o pruebas a las que más se aproxime a su grado de convicción, debe motivarlo suficientemente. El segundo criterio es que el interés que ha de valorarse y considerarse prevalente en estos casos no es un interés abstracto, sino “el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello es beneficioso”<sup>11</sup>.

Sin embargo, el Código civil, tras la reforma de 2005, establece criterios divergentes para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad: el art. 92.5 señala que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento; y el art. 92.8 dice que excepcionalmente<sup>12</sup>, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal<sup>13</sup>, podrá acordar la guarda y custodia compartida<sup>14</sup> fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor<sup>15</sup>.

11 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Aplicación”, cit., p. 5.

12 El TS ha declarado que la excepcionalidad se refiere en relación al 92.5 (STS 29 abril 2013), pero que no debe entenderse que la custodia compartida sea una medida excepcional sino deseable.

13 El inciso de “favorable” ha sido declarado inconstitucional por la STC de 17 de octubre de 2012.

14 Es destacable que de la interpretación literal del artículo se deduce que existe una clara diferencia entre sendos apartados del art. 92. Así pues, mientras en el apartado 5 dice que “se acordará” el ejercicio conjunto de la guarda y custodia cuando ambos progenitores lo soliciten en la propuesta de convenio o lleguen a dicho acuerdo en el transcurso del procedimiento, el apartado 8, por el contrario, establece que el juez “podrá acordar” a instancia de una de las partes la guarda y custodia compartida fundamentando su decisión en que sólo así se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Legislador, por tanto, ha querido que “deba” acordar el juez imperativamente la custodia compartida cuando ambos progenitores la pidan, diferenciando el caso en que sólo lo pida una de ellos, dado que, en este caso, y dándose los demás requisitos que establece, el juez “podrá” acordar la custodia compartida o exclusiva a uno de los progenitores. Este requisito quedaba eliminado en el malogrado anteproyecto de la Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio.

15 De manera distinta, cuestiones de constitucionalidad aparte, ocurre con lo establecido en Cataluña, Aragón, Valencia, Navarra y País Vasco: el art. 233-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, señala que “la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor”; por su parte, el art. 80 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón determina que “el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente”; En Valencia, el art. 5.2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dice que “como regla general, atribuirá a ambos, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”, estableciendo también el 5.4 que “la autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior” (esta Ley ha sido declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre, por falta de competencia de la Comunidad Valenciana en la materia); el art. 4.3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, establece que “en cualquier caso, la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de estos”; por último, el art. 9 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece que “cada uno de los progenitores por separado, o de común acuerdo, podrá solicitar al juez, en interés de los menores, que la guarda y custodia de los hijos e hijas menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno solo de ellos (...) 2. la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no

Así pues, a pesar de lo establecido en la Constitución, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y en los tratados internacionales ratificados, el Código civil mantiene la exigencia de un requisito que desoye el interés superior del menor. Apunta RODA Y RODA en referencia esto que “La intervención del Juez tanto en la primera instancia como en las sucesivas, mediante su resolución, constituye el factor más importante puesto que de él depende la decisión última en el otorgamiento a uno o a ambos de la custodia de los hijos. El Juez es quien debe determinar en cada caso concreto el beneficio del menor para otorgar o denegar la petición de una custodia compartida, en todos los supuestos anteriores, incluso si ha sido solicitada por ambos progenitores. La supremacía del Juzgador sobre la autonomía de los progenitores, evita que éstos puedan hacer un uso muy particular de sus obligaciones parentales, anteponiendo sus intereses a los de sus hijos. Tiene el Juzgador plena potestad para atribuir la custodia a uno solo de los progenitores, atribuírsela a ambos conjuntamente, o bien a un tercero, en este caso normalmente a los abuelos (...)”<sup>16</sup>.

La contradicción a la que me he referido se ha planteado abiertamente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en las sentencias que detallo a continuación, generando un, a mi juicio, grave problema de seguridad jurídica.

Por su parte, la STC 4/2001, de 15 de enero, dictada en recurso de amparo, desestima la solicitud en un asunto que parte de un Auto de medidas provisionales por el que se adjudicaba la custodia del menor a la madre, que después solicita el amparo. El padre pedía, como después hizo también en la separación matrimonial, que se estableciera la custodia compartida. La sentencia de separación matrimonial ratificó la medida. La sentencia es recurrida ante la Audiencia Provincial de Valencia pero sólo en cuanto a las medidas sobre alimento y visitas, pero la Audiencia (SAP Valencia de 1 de septiembre de 1997) resuelve revocando la sentencia de 1ª Instancia estableciendo la custodia compartida. Establece en sus argumentos que “el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrenado en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus

---

serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor 3. El juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a las siguientes circunstancias (...) 6. El juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor”.

16 RODA Y RODA D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 172.

prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una guarda y custodia compartida (...)"

La madre, en el recurso de amparo, alega vulneración de los arts. 14 y 24 CE por entender que la sentencia le ha causado indefensión por ser inmotivada e incongruente: "para la demandante la Sentencia de apelación incurre en incongruencia lesiva del art. 24.1 CE, por cuanto resuelve sobre una cuestión –la guarda y custodia del menor– que no le había sido planteada por los litigantes, ya que el padre, desde el inicial Auto de medidas provisionales, aceptó que fuera con la madre con quien conviviera el hijo común. Tal decisión supone un desajuste entre lo pedido en la apelación y lo resuelto por el órgano judicial, modificando así los términos en que discurrió la controversia procesal. Tal desajuste le habría ocasionado indefensión, pues introduciéndose por sorpresa esta nueva cuestión en la Sentencia no ha podido alegar y contra argumentar sobre la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida (...)"

El Tribunal Constitucional considera que la Sentencia no carece de motivación: "cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), expresa con amplitud las razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar "su buen desarrollo personal y social para favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores, de forma que el niño sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida". Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión en ejercicio de la potestad que el art. 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero)".

En cuanto a la incongruencia causante de indefensión alegada por la solicitante de amparo, establece el Tribunal que "por cuanto, al resolver el recurso de apelación, se apartó de sus términos y de las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el apelante, revocando en parte la Sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes", y dice que "el razonamiento expuesto trasluce

una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan, la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones (...)

Deja claro, por tanto, el Tribunal, que toda medida relativa a los menores cuando se trata de garantizar su interés, que es el más necesitado de protección, es siempre una cuestión indisponible sobre la que el juzgador puede entrar a valorar y resolver en contra o a pesar de lo solicitado por las partes<sup>17</sup>.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha resuelto esta cuestión de manera muy distinta en la STS de 15 de junio de 2016 (400/2016)<sup>18</sup>. Así, dice que el art. 92 “establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda a instancia de una de las partes, con los demás requisitos exigidos... En ambos casos un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior; sigue diciendo, lo dicho en nuestra

17 El TS también ha ratificado esta doctrina en sentencias anteriores a la que analizo de 2016. Así, la STS 28 septiembre 2009, que es posterior por tanto a la reforma del art. 92 CC de la ley 15/2005: “la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo, que califica como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor... la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que, por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa”.

18 También en la STS 9 marzo 2016.

sentencia 614/2009, de 28 de septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil, para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición (...)

Deja claro por tanto el Tribunal que considera el contenido del art. 92 CC como imperativo para el juzgador, no pudiendo establecer la custodia del menor como compartida si no lo solicita al menos uno de los progenitores, y siendo imperativa la decisión para el juez si ambos progenitores solicitan la custodia compartida.

El Tribunal Supremo desoye el mandato constitucional, los tratados internacionales y la doctrina del TC, que nítidamente han establecido que el interés superior a proteger en los procesos judiciales es el del menor; no pudiendo ceñirse la defensa de dicho interés superior al cumplimiento de unos requisitos que nada tienen que ver con ese interés del menor.

Cierto es que la sentencia del Tribunal Constitucional analizada es anterior a la ley 15/2005 que reforma el art. 92, pero también lo es que dicha sentencia se refiere a las medidas que en general afecten a los menores, comprendiendo también, lógicamente, a su guarda y custodia<sup>19</sup> y que, en cualquier caso, la Constitución prevalece sobre el Código civil, cuyo contenido, en este concreto aspecto, entiendo que deroga.

### III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL MANTENIMIENTO DEL “STATU QUO” ESTABLECIDO EN MEDIDAS PROVISIONALES.

Después de analizar pormenorizadamente la jurisprudencia, en una muestra de 547 sentencias<sup>20</sup> se manifiesta una fuerte tendencia a mantener el “statu quo”, manteniendo el régimen de custodia que se haya pactado anteriormente o se haya establecido en el Auto de Medidas Provisionales o convenio regulador; o la situación fáctica que nació tras la ruptura de la pareja, ya sea compartida o individual, cuando se acredita que ha venido funcionando sin problemas y se considera que el menor se siente seguro.

19 Qué medida le afectará más a su interés que esta.

20 El criterio de búsqueda fue el siguiente: sentencias procedentes de Audiencias Provinciales que han aplicado para la resolución del caso el art. 92.8 del CC, quedando al margen aquellas sentencias en las que se ha aplicado el Derecho autonómico sobre custodia compartida. Se han estudiado por ello no solo las Audiencias de territorio común, sino también las de territorio foral, dado que el CC se aplica a quienes carecen de vecindad civil foral. El estudio se ha realizado con las sentencias encontradas entre el 1 de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2015, siendo seleccionadas 547 sentencias, según los siguientes criterios:

- Se ha utilizado la base de datos CENDOJ.
- Se han buscado las sentencias que contuvieran los términos “custodia compartida” y “92.8”.
- Se han seleccionado exclusivamente aquellas en las que la concesión de la custodia compartida es el núcleo del litigio.
- En el caso de las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, el estudio se ha realizado de forma conjunta, sin diferencias por sedes.

Tras el estudio se llega a las siguientes conclusiones:

En los procesos de divorcio y guarda y custodia, al primar tanto el mantenimiento del "statu quo", realmente se está dando el mismo tratamiento que al proceso de Modificación de Medidas. La mayoría de las sentencias que consideran este factor como esencial (mantenimiento del "statu quo"), realmente no analizan la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limitan a valorar las ventajas del mantenimiento del "statu quo"<sup>21</sup>. Llama la atención que el buen funcionamiento del sistema que se estableciera con anterioridad lleve a la conclusión sin más prueba de que sea el más beneficioso o el único beneficioso.

En un estudio de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que han aplicado para la resolución del caso el artículo 92.8 CC entre el 1 de mayo de 2013 y el 31 de diciembre de 2015 se han seleccionado 547 sentencias, siendo en todas ellas el núcleo del pelito la custodia compartida. De dichas sentencias se ha detectado la fundamentación del mantenimiento del "statu quo" en las siguientes:

- Madrid: se ha tenido en cuenta en 16 sentencias de las analizadas.
- Cantabria: 5 ocasiones.
- Asturias: 5.
- Andalucía: 15.
- Islas Baleares: 4.
- País Vasco: 19.
- Galicia: 8.
- Castilla y León: 2.
- Castilla la Mancha: 3.
- Extremadura 2.
- Islas Canarias: 30.
- Región de Murcia: 3.

Destaco a continuación los argumentos más llamativos de estas sentencias:

---

21 ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "Aplicación", cit., p. 201.

## I. Madrid.

Se ha tenido en cuenta en 16 ocasiones:

- bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

- bien porque existe convivencia previa con la madre (muy importante en los procedimientos de guarda y custodia donde no ha habido medidas provisionales) y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

Algunas sentencias “petrifican”, utilizando las palabras del Tribunal Supremo, la situación anterior nacida de las medidas provisionales de un juicio de divorcio o de relaciones-paterno filiales (SAP Madrid de 28 de octubre de 2015, Rec. 246/2015) o porque es la situación existente desde la ruptura (SAP Madrid de 12 de noviembre de 2015, Rec. 1447/2014; SAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014). Se considera que un cambio desestabilizaría al menor. Es así, aun cuando se reconoce la “fuerte implicación del padre en la educación de la hija, la buena vinculación afectiva entre ambos y que ésta necesita una presencia sólida de la figura paterna para su formación integral”, pese a lo cual, no se reconoce la custodia compartida sino una ampliación del régimen de visitas (SAP Madrid de 3 de febrero de 2014<sup>22</sup>, SAP Madrid de 6 de noviembre de 2015, Rec. 1398/2014).

Llama la atención la SAP Madrid de 31 de enero de 2014 (Rec. 116/2013), que deduce del hecho de que el padre abandonara el domicilio familiar; que aquél aceptó la guarda y custodia exclusiva de la madre, lo que ha merecido el reproche del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2015, que casa la sentencia, y tras corregir a la Audiencia porque parte de la consideración de la custodia compartida como algo excepcional que requiere una prueba especial, señala que “esta Sala no puede aceptar que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar (propiedad de ella) pueda calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor”. Sin embargo, en la SAP Madrid de 11 de diciembre de 2015 (Rec. 426/2015)<sup>23</sup> la madre es quien abandona el domicilio familiar con la

22 Ha sido casada por la STS febrero 2016, porque “petrifica la situación de la menor, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos, bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual amplía el régimen de visitas en favor del padre, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación de la menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre”.

23 Ha sido confirmada por STS 21 diciembre 2016. Considera la Sala que “Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de



hija y traslada su domicilio a otra localidad. Si bien el recurrente interesó la guarda y custodia compartida anunciando su cambio de residencia a la localidad donde reside la menor, no ha producido a tal cambio. Considera la Audiencia que no se ha demostrado incidencia negativa alguna en la vida de la menor, y concluye que no existen razones en este momento para introducir cambios en su vida.

Se mantiene el “statu quo” que nace del convenio protocolizado ante Notario tras la ruptura, que daba la custodia a la madre, considerándose que el transcurso del tiempo y los cambios de residencia y de horarios del padre no tienen entidad suficiente para modificar un status quo que, hasta el presente ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado del niño (SAP Madrid de 17 de diciembre de 2013, Rec. 1802/2012<sup>24</sup>).

Un caso peculiar es el que se recoge en la SAP Madrid de 10 de enero de 2014 (Rec. 2/2013), ya que en medidas provisionales se acordó el régimen de custodia compartida, pero no funcionó bien, por lo que la sentencia de divorcio dio la custodia a la madre. Dice la SAP que “tiene que haber motivos de peso, que no hay, para romper con la normalidad a la que se habían habituado las hijas que, desde el divorcio, viven con la madre”.

En la SAP Madrid de 4 de febrero de 2014 (Rec. 1240/2013), la Sala mantiene la custodia exclusiva de la madre no sólo porque el niño, de 4 años, desde la separación había vivido con ella, sino por el incumplimiento por parte del padre del régimen de visitas y del pago de la pensión de alimentos.

En alguna ocasión, el mantenimiento del status quo favorece la concesión de la custodia compartida, ya que éste era el régimen que existía entre las partes desde la ruptura (SAP Madrid de 27 de junio de 2014, Rec. 911/2013)

## 2. Asturias.

Se ha tenido en cuenta en 5 ocasiones.

Existe convivencia previa con la madre, hasta la fecha, y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla (SAP Oviedo (Sección 6) 25 julio 2014. Recurso 47/2014; SAP Oviedo Sección 1 de 11 julio 2014. Recurso 231/2014; SAP Oviedo Sección 6 26 mayo 2014. Recurso 105/2014 donde se señala que así se acordó en las medidas definitivas y que no se ha probado la modificación de las circunstancias; SAP Oviedo Sección 6 de 16 sep.

---

la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio.

24 Ha sido casada por STS 18 noviembre 2014, porque petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”.

2013. Recurso 276/2013 mantiene la custodia que se atribuyó a la madre en el auto de medidas del procedimiento de divorcio).

También se mantiene la custodia exclusiva cuando existe esta convivencia con la madre a pesar de que en el convenio se había pactado la custodia compartida que no llegó a ponerse en práctica (SAP Oviedo Sección 6 16 noviembre 2015. Recurso 328/2015).

### 3. Andalucía.

Se ha tenido en cuenta en 15 ocasiones.

En la mayoría de los casos en que se tiene en cuenta parte de una situación de hecho o establecida en Medidas Provisionales y en los que se aprecia que el sistema de custodia establecido ha funcionado correctamente, considerando perjudicial para el menor el cambio.

La SAP de Málaga 25 de junio de 2015 dice que "... si bien inicialmente se efectuó un reparto del tiempo para permanecer con la menor, esto es una custodia compartida de hecho, tan solo unas semanas después se estableció el sistema que luego se fijó en sentencia y por tanto prácticamente desde que se produjo la ruptura de los progenitores ( con la excepción apuntada), ha permanecido viviendo en compañía de su madre, siendo, por tanto, la custodia materna la opción que menos cambios producirá en la vida del menor y, en consecuencia la que le que asegura mayor estabilidad en el desenvolvimiento cotidiano de la menor, viéndose satisfecha la indudable necesidad y derecho de la menor a fortalecer los vínculos de afectividad con su padre, a través del amplio régimen de visitas fijado en la Sentencia. Todo lo cual lo cual no permite sino concluir que no es la guarda compartida la opción de custodia que mejor tutele el interés de la menor Macarena , de tan solo cinco años de edad en la actualidad, siendo la custodia materna la medida que asegura una línea de continuidad en la vida que la menor ha tenido desde que finales del 2011 principios del año 2012 se produjera la ruptura de sus progenitores cuando tan solo contaba Macarena con un año de edad y en la relaciones que la niña ha venido manteniendo con ambos, y por tanto la medida que asegura mayor estabilidad en el devenir cotidiano de la menor y que es conveniente mantener evitando cambios innecesarios que alteren la rutina de la menor...".

### 4. País Vasco.

Se ha tenido en cuenta en 19 ocasiones.

Bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales [SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 21 octubre 2013. Recurso 3299/2013] de un proceso de

divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro [SAP "Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 junio 2015. Recurso 202/2015; o en un acuerdo que no fue ratificado judicialmente SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 2 diciembre 2013. Recurso 3350/2013<sup>25</sup>]] y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

Sin embargo, la SAP Donostia-San Sebastián (Sección 3) 15 octubre 2014. Recurso 3269/2014 mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia y señala que tomar como referencia el acuerdo previo por el cual la guarda y custodia la debía ostentar la madre supone desconocer la realidad de las cosas y lo que es más grave, deja sin valorar la actitud de uno y otro progenitor para llegar a un compromiso de custodia provisional tras la ruptura. Se trataba, sin duda, de un régimen transitorio, a la espera de lo que se resolviera judicialmente<sup>26</sup>. También la SAP Bilbao (Sección 4) 21 mayo 2014. Recurso 342/2014 que concede la custodia compartida denegada en primera instancia señala que dichos acuerdos tenían una vigencia temporal hasta que el menor adquiriera la edad de cinco años, acordándose expresamente su revisión con el fin de ajustarse al cambio de necesidades que suponga el crecimiento del menor; como así se ha considerado en esta resolución. Además, la SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 11 septiembre 2013. Recurso 224/2013 también señala que no cabe tampoco apreciar que la guarda y custodia compartida sea algo distinto a lo acordado por los progenitores al respecto ya que de lo actuado únicamente resulta que, en sede de medidas provisionales, alcanzaron un acuerdo en cuanto a la atribución de la guarda y custodia para tales medidas provisionales.

Bien porque existe convivencia previa con la madre y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 16 septiembre 2015. Recurso 330/2015<sup>27</sup>;"Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 9 septiembre 2015. Recurso 317/2015<sup>28</sup>; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 22 abril 2014. Recurso 99/2014; SAP Donostia-San Sebastián 22 julio 2013. Recurso 3258/2013; SAP San Sebastián (Sección 2) 27 noviembre

25 Casada por STS 9 septiembre 2015 (Rec. 545/2014): "En cuanto a la importancia que el tribunal de apelación confiere al convenio regulador, no ratificado, debemos recordar que mientras no se acepte por las partes solo es un elemento de negociación que puede ser ratificado o no, sin que de ello puedan derivarse consecuencias perjudiciales para quien no lo firmó (art. 1261 C. Civil)".

26 Casada por STS 4 marzo 2016 (Rec. 1/2015) "dado que lo acordado en la resolución recurrida no es un sistema de custodia compartida sino un régimen de visitas amplio para el padre, quedando la menor bajo la custodia de la madre, con desequilibrio amplio en los tiempos de permanencia con la hija, que perjudica el interés de la menor, sin causa justificada".

27 Señala: "la madre ha de seguir ostentado la guarda y custodia del hijo menor, al tener un conocimiento más completo del hijo que el padre, y por ello proporcionarle o facilitarle, de una forma claramente activa y colaboradora, todos los cuidados y atenciones que precisa"

28 Señala: "el cambio del régimen de custodia no supera los previsibles inconvenientes y por ello es más recomendable a dicho interés mantener el estatus actual, con un régimen de visitas"

2014 Recurso 2308/2014<sup>29</sup>; SAP Bilbao (Sección 4) 15 diciembre 2014 Recurso 518/2014<sup>30</sup>.

También se tiene en cuenta para mantener la custodia compartida concedida en primera instancia el hecho de que no se haya probado que tal modalidad haya generado algún tipo de problemática [SAP Bilbao (Sección 4) 17 julio 2015. Recurso 107/2015)], o que ha perjudicado al menor (SAP Donostia-San Sebastián (Sección 2) 9 enero 2015. Recurso 2283/2014; SAP Bilbao (Sección 4) 17 noviembre 2014. Recurso 408/2014; SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 de julio 2014. Recurso 240/2014). Asimismo, cuando ha venido desarrollándose desde que se adoptó el auto de medidas provisionales [SAP Bilbao (Sección 4) 27 febrero 2014. Recurso 677/2013; SAP Bilbao (Sección 4) 20 enero 2014. Recurso 519/2013)].

También se mantiene la custodia compartida concedida en primera instancia si del propio convenio regulador del divorcio se puede deducir una evidente voluntad de desarrollar las relaciones derivadas de la patria potestad con ánimo de progresión y corresponsabilidad en la atención y cuidado de la menor; y por tanto es razonable una distribución equivalente de los tiempos correspondientes (SAP Vitoria-Gasteiz (Sección 1) 17 marzo 2015. Recurso 39/2015).

## 5. Castilla y León.

Se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

El mantenimiento de un status quo puede fundamentarse:

- bien porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva al otro y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

- bien porque existe convivencia previa con la madre (muy importante en los procedimientos de guarda y custodia donde no ha habido medidas provisionales) y

29 Confirmada por STS 19 febrero 2016 (Rec. 426/2015): “en la sentencia recurrida no se infringe la jurisprudencia de esta Sala, dado que: 1. Los acuerdos se adoptaron en convenio regulador. 2. El cambio de la política conciliadora de la empresa del demandante, no fue de calado suficiente como para poder apreciar un cambio sustancial de las circunstancias (art. 91 C. Civil). 3. El sistema adoptado por las partes, independientemente del nombre que le dieran es similar al de custodia compartida dado que el padre puede tener a los menores una semana de cada tres y dos tardes a la semana en aquellas que están con su madre, dividiéndose las vacaciones por mitad. 4. Se respeta el interés de los menores”.

30 Confirmada por Confirmada por STS 30 diciembre 2015 (Rec. 415/2015: “ La sentencia conoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, ha valorado el informe del equipo de psicólogos que consta en los autos, y ha considerado, sin contradicción alguna con la doctrina jurisprudencial, que lo más adecuado para los menores era el mantenimiento del régimen acordado en el procedimiento de divorcio, por lo que el recurso más parece dirigido a revisar las medidas acordadas en este juicio que a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores”.

el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha venido funcionando sin problemas y es mejor mantenerla.

En este sentido se ponderan las circunstancias concretas de cada uno, la relación que han venido manteniendo los menores hasta ahora desde la ruptura, manifestándose como acertada la guarda y custodia que viene ostentando la madre dadas las especialidades concurrentes incluso respecto de la escolarización de los hijos, teniendo una mejor disposición de horarios y atención que, a pesar de lo antes recogido, pudiera tener el padre (en uno de los informes se alude a su posible ascenso a brigada y disponibilidad de plazas) , compartiendo lo argumentado en la sentencia y lo alegado por el Ministerio Fiscal y guiados por el interés de los menores, se estima más adecuado se mantenga el "statu quo" actualmente existente, al no constar otros datos o informes concluyentes que aconsejen adoptar la medida que ahora se pide. (SAP León de 30 de diciembre de 2014, Rec. 306/2014<sup>31</sup>).

Es interesante como en algunas ocasiones y no de acuerdo al informe del equipo psicosocial se acuerda no conceder la custodia compartida. No se pone en duda que el padre se ocupe de su hijo o que se implique en la evolución y educación de su hijo (seguimiento de sus cuadernos, acompañándole en las sesiones, ayudándole, colaborando con los tutores y terapeutas, etc...), pero ello no supone que esto sea un hecho nuevo sustancial y determinante para modificar el régimen de guarda pactado, pues esas obligaciones no nacen de la Guarda y Custodia, sino de la propia Patria Potestad y especialmente no justifican un cambio de guarda en casos como el presente en el que el régimen relacional es bueno, donde se cumplen las visitas y cuando el menor evoluciona en su formación y en su terapia. Asimismo, en este caso la relación con la madre es adecuada, uniforme y buena y no parece aconsejable un cambio o alteración; máxime, cuando el padre tiene plenas posibilidades de relación con su hijo (y de comunicación con él, de tenerle en su compañía y en la compañía de su familia extensa. (SAP Burgos de 13 de noviembre de 2014, Rec. 242/2014).

## 6. Extremadura

No se ha tenido en cuenta en 2 ocasiones.

- El hecho de que, en el Auto de Medidas Provisionales, se otorgara la custodia de la hija menor a la madre, no significa que este régimen hubiera de mantenerse

31 Sentencia casada por STS 9 marzo 2016 (Rec. 791/2015) Esta Sala declara que, aun reconociendo que siéndole a la madre más fácil la compatibilización de horarios, por el hecho de ser maestra del mismo colegio en el que están escolarizados sus hijos, ello no impide que el padre pueda afrontar la custodia compartida con el mismo éxito, dada la flexibilidad de horario (acreditada documentalmente) que en la sentencia recurrida, de forma incoherente, se le niega como base de la atribución de la custodia a la madre y se le reconoce para ampliar a la pernocta, los días intersemanales (...). A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable, cuando ello sea posible.

como Medida Definitiva, sobre todo cuando, en la referida Resolución, se justificó el que, en esos momentos, se carecía de elementos de juicio suficientes para discernir, con razonable criterio, sobre la custodia compartida, fundamentalmente porque faltaba un Informe emitido por el gabinete psicosocial, Informe que ahora ya ha sido emitido y que aconseja o recomienda el establecimiento, en beneficio de la menor, de un régimen de custodia compartida (SAP Cáceres de 31 de octubre de 2014, Rec. 395/2014).

- En sentido contrario, se considera más beneficioso para el menor el mantenimiento del régimen de custodia compartida con amplio régimen de visitas del padre, adoptado en autos de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, porque se ha cumplido en forma plenamente favorable para el menor, sin que se haya producido, en todo ese tiempo, ninguna incidencia negativa que aconsejara plantearse la posibilidad de un cambio en ese régimen, completado en el régimen de visitas, que viene observándose desde aquella misma fecha. Esta argumentación se une al dato relevante de que el menor ha manifestado estar adaptado y conforme con el régimen que viene rigiendo desde el auto de medidas provisionales (SAP Badajoz 4 de julio de 2014, Rec. 243/2014)<sup>32</sup>.

## 7. Murcia.

Se ha tenido en cuenta en 3 ocasiones.

Porque el recurrente aceptó en las medidas provisionales de un proceso de divorcio (llegando las partes a un acuerdo SAP Cartagena Sección 5ª de 5 de mayo de 2015. Número de Recurso I08/2015) o en el convenio regulador que daban la custodia exclusiva a la madre (SAP Murcia Sección 4 de 7 de noviembre 2013. Recurso 848/2012) y el Tribunal considera que la custodia exclusiva ha funcionado sin problemas y es mejor mantenerla.

## IV. CONCLUSIONES.

Después de la exposición realizada y el pormenorizado análisis jurisprudencial debe concluirse que:

32 La sentencia ha sido confirmada por STS 29 marzo 2016 (Rec. 2392/2014) que resalta la importancia de la opinión manifestada por el hijo: "No se cuestiona que con el sistema de guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres. Lo que no se entiende es que, frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo, se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de la guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado en su favor pues no otra cosa se deduce del que ahora interesa en el recurso de lunes a jueves (martes y jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada del mismo por la mañana); fines de semana alternos desde la salida del niño del colegio al mediodía hasta el lunes a la entrada en el colegio por la mañana y la mitad de los periodos vacacionales de navidad, semana santa y verano, con una limitación de la prestación alimenticia de cuatrocientos euros a ciento cincuenta hasta que la madre encuentre un empleo".

a) Existe en la jurisprudencia una tendencia a mantener el régimen de custodia que se estableció previamente en el Auto de Medidas Provisionales.

b) Ello supone una merma clara en las posibilidades de que posteriormente en el proceso principal se adjudique la custodia de manera compartida cuando previamente fue individual, paralelamente a lo que ocurre en los procesos de Modificación de Medidas.

c) De este modo, y dado que es muy común que se establezca la custodia individual en Medidas Provisionales a aquel miembro de la pareja que suele ocuparse normalmente del cuidado del menor; queda condicionado el proceso principal en lo que se refiere a la custodia de los menores.

d) Debe tenerse en cuenta que el proceso de Medidas Provisionales, al tratarse de un proceso sumario en el que no se entra en el fondo y no se analiza pormenorizadamente por tanto la cuestión de la custodia, o no de una manera tan profunda como en el proceso principal, la adjudicación individual choca directamente con lo establecido en la Constitución española, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y los tratados internacionales sobre protección del interés superior del menor. En efecto, si compartida es antes de la crisis de pareja la custodia de los hijos menores comunes, compartida debería ser siempre, salvo excepciones, y por lo establecido, entre otros, por el art. 92 del Código civil, cuando acontece la crisis, al menos en cuanto a las Medidas Provisionales, dado:

- lo que acabo de establecer.

- que se debe tener en cuenta que se trata de un proceso sumario en el que no se entra en el fondo la decisión, y con la adjudicación provisional individual se influye de manera muy invasiva en la consabida y deseada corresponsabilidad.

a) Si se tiene en cuenta, además, cómo condiciona esta decisión a la futura, se hace imprescindible un cambio legal.

b) Dicho cambio debería consistir en la adjudicación automática, salvo excepciones en caso de riesgo grave para el menor; de la custodia compartida, de modo que no quedasen mermadas las posibilidades de la atribución de la custodia compartida en el proceso principal.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E., ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales. El artículo 92.8 del Código Civil*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2017.

BECCERRIL, D. Y VENEGAS, M.: *La custodia compartida en España*, Dykinson, Madrid 2017.

CARDONA LLORENS, J.: "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención", ponencia presentada en la *Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial*, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre de 2014, [http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0\\_3553\\_3.pdf](http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0_3553_3.pdf)

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2012.

DE TORRES PEREA, J. M.: "Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, octubre 2011.

FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E.: "Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, núm. 11, 2017.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., SOLÉ RESINA, J.: *Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

RODA Y RODA, D.: *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.





JURISPRUDENCIA POSTCONSTITUCIONAL RELATIVA A LA  
SUCESIÓN DE TÍTULOS NOBILIARIOS\*

*AFTERCONSTITUTIONAL SPANISH CASE LAW ON NOBILIARY TITLE'  
S SUCCESSION*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 538-559*

\* Publicación realizada en el marco del Proyecto de investigación "La era digital: nuevos problemas para el Derecho" (AICO/2017/161. Generalitat Valenciana).



Ana María  
LLÁCER  
BOSBACH

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 29 de abril de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** Pudiera pensarse que el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, cuando establece el principio de igualdad de los españoles 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, es suficiente para zanjar cualquier disputa en torno a la sucesión en los títulos nobiliarios en España. Sin embargo, el carácter indivisible del título nobiliario, la singularidad de su naturaleza, que ha conducido a atribuirle actualmente un “valor simbólico” y, en ocasiones, las especiales previsiones de su título constitutivo han provocado el planteamiento de una rica casuística a nuestros órganos administrativos competentes, a nuestros Tribunales e incluso al Tribunal Constitucional, que han ido perfilando una interesante jurisprudencia acerca de los límites de la libertad sucesoria y la conformidad de estas previsiones con la Constitución y con las leyes. El objetivo de esta comunicación es el de repasar pronunciamientos jurisprudenciales recaídos con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución, con relación no solo a la primogenitura por razón de sexo, sino también litigios surgidos por razón de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, o por razón de la filiación adoptiva frente a la cognaticia y formular algunas reflexiones sobre la singularidad y el valor identitario de la sucesión de títulos nobiliarios así como la proyección de los criterios sentados jurisprudencialmente sobre posibles conflictos futuros que pudieren generar las técnicas de reproducción asistida o subrogada.

**PALABRAS CLAVE:** Títulos nobiliarios; sucesión; igualdad; sexo; filiación.

**ABSTRACT:** *This paper wonders about the contradiction between the article 14 of the Spanish Constitution which establishes the principle of equal treatment under the law and the prohibition of the introduction of differences because of origin, race, sex, or other personal or social conditions and the treatment given to the rules of succession of nobiliary titles by our Constitutional Court and our case law, under the Constitutional ruling. The court decisions have maintained differences because of sex and filiation, and draw doubts in the projection of these criteria to the born by the emerging techniques of human reproduction.*

**KEY WORDS:** *Nobiliary titles; succession; equality; sex; filiation.*

**SUMARIO.-** I. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO ESPAÑOL VIGENTE RELATIVO A LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.- II. PRIMERA JURISPRUDENCIA POSTCONSTITUCIONAL DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.- III. LA DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- IV. ACATAMIENTO DE DICHA DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.- 1. Evolución del criterio de varonía. La ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios y su aplicación por la Sala Iª del Tribunal Supremo.- 2. Otros supuestos: hijos extramatrimoniales, hijos adoptivos y parientes colaterales y la exigencia de contraer matrimonio con persona noble.- 3. Proyección de estos criterios sobre los casos previstos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida Humana y los casos de gestación subrogada.- V. REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS Y SOBRE SU DESENVOLVIMIENTO EN EL DERECHO ACTUAL.- VI. CONCLUSIONES.

---

## **I. MARCO CONSTITUCIONAL Y NORMATIVO ESPAÑOL VIGENTE RELATIVO A LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.**

El principal fundamento invocado para la validez constitucional de los títulos nobiliarios en España, se ha situado en la regulación de la institución de la Corona, en su artículo 62, apartados f) e i), según los cuales “Corresponde al Rey: ... conceder honores y distinciones con arreglo a las Leyes y ... ejercer el derecho de gracia, con arreglo a la ley ...”. En el marco normativo, se ha mantenido como válida la rehabilitación de la legislación anterior a nuestra Constitución de 1978, en particular, destacamos, como disposiciones más relevantes, el Real Decreto sobre concesión y rehabilitación de Títulos y Grandezas de España (27 de Mayo de 1912); el Real Decreto de 8 de julio de 1922 relativo a la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino.; la Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se restablece la legalidad vigente al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino, que deja sin efecto la eliminación de los títulos nobiliarios decretada en la IIª República. La normativa se complementa con el Decreto de 4 de junio de 1948, por el que se desarrolla la Ley de 4 de mayo de 1948 sobre Grandezas y Títulos nobiliarios y el Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo, por el que se modifican los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y 8 de julio de 1922 en materia de Rehabilitación de Títulos Nobiliarios. Respecto al orden de la sucesión, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 dispone que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión, y en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia. Esta previsión ha

### **• Ana María Llácer Bosbach**

Doctora en Derecho. Abogada del ICAV. Profesora Asociada en la Universitat de València. Correo electrónico: anabosbach@gmail.com

provocado que, en defecto de disposiciones específicas en el título constitutivo, se recurra a las disposiciones existentes al tiempo de la creación del respectivo título, las más importantes de los cuales son:

1º La Ley X, Título I de la Partida IIª, que trata de “Quales son los otros grandes e honrados Señores que non son Emperadores nin Reyes, los quales han honra de señoría por heredamiento”. Estos son los “Príncipes et Duques, et Condes, et Marqueses et Vizcondes”.

2º La Ley II, Título XV de la Partida IIª, que contiene las reglas de sucesión de la Corona y a los mayorazgos regulares “Qual debe ser el pueblo en guardar al Rey en sus hijos”.

3º Leyes XL y XLV de Toro, especialmente esta última, que incluida como Ley I.ª, Título 29, libro II de la Novísima Recopilación, establece: “Mandamos que las cosas que son de mayorazgos agora sean villas o fortalezas o de cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente en grado que según la disposición del mayorazgo debiese suceder en él, aunque haya otro tomado la posesión de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, o posesión de ellas”.

4º La Real Cédula de Carlos IVº de 29 de abril de 1804, que es Ley 25, Título Iº del libro VI de la Novísima Recopilación, según la cual: “He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes de títulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo, y

5º La Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820, que en su artículo 13 establece que el orden de sucesión de las mercedes nobiliarias seguirá la norma de su mayorazgo o carta de creación o, en su caso, el orden regular de sucesión de los mayorazgos. El mayorazgo<sup>1</sup> “... constituye una forma de vinculación civil y perpetua que daba derecho al primogénito del fundador a sucederle en la posesión y disfrute de sus bienes, pero con la condición impuesta unas veces por el fundador y otras por la ley o fuero, de que tales bienes se conservaran íntegros en la familia”<sup>2</sup>. VALLTERRA FERNÁNDEZ, observa que los mayorazgos convergen en un enlace perfecto con el origen de los títulos nobiliarios creados para la conquista, repoblación y defensa del territorio, (los primeramente surgidos, conocidos como “presura”) lo que supone tanto como su mantenimiento unido y el valor de esa unidad que representa la preferencia del primogénito, paralela a las reglas de descendencia Real

1 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: “Derecho Nobiliario Español”, *Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1982, p. 129.

2 Vid. AZCÁRATE.: “Ensayos sobre la historia del derecho de propiedad en España”, Madrid, 1879-1883, <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.cmd?id=12959>, citado por VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: “Derecho Nobiliario”, cit., p. 129

y de la conservación de la unidad patrimonial. Puede hallarse un remedio en figuras parecidas como los fideicomisos<sup>3</sup>.

El Real Decreto 836/2017, de 8 de septiembre, crea el Archivo Histórico de la Nobleza para reunir, conservar, organizar, describir y difundir los archivos generados y recibidos por la Nobleza Española, para que sean puestos a disposición de los interesados, de los investigadores y de los ciudadanos en general, y para posibilitar la investigación y para desplegar actividades científicas, pedagógicas, expositivas y cuantas sean necesarias.

La mecánica actual de concesión y transmisión de los títulos nobiliarios con o sin grandeza se produce mediante el otorgamiento de un título administrativo, la Real Carta de Concesión o Sucesión, respectivamente, suscrita por el Rey y por el Ministro de Justicia<sup>4</sup>, por el cual se confiere la posesión de los títulos dependientes de la Corona Española u otorgados en su día por la Jefatura del Estado Español, previos los trámites legales, sin perjuicio de tercero de mejor derecho. En opinión de VALLTERRA FERNÁNDEZ<sup>5</sup>, en relación con el "privilegio sucesorio" que supone su otorgamiento, sustenta la opinión de que esta configuración "precaria" del título es la que suscita la elevada litigiosidad en torno a la sucesión nobiliaria que tendremos ocasión de comprobar que existe, y que, tal vez, debiera ser objeto de revisión para dotar la detentación de una mayor seguridad jurídica. Los títulos nobiliarios en España pueden provenir de diferentes regiones históricas, siendo llamados, por ejemplo "Títulos de Castilla", "Títulos de Aragón", «Títulos de Portugal», y los "Títulos de Milán", a los que se suman los títulos contemporáneos otorgados a personalidades destacadas en el mundo de la política, la cultura, las artes y ciencias y el deporte. En cambio, los "Títulos de Sicilia" y los "Títulos de Nápoles" o "Títulos de las Dos Sicilias" son independientes, y reconocidos por el Duque de Calabria.

El extracto de la fórmula de concesión que se utiliza en la actualidad, es el siguiente: "... Con arreglo a lo prevenido en el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, previo pago del impuesto correspondiente a las sucesiones directas, se expida, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, Real Carta de Sucesión en el título..., vacante por fallecimiento (de vuestro padre) (...). Por nuestra parte habeis cumplido con dichos requisitos (...) he resuelto expedir el presente Real Despacho (...) podais usar y useis del título y que, de ahora en adelante, con él os podais llamar y titular ... sin que para perpetuidad de esta gracia sea necesario otro mandato, cédula, ni licencia, pero con declaración de que cada uno de vuestros sucesores en el mencionado

3 Vid. Guías jurídicas WoltersKluwer, <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000014367/20080708/Titulos>, consulta el 20 de febrero de 2019.

4 Su otorgamiento se produce, en su caso, previo dictamen del Consejo de Estado, tras recabar el oportuno informe de la Diputación de la Grandeza, órgano residenciado en el Ministerio de Justicia, conforme a las previsiones del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, cuya última modificación se produjo el 18 de marzo de 1988.

5 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario", cit., p. 39.

título, para hacer uso de él, quede previamente obligado a obtener previamente Carta de Sucesión dentro del término señalado y en la forma establecida o que se estableciere. Madrid, fecha, firma Real y del Ministro de Justicia...”<sup>6</sup>. el examen de su Carta de Sucesión y ABAD RODRÍGUEZ<sup>7</sup>, tras indicar que en relación a la inscripción de nacimiento, se prevé la fórmula general según la cual en el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la ley (entre los que figuran la filiación y el nombre y apellidos) expresa la opinión de que “la amplitud del precepto permite que al Registro Civil accedan otros hechos que no tiene naturaleza propia de estado civil. Así sucede con los títulos nobiliarios, cuya anotación es posible al margen de la inscripción de nacimiento sin constituir estado civil al no ser factor condicionante del grado de capacidad de las personas<sup>8</sup>”. Históricamente, se previó la constancia de la ascendencia noble en el Registro Civil en el Real Decreto de 28 de julio de 1915, actualmente en desuso. VALLTERRA FERNÁNDEZ<sup>9</sup>, recoge el caso del derecho reconocido a persona noble titulada a que figurara el título de que era poseedor en su DNI, autorizada por la RDG de Seguridad el 9 de mayo de 1975.

## II. PRIMERA JURISPRUDENCIA POSTCONSTITUCIONAL DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

La competencia jurisdiccional relativa a los títulos nobiliarios se encuentra dividida. Corresponde a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocer de las cuestiones relativas al procedimiento de concesión o sucesión, obviamente, a la Jurisdicción Penal las cuestiones relativas a posibles delitos, y así ha habido algún caso donde se ha conocido sobre el empleo de pruebas falsas para acreditar el derecho a suceder en un título nobiliario, en especial, en los casos de rehabilitación de títulos caducados (caso contemplado en la SAPM 22 junio 2002<sup>10</sup>), y finalmente, es competencia civil la correspondiente al derecho sustantivo a la rehabilitación y a la sucesión en los títulos nobiliarios. El art. 249.1º de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil prevé el juicio ordinario para las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona. Así lo ha delimitado igualmente la jurisprudencia, entre otras, en la SAN 21 septiembre 2017<sup>11</sup>, a cuyo tenor; “...Es de tener en cuenta cómo esta jurisdicción conoce (art. 1.º de su Ley reguladora) de las pretensiones

6 Agradezco especialmente al Ilmo. Sr. D. Manuel Galindo Wiedenmann, Vizconde de Estoles, su disposición a permitirme el examen de su título y su orientación general sobre la materia, así como su autorización para expresar esta nota de agradecimiento

7 Vid. ABAD RODRÍGUEZ, V.: “El Registro Civil”, trabajo relativo a la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, *docplayer.es/26242866*, p. 6.

8 Cfr. el Art. 135 del Reglamento del Registro Civil.

9 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: “Derecho Nobiliario”, cit., p. 35. Añade por nota que así lo relata la Revista “Hidalguía” de los años 1974 y 1975.

10 SAP Madrid 22 junio 2002 (Tol 520823).

11 Sentencia de la Sección Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional 21 septiembre 2017 (Tol 6369513).

que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y ciertamente no cabe calificar de actos de tal naturaleza los Decretos de rehabilitación, ya que ni emanan de la Administración ni están regidos por aquella parcela del Ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que ocurre con las denegaciones de rehabilitación que se adoptan mediante órdenes, toda vez que las mismas constituyen actos administrativos y están sometidas a las normas del mismo carácter; no debiendo en modo alguno olvidarse, según puntualizábamos en el primer fundamento, que en la demanda, escrito rector del proceso, se incorporaba el suplico de que se declarara la improcedencia de la rehabilitación efectuada y por tanto la nulidad del Real Decreto rehabilitado... , así como el derecho de la recurrente a la dignidad discutida, por haber acreditado con sobras su genealogía, cuyos pronunciamientos no nos incumben, según hemos venido reiterando, por la propia naturaleza de la disposición impugnada y por estar reservada a la jurisdicción civil la declaración del mejor derecho genealógico, y si bien alternativamente se solicitaba reponer actuaciones lo hacía previa declaración de nulidad del Decreto rehabilitador; con lo cual se estaba peticionando ante todo algo sobre lo que esta jurisdicción especializada no puede pronunciarse, pues impugnado el Real Decreto 1557/1988, su posterior revocación, en su caso, ha de ser efectuada exclusivamente por el propio Rey, una vez que se hubiera producido el vencimiento en el juicio ordinario (de mayor cuantía), y adviértase en fin que las pretendidas probanzas devienen de todo punto intrascendentes en el momento actual ...". En los mismos se prevé además la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos relativos a títulos nobiliarios, en tanto derechos honoríficos de las personas, y se ha resuelto que no procede el litisconsorcio pasivo necesario, puesto que el litigio que se plantee resuelve la cuestión "*inter-partes*", y quedan a salvo los derechos de tercero<sup>12</sup>. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sus primeros pronunciamientos tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, consideró aplicable el artículo 14 de la Constitución, a diversas peticiones efectuadas por la hija primogénita para suceder en el título nobiliario de sus ascendientes, con ineficacia del principio de varonía -preferencia del varón aunque fuera de menor edad-. Así lo ponen de manifiesto sentencias tales como la STS 13 diciembre 1997<sup>13</sup>, según la cual puede apreciarse este criterio seguido por el Tribunal Supremo, entre otras en las STS 20 junio 1987, STS 27 julio 1987, STS 7 diciembre 1988, y la STS 21 diciembre 1990. Según las mismas, la antigua preferencia del varón sobre la mujer en las sucesiones de títulos nobiliarios había de entenderse actualmente discriminatoria y, en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevinida, sin que a tal abrogación puedan atribuírsele efectos retroactivos.

12 Cfr. STS 13 diciembre 1997 (Tol 215856), STS 23 marzo 2001 (Tol 27113), o la STS 14 febrero 2011 (Tol 2046902).

13 STS 13 diciembre 1997 (Tol 5114623).



### III. LA DOCTRINA SENTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones acerca de los títulos nobiliarios. Más adelante, aludiremos a la decisión relativa al requisito de casar con persona noble, y a la validación de la interpretación efectuada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo relativa a la interpretación de la Disposición Transitoria Única de la Ley 33/2006. En este punto, hemos de referirnos al trascendente fallo recaído en la STC 3 julio 1997<sup>14</sup>, que declara improcedente la aplicación del artículo 14 de la Constitución dada la especial naturaleza de los títulos nobiliarios. Sin perjuicio de las matizaciones que nos reservamos para el epígrafe Vº del presente trabajo, baste aquí con decir que la Sentencia declara que el título nobiliario se puede considerar como un "... bien inmaterial constitutivo de un '*nomen honoris*', que es igualmente una unidad y, como tal, indivisible entre los descendientes de quien recibió la merced del Rey ...", y que le otorga una consideración de "valor simbólico", carente de contenido económico y que no puede considerarse un derecho fundamental.

### IV. ACATAMIENTO DE DICHA DOCTRINA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

En cumplimiento de lo previsto en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Tribunal Supremo procedió a variar su criterio anterior, y a atenerse al Derecho Histórico, de estar al título constitutivo y, subsidiariamente, acoger los principios de la mejor línea, mejor grado, mejor sexo y mayor edad. Resulta ilustrativa la STS 23 septiembre 2002<sup>15</sup>: "... La tesis recurrente se apoya, como la venido sustentando a lo largo del litigio, en la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de la masculinidad o varonía que se aplica en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios y que fue declarada por varias sentencias de este Tribunal al entender que tal criterio o principio preferencial era contrario al principio de igualdad sancionado en el art. 14 de la Constitución Española, doctrina jurisprudencial que ha debido ser abandonada a raíz de la STS 3 julio 1997<sup>16</sup> que declaró que la regla o criterio de preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios no es contraria al art. 14 de la Constitución ...".

#### I. Evolución del criterio de varonía. La Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios y su aplicación por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La situación no plujo a nuestros políticos, que pusieron remedio al principio de varonía, por la ley 33/2006, de 30 de octubre, de la que se trata en este epígrafe. De

<sup>14</sup> STC 3 julio 1997 (Tol 83269).

<sup>15</sup> STS 23 septiembre 2002 (Tol 4920140).

<sup>16</sup> Vid. nota 14.

esta forma, la prevalencia del varón sobre la mujer de mayor edad en el orden de sucesión en los títulos nobiliarios únicamente se mantiene con relación a la Corona en el artículo 57.1 de la Constitución Española. La previsión fundamental de la Ley 33/2006 decreta que “El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos.”<sup>17</sup> “En consecuencia, dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de Concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. En estos supuestos, los jueces y tribunales integrarán el orden sucesorio propio del título ...”. Lo que ha resultado especialmente interesante, es la interpretación de su Disposición Transitoria única, que, en el primer y segundo apartado, prevé la irretroactividad, pero, en su apartado tercero y cuarto, establece que “no obstante lo previsto por el apartado 1 de esta disposición transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido entre aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de Ley en el Congreso de los Diputados, y el 20 de noviembre de 2006, fecha de entrada en vigor de la presente Ley. La Autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días. 4. Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado anterior aquellos expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley”. Ello ha conducido al Tribunal Supremo -así la STS de 16 enero 2012<sup>17</sup> - a admitir las reclamaciones que, a las fechas señaladas en la Disposición Transitoria no habían sido objeto de sentencia firme y respecto de las que no habían transcurrido los cuarenta años de prescripción adquisitiva previstos para este título, cuando se han formulado por interesada que, salvando la condición de varonía, hubiera tenido mejor derecho. Lo validan la STC 6 octubre 2014<sup>18</sup> y la STC 22 octubre 2014<sup>19</sup>, que consideran que la interpretación supone una aplicación razonada de las reglas transitorias de la Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios a un supuesto de cesión del título. Resuelven casos en que el recurrente denuncia el carácter arbitrario, erróneo y manifiestamente irrazonable de la interpretación y aplicación de la disposición mencionada a la resolución del caso. Así, el caso de un poseedor respecto del que se viene a declarar la invalidez de la transmisión del título nobiliario

17 STS 16 enero 2012 (núm. 992, 2011); cfr. STS 4 marzo 2013 (Tol 3055916) de la que fue ponente Javier ORDUÑA MORENO.

18 STC 6 octubre 2014 (Tol 4530536).

19 STC 22 octubre 2014 (Tol 4552850).

que ostenta, acaecida en 1984 de conformidad con la legislación vigente en aquel momento, sobre la que no existía controversia, pleito o recurso pendientes, lo que, según las alegaciones del litigante suponía ignorar la regla de irretroactividad de la Ley 33/2006 consagrada en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Única de la Ley que obliga a respetar las transmisiones de títulos nobiliarios válidamente realizadas con arreglo a la legislación anterior, haciendo inoperante y vaciando de contenido la citada regla. Por otro lado, se quejan los recurrentes de la diferencia de trato dispensado por la Sentencia impugnada según se trate del enjuiciamiento de supuestos de cesión o de distribución de títulos nobiliarios por parte de su titular. Es de significar que, pese a la extensión del período de prescripción durante cuarenta años, la previsión tendrá generalmente un alcance limitado a la sucesión del transmisor inmediato, toda vez que habrían de ser aplicables los artículos del Código Civil relativos a la prescripción adquisitiva y, en especial, el artículo 1960, que, en su apartado 1º permite al poseedor actual completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante. El caso no aplica al supuesto de distribución de sus títulos efectuada por su causante de acuerdo la legalidad vigente -actualmente, esta posibilidad se recoge en el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912-, por suponer la instauración de una nueva línea, así lo corrobora la STS 30 julio 1998<sup>20</sup>, en cuanto al precepto actual y otra STS de 5 julio 2004<sup>21</sup>, en cuanto a la irretroactividad de la restricción dispositiva que previó la Real Cédula de Carlos IVº de 1804. La STS 11 junio 2001<sup>22</sup>, entre otras, estima la procedencia de la prescripción inmemorial del título nobiliario.

## **2. Otros supuestos: hijos extramatrimoniales, hijos adoptivos, parientes colaterales y la exigencia de contraer matrimonio con persona noble.**

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional han tenido que resolver además una serie de recursos planteados por razón del tipo de filiación o por razón del parentesco u otras exigencias como la de contraer matrimonio con persona noble, cuando estas últimas previsiones se encontraban en el título constitutivo de la respectiva merced nobiliaria, en las cuales el criterio ha sido el de estar al título, según la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional de que no nos hallamos ante un derecho fundamental de la persona, por lo que ha de respetarse el sustrato histórico y el tenor de los títulos. Concretamente, podemos enumerar la STS 12 enero 2015<sup>23</sup>, relativa a la exclusión de los hijos adoptivos, en la que el Tribunal Supremo considera el requisito de consanguinidad en la herencia de títulos nobiliarios<sup>24</sup>, al resolver el litigio entre el hermano y el hijo adoptivo de un

20 STS 30 julio 1998 (Tol 5156979).

21 STS 5 julio 2004 (Tol 483458), de la que fue ponente Antonio GULLÓN BALLESTEROS.

22 STS 11 junio 2001 (Tol 72900).

23 STS 12 enero 2015 (Tol 4710541).

24 Es de reseñar que el Real Decreto de 27 de mayo de 1912 exige este requisito para la rehabilitación de un título en su artículo 8.

conde fallecido en favor del primero, y la STS 8 marzo 2016<sup>25</sup>, relativa a la exclusión de hijos extramatrimoniales por exigencia del título. Ambas sentencias, de las que fue ponente Antonio SALAS CARCELLER, cuentan con sendos votos particulares de los Magistrados Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y Javier ARROYO FIESTAS, a los que retornaremos en el epígrafe Vº de este trabajo. Añadimos al elenco el caso resuelto en la STC 24 mayo 1982<sup>26</sup>, relativo a la constitucionalidad de la exigencia de desposar con persona noble prevista en el título "... pues no siendo inconstitucional el título nobiliario no puede serlo supeditar su adquisición por vía sucesoria al hecho de casar con noble; la condición reseñada no es en definitiva contraria al artículo 14 CE, porque, de otorgarse el amparo, resultaría la insalvable contradicción lógica de ser la nobleza causa discriminatoria y, por ende, inconstitucional a la hora de valorar la condición para adquirir el título, pero no a la hora de valorar la existencia misma y la constitucionalidad del título nobiliario en cuestión ...". A tal efecto, BARRIOS PINTADO, ALVARADO PLANAS Y GÓMEZ SÁNCHEZ, puntualizan que debiera ser irrelevante si la condición de noble se ostenta por título o por mera hidalguía, si bien advierten que no es cuestión pacífica, pero que relevantes resoluciones judiciales han venido reiterando tal afirmación<sup>27</sup>. Nos dicen que son prueba de ello las varias causas seguidas ante los Tribunales Españoles en las que estaba en cuestión el uso de un título nobiliario como marca comercial o su utilización en el mundo empresarial<sup>28</sup>.

### 3. Proyección de estos criterios sobre los casos previstos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida Humana y los casos de gestación subrogada.

La Ley de Reproducción Asistida Humana engloba una serie de supuestos heterogéneos que abarcan desde la procreación de parejas que, por diversos defectos, se sirve de técnicas asistidas aportando su propio material genético hasta los casos en que se recurre a material genético de donante. La donación de material, en este último caso, se configura en Derecho Español de forma altruista y anónima, y se adoptan las medidas para que la identidad del o de la donante no sean reveladas. Este hecho impide conocer las posibles relaciones de parentesco cognaticio que pudieren incumbir al concebido por estas técnicas y la consiguiente aplicación de los criterios expuestos respecto del afectado o afectada. El artículo 7.2 de dicho texto legal prevé que "En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación". A ello se suma la confusión que evidencia el apartado tercero de dicho artículo entre las funciones y obligaciones parentales y la filiación, al permitir que figure como tal la del o de la cónyuge de

25 STS 8 marzo 2016 (Tol 5660468).

26 STC 24 mayo 1982 (Tol 79000).

27 BARRIOS PINTADO, F., ALVARADO PLANAS, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "Dictamen jurídico. Nobleza no titulada. (Hidalguía)", *Instituto Español de Estudios Nobiliarios*, Móstoles, 2013, pp. 81 y ss.

28 Vid. STS 14 septiembre 2011 (Tol 2261391).

la madre<sup>29</sup>, y el creciente oscurantismo del Registro Civil sobre las circunstancias del nacimiento, que empañan su posible investigación. GÓMEZ BENGOCHEA<sup>30</sup> destaca como hitos que empañan el conocimiento de los datos de origen, incluso para el propio interesado<sup>31</sup>, los siguientes: 1º. La posibilidad reconocida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Instrucción de 15 de febrero de 1999, de sustituir la inscripción originaria de nacimiento del adoptado por una nueva en la que consten únicamente los datos de la filiación adoptiva, manteniéndose, eso sí, una referencia a la existencia de una inscripción originaria de publicidad restringida. La autora advierte que esta reseña puede bien pasar desapercibida a un interesado que no ha sido informado sobre sus orígenes. 2º La posibilidad recogida en el artículo 76 del RRC de, a solicitud del nacido o de sus representantes legales, trasladar la inscripción del nacimiento al Registro del nuevo domicilio siempre que transcurran al menos 25 años antes del siguiente traslado, y, 3º, Lo previsto en la Instrucción de 1 de julio de 2004 de la DGRN, que modifica la regla primera de la Instrucción de 15

- 29 Vid. ARRECHEDERA, L.: "Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la Ley: la doble vertiente constitucional de la libre investigación de la paternidad", en *Libro Homenaje a José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, pp. 381 y ss.
- 30 Vid. GÓMEZ BENGOCHEA, B.: "El derecho a la identidad filial o biológica en el Ordenamiento Jurídico Español", *Icade, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 72, 2007, pp. 259-298.
- 31 GÓMEZ BENGOCHEA, B.: "El derecho", cit., pp. 259-298, (no especialmente numeradas, aunque se corresponde con las pp. 20 y ss. de la exposición) recopila, una serie de normas relativas al acceso de datos obrantes en los Registros Públicos, que determinan asimismo la protección de datos reservados y cuyo conocimiento puede afectar al Derecho a la intimidad. La Constitución Española (CE) en su artículo 105b) menciona que "la ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas", y en el art. 18 CE garantiza el derecho al honor la intimidad familiar y la propia imagen. El derecho al acceso de datos por el interesado lo establecía el art. 6 de la Ley del Registro Civil, actualmente, lo prevé el art. 11c) de la LRC de 2011, pero diversas medidas dificultan el acceso a los datos sobre el origen biológico de las personas. La posibilidad de conocimiento de los datos por el interesado se encuentra limitada por el caso del artículo 125 CC., en el que no se permite la determinación de la filiación de los dos progenitores si éstos son hermanos o consanguíneos en línea recta sin autorización judicial, y así ocurre también en los casos de hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida. El artículo 46 de la LRC: establecía que la adopción se anotará al margen de la inscripción correspondiente al nacimiento del niño, sin que se vea afectada la inscripción originaria, lo que, en la Ley de 2011 se prevé en el art 4. Los datos se protegen respecto de terceras personas de forma especial. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, califica como intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, garantiza al paciente atendido en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en dichos centros. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, menciona expresamente en la Disposición Adicional Primera que "las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las Instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción". La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconocía el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, pero lo limitaba estableciendo que "el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas. Hoy ha de estar a los artículos 17 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y las previsiones de protección de datos, que básicamente, mantienen estas cautelas. Por último, el Código Penal español castiga la revelación de secretos, agravando las penas si los datos son revelados a terceros, si se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, archivos o registros, o si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, así como si la conducta es llevada a cabo por funcionarios o profesionales con obligación de sigilo o reserva. Así lo prevé el art. 417.1 del CP.

de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción. En ella se recoge que es posible que en la inscripción del nacimiento posterior a la adopción no conste el lugar real de nacimiento del niño, sino que éste sea sustituido por el domicilio habitual de los padres adoptivos, constando el dato del lugar de nacimiento únicamente en la inscripción originaria junto con la identidad de los padres biológicos.

Las cosas se están haciendo algo mejor respecto de los hijos nacidos por gestación subrogada. La técnica se prohíbe por la Ley 14/2006, pero viene impuesta “*de facto*” por los supuestos acaecidos en el extranjero por padres de deseo españoles, y por la necesidad de atender el superior interés del menor que quedaría desprovisto de nacionalidad y protección según las normas del país de origen. La ley española ha mantenido la previsión de la determinación de la madre por el hecho del parto<sup>32</sup> aunque, hoy día, el material genético no siempre es necesariamente el de la madre gestante, si bien la incorporación de la inscripción en el Registro Civil Español, cuando el hijo lo es biológicamente al menos del padre, se está realizando por la vía de la adopción del cónyuge, conforme al art. 178.2 a) del Código Civil y así se viene haciendo constar, en consonancia con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas<sup>33</sup>.

Volviendo a nuestro caso, de proyección de los criterios descritos en los apartados precedentes relativos a la sucesión de títulos nobiliarios, salta a la vista que estos nuevos supuestos exigirían prescindir por completo de las indicaciones de filiación legalmente previstas y estar a la realidad biológica de la filiación en aquellos casos en que ésta fuera conocida o pudiera establecerse. En los casos de donante anónimo, el dilema sería si partir de una presunción favorable al interesado, o de una presunción negativa. Cualquier solución dista de ser plenamente satisfactoria.

## V. REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS Y SOBRE SU DESENVOLVIMIENTO EN EL DERECHO ACTUAL.

El fundamento de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su repetida STS 3 julio 1997<sup>34</sup>, recogido en la Exposición de Motivos de la Ley 33/2006<sup>35</sup>, es el

32 Vid. Art. 10 L. 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Asistida Humana.

33 Cfr. STS 2 febrero 2015 (Tol 4722714), y la SAP de Murcia 31 enero 2019 (Tol 7087158).

34 Vid. nota 14.

35 La Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios establece en su exposición de motivos:

“... Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social. Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de

de considerar que el ostentar un título nobiliario no supone en modo alguno “un *status* o condición estamental y privilegiada”, ni tampoco conlleva hoy el ejercicio de función pública alguna, por lo que las consecuencias jurídicas inherentes al mismo o su contenido jurídico se agotan “... en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre”.

Pero lo relevante en relación con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución es que “si la adquisición de un título de nobleza sólo viene a constituir un hecho diferencial cuyo significado no es material sino sólo simbólico, este carácter excluye, en principio, la existencia de una posible discriminación al adquirirlo, tanto por vía directa como por vía sucesoria, dado que las consecuencias jurídicas de su adquisición son las mismas en ambos casos...”. En definitiva, considera que el derecho al título nobiliario, en la actualidad, está desprovisto de contenido material, y que es meramente honorífico, y no merece la tutela propia de un derecho fundamental. La distinción parece enlazar con las que apuntara en su día Federico de Castro<sup>36</sup>: “... De hecho, cuando en 1972 el propio Castro vuelve sobre los bienes de la personalidad, distingue entre los que considera “bienes esenciales” (vida, integridad corporal, libertad) y los que denomina “bienes sociales e individuales”, que entiende como separables de la personalidad, pero que le atañen muy directamente (honor y fama, intimidad personal, imagen, condición de autor), además de otros análogos, entre los que se incluye el derecho al nombre; únicamente en cuanto a los primeros el autor afirma que “la persona no tiene con ellos un verdadero derecho subjetivo ‘*ius dominativum*’, que carece de un poder dispositivo sobre los mismos (...) que están fuera del comercio de los hombres<sup>37</sup>, y que sus facultades sobre los mismos se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, indemnización ...”<sup>38</sup>. Esta autora opina que “... la de los derechos de la personalidad, es una categoría reconocida en el propio ordenamiento positivo (...). Cabe citar en nuestro derecho la referencia expresa a la categoría en el Preámbulo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, ley que considera el verdadero Derecho general de los derechos de la personalidad en nuestro ordenamiento jurídico, o, al menos, aquéllos que presentan naturaleza incorporal; también los arts. 162.1 CC<sup>39</sup>, 211-5 y 222-47 CCCat.<sup>40</sup> y 7.1

---

nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey...”.

36 Vid. GARCÍA RUBIO, M. P.: “La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad”, en DIEZ PICAZO, L. et al.: *Glosas sobre Federico de Castro*, Cizur Menor, 2015, capítulo 6, pp. 239 y ss.

37 Cfr. el art. 1271 CC.

38 CASTRO Y BRAVO, F.: “Derecho Civil de España”, Madrid, 1972, pp. 10 y ss., citado por García Rubio.

39 Este artículo se refiere a los “derechos de la personalidad” del menor.

40 En los casos citados se atribuyen al propio menor el ejercicio de los “derechos de la personalidad” y se excepcionan frente a las facultades de su representante legal.

a), 12 y 35 CDFA<sup>41</sup>, así como el hecho de haber sido objeto de un amplísimo reconocimiento jurisprudencial ...<sup>42</sup>. BARRIOS PINTADO y otros<sup>43</sup> nos muestran que por ahora no ha sido otra la tendencia del TEDH y del TJUE. Nos relatan que el TEDH ha denegado reconocer una vulneración de la igualdad a un grupo de mujeres primogénitas que reclamaron el derecho a ostentar el título de sus ascendientes en una STEDH 28 octubre 1999<sup>44</sup>, ya que el artículo 14 del Convenio Europeo en el que se basaba la acción jurisdiccional del Tribunal reconocía la igualdad como derecho relacional, es decir, que solo podía alegarse ante la violación de la igualdad ante el Tribunal Europeo en relación con la vulneración de cualquiera otro de los derechos reconocidos en el Convenio. Las recurrentes apoyaron su pretensión en el artículo 8 del Convenio alegando perturbación de su vida privada en relación con el artículo 14 y, por tanto, discriminación. El Tribunal -nos dicen- también valoró la pertinencia del Protocolo núm. 1 del Convenio, pero dictaminó que en el ámbito del Convenio no podía encuadrarse la reivindicación sobre igualdad de los títulos nobiliarios. No obstante, los autores del informe señalan que la entrada en vigor del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo sobre prohibición de discriminación en general, que reconoce la igualdad en cualquier situación, puede haber variado esta situación, ya que no es necesario, a partir de la vigencia de este nuevo protocolo, vincular el derecho a la igualdad con otros preceptos del Convenio para obtener la tutela del Tribunal Europeo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos dice el informe referido que se ha planteado un caso relativo al uso de la denominación de un título nobiliario como nombre. La STJUE 15 agosto 2009<sup>45</sup> tuvo su origen en la reivindicación de una ciudadana comunitaria, nacida en un Estado que prohíbe a sus nacionales el uso de títulos de nobleza extranjeros. La demandante reclamó el reconocimiento de la inscripción de su nombre haciendo constar la partícula nobiliaria que la recurrente había obtenido como consecuencia de haber sido adoptada por un nacional de otro Estado Miembro. El artículo 21 del TFUE, dice el Tribunal de Justicia, debe interpretarse en el sentido de que no hay oposición a que las autoridades de un Estado miembro, en circunstancias como las del litigio principal, puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro en el que reside el citado nacional.

41 Los casos señalados se refieren a la capacidad del menor mayor de catorce años que tuviere suficiente juicio de tomar las decisiones sobre el ejercicio de los derechos de la personalidad, y a la excepción de asistencia del mayor de edad no judicialmente incapacitado que no estuviere en condiciones de decidir por sí mismo, respecto de posibles intromisiones en el ejercicio de los "derechos de la personalidad" por el mismo.

42 GARCÍA RUBIO, M. P.: "La huella", cit., p. 243.

43 BARRIOS PINTADO, F., ALVARADO PLANAS, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "Dictamen", cit., pp. 91 y ss.

44 STEDH 28 octubre 1999, citada por BARRIOS PINTADO y otros, "Dictamen", cit., p. 91.

45 STJUE 15 agosto 2009, Doc 139, cfr. STJUE 22 octubre 2010 (Tol 2165691).



De hecho, la naturaleza de los títulos nobiliarios resulta compleja. Ya nos hemos referido a las facultades que la Constitución otorga al Rey (o Reina) en su artículo 62. El propio título determina las condiciones de su concesión y de la sucesión en el mismo. Pero, una vez concedido el derecho de transmisión del título por causa de muerte, habrá que reconducir dicho derecho de transmisión al derecho "... a la herencia" previsto en el artículo 33 de la Constitución, que no es un derecho a heredar; sino a transmitir los propios bienes "*mortis causa*", con los límites legalmente establecidos<sup>46</sup>. Se ha señalado que la transmisión de los títulos nobiliarios constituye una sucesión especial, "vinculada"<sup>47</sup>. Esto supone la adscripción a una estirpe, a un linaje del que no puede apartarse, al menos, teóricamente, pero al que en todo caso debe volver. Para el Tribunal Supremo, "los títulos y grandezas tienen carácter vincular"<sup>48</sup>. Este mismo autor<sup>49</sup>, reflexiona sobre el significado de la distinción honorífica que supone un título nobiliario, que tilda de "*quasi honorífica*" y nos dice que "... El título nobiliario es, evidentemente, más que una condecoración; incluso más que el ingreso en una Orden de nobleza. Pero no llega a constituir un "*status*" personal. Predominan una serie de factores tendentes a distinguir, a elevar, a premiar por una parte, pero, por otra, no hay que olvidar factores que, de alguna manera, constituyen una contraprestación con lo que deja de ser una mera distinción. Ya en la alta Edad Media se hablaba de "contrato" entre el Rey y los nobles. (...) Caracterizan esta distinción "*quasi honorífica*" tres notas: En su origen, la merced, aunque fuera más jurisdiccional que honorífica, se concede a cambio de que el nombrado conquiste, repueble, defienda; en una etapa posterior, se concede como premio a los más variados servicios lo que constituye igualmente una contraprestación; por último, se concede por el pago de los impuestos "especiales" llámense *annatas*, lanzas o arbitrios. (...) La merced nobiliaria había que ganarla con esfuerzo, con voluntad, con sacrificio, es decir, obligando al investido a una conducta beneficiosa para la causa común y, en todo caso, para la sociedad de la que formaba parte...". Este carácter, a tenor del autor citado, debiera constituir uno de los aspectos más cuidados y atendidos por la legislación si se pretende que el título nobiliario siga cumpliendo su razón histórica. La exigencia de méritos en los expedientes de rehabilitación de mercedes nobiliarias que hoy se exige nos dice que no es ni más ni menos que un vestigio de aquella función social que hoy permanece fuera en nuestra sociedad actual sin que haya sido sustituida por otra. El art. 8 del RD de 27 de mayo de 1912 exige que la parte legítima que solicite la rehabilitación de la merced en su favor acredite:

46 Cabe tener en cuenta que el derecho Real del art. 62 f) e i) de la Constitución se le otorga "de acuerdo con la Ley", como es su propio tenor y hemos recogido al inicio del presente trabajo, y que respecto del derecho "a la herencia" del art. 33 de la CE y de todos los "derechos y deberes" de la Sección segunda del capítulo 2º del Título I de la CE también se explicita en el art. 53.1 CE que "la ley delimitará el contenido de estos derechos, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial".

47 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario", cit., p. 39.

48 Así lo reconocen, entre otras, las STS 5 mayo 1960, 19 octubre 1960, 20 marzo 1961 y 3 marzo 1972, citadas por VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario", cit., p. 39.

49 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario", cit., p.26.

1.º La anterior existencia y la supresión de la misma;

2.º Que el solicitante se encuentra dentro de los llamamientos á la sucesión, según el orden establecido, y es pariente consanguíneo del primero y del último poseedor

3.º Que el peticionario reúne méritos bastantes y rentas suficientes para ostentar decorosamente la dignidad que pretende rehabilitar.

Actualmente, frente a la opinión de VALLTERRA FERNÁNDEZ, pudiera afirmarse que se recompensan méritos del campo de la cultura, las ciencias, las artes, el deporte y aquéllos otros de relevancia social actual<sup>50</sup>. Por lo que el elemento aglutinador de los títulos nobiliarios, una vez despojados en gran medida de su valor patrimonial inicial, puede afirmarse que es el de distinguir a personas que se caracterizan por haber encarnado o encarnar méritos positivamente percibidos en la sociedad al tiempo de su concesión. Salvando las distancias, entiendo que éste es el punto clave que ha de ser objeto de protección en la transmisión y sucesión de los títulos nobiliarios, idea que está sujeta a la evolución de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y entiendo que debe ser el criterio orientador para la protección del nombre y título en la sucesión.

Los arts. 4 y 5 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen regulan la protección “*post-mortem*” y pueden servir de criterio inspirador para la protección debida a la memoria de la persona distinguida con una merced nobiliaria (si bien, sin el límite temporal general). Destacamos, en particular, la legitimación eventual del Ministerio Fiscal para intervenir en defensa de la memoria del difunto prevista en el art. 4 y el art. 5.1 de la misma, a cuyo tenor: “Cuando sobrevivan varios parientes (...), cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.” Esto último se corresponde con la regla que permite acreditar la idoneidad objetiva para ser portador del título nobiliario por vía de sucesión, sin perjuicio de la prelación necesaria por motivos de seguridad jurídica y por razón de la indivisibilidad del título. Todo esto no se ve en modo alguno reñido con los principios constitucionales de igualdad por razón de sexo ni por razón de origen o nacimiento, por lo que debiera revisarse, en su caso, la postura sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 3 julio 1997<sup>51</sup>, más allá del único punto modificado por el legislador en la ley 33/2006, con relación a la no discriminación por razón de sexo. Encuentro por ello justificados los votos particulares emitidos

50 Entre los títulos otorgados por el Rey Juan Carlos I hasta su abdicación en 2014, pueden enumerarse ejemplificativamente el Ducado de Suárez, al ex-presidente del Gobierno, el Marquesado de Iria Flavia a Camilo José Cela, el Marquesado de Vargas Llosa, a dicho autor, el Marquesado de los Jardines de Aranjuez, a Joaquín Rodrigo, el Marquesado de Marañón a dicho endocrino, el Marquesado de Tápies a dicho pintor o el Marquesado de Del Bosque, al que fuera entrenador de fútbol de la Selección Nacional.

51 Vid. nota 14.

por los Magistrados O'CALLAGHAN MUÑOZ y ARROYO FIESTAS en las STS 12 enero 2015<sup>52</sup> y STS 8 marzo 2016<sup>53</sup>, relativas a la sucesión del título por parte de los hijos extramatrimoniales, que, además, tiene base histórica<sup>54</sup>, aún en los casos en que el título disponga otra cosa, y respecto de los hijos adoptivos. Los votos particulares emitidos invocan además el art. 10 de la Constitución la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En cuanto a los hijos adoptivos, sí que cabría efectuar una matización respecto de figuras históricas y comparadas que no suponen una adopción plena y las nuevas ideas de “adopción simple” o “adopción abierta” sugeridas por algunas Comunidades Autónomas con competencia civil<sup>55</sup>.

52 STS 12 enero 2015 (Tol 4710541).

53 STS 8 marzo 2016 (Tol 5660468). El voto particular redactado por los Magistrados señalados expresa que “... Para impedir que la Carta de Concesión de un título nobiliario suponga la perpetuación de una odiosa discriminación (en contra de los hijos habidos fuera del matrimonio) no es necesario aguardar una ley que lo establezca, sino que basta con la aplicación directa de los mandatos constitucionales y/o de los textos internacionales que vinculan al Juez como órgano del Estado, que suscribió dichos Tratados (art. 96 Constitución ). Establece la Declaración Universal de Derechos Humanos: Artículo 2.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Establece el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: Artículo 14.- El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Por último, la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece:

Artículo 20.- Igualdad ante la ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. Artículo 21.- No discriminación.

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. CUARTO- Los referidos textos internacionales impiden la discriminación...”.

A todo ello podemos añadir que el artículo 39.2 establece que «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación...». También la Ley 11/81, de 13 de mayo modificó, entre otros, el artículo 108 del Código Civil para equiparar a los hijos matrimoniales los no matrimoniales y los adoptivos, estableciendo en su párrafo segundo que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código». En ninguno de estos preceptos se matiza que su ámbito de aplicación haya de quedar restringido a la protección de los derechos fundamentales.

54 Vid. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: “Derecho Nobiliario”, cit., p. 118 y ss. El autor nos recuerda que, en tanto el derecho común históricamente mantenía discriminaciones entre hijos legítimos e ilegítimos, no ocurría así en la costumbre nobiliaria, en la que, empezando por la propia realeza, se reconocía a la bastardía acceso a la Corona, como lo demuestra el caso de Enrique II° de Trastámara. Queda de manifiesto la necesidad de actualizar esta figura, adecuándola al avance que en este sentido se ha conseguido en el Derecho Civil Común sobre filiación, por un elemental criterio de humanidad que impide seguir manteniendo discriminaciones de este tipo.

55 La Exposición de Motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, de aprobación del Libro II° del Código Civil Catalán recoge los esfuerzos llevados a cabo en esta Comunidad Autónoma por facilitar el mantenimiento de vínculos del adoptado con su familia de origen. Nos dice que: “(...) se reconoce explícitamente el derecho de los adoptados a conocer la información sobre su origen y, en línea con la legislación comparada más moderna, se impone a los adoptantes la obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción. Para hacerlo efectivo, se establece, asimismo, un procedimiento confidencial de mediación. También y excepcionalmente, se abren fórmulas para que, en interés del hijo adoptado, este pueda continuar manteniendo las relaciones personales con la familia de origen...”.

En definitiva, cuando no se produce una separación de la familia de origen, puede resultar más dudosa la procedencia de la sucesión en el título nobiliario<sup>56</sup>.

Otro punto discutible es la rigidez en cuanto a las vías de transmisión voluntaria, con la autorización Real correspondiente. En un primer momento, es indiscutible el valor patrimonial de los títulos en tanto llevaban aparejados cargos jurisdiccionales y recaudatorios en favor de sus titulares. Este hecho lo evidencian, entre otros, documentos de capitulaciones matrimoniales de la España moderna<sup>57</sup>, en que se comercia con estos derechos como dote. VALLTERRA FERNÁNDEZ<sup>58</sup> relata algunos casos posteriores de enajenaciones autorizadas para determinados fines. Entre éstos se encuentra el caso del título de Marqués de Sotohermoso; documentado el 13 septiembre de 1703, por la titular, para subvenir a la situación de necesidad en que se encontraban la sucesora y el Convento en el que ingresa. Se crearon también títulos destinados a su venta a fin de subvenir a las necesidades de las arcas públicas. Se plantea una paradoja entre si es más perjudicial que un título sea enajenado, a que no sea ostentado en condiciones adecuadas. El autor opina que la legislación nobiliaria siempre ha sido rigurosa en el sentido de exigir que se ostentara el título con plena dignidad. Parece más adecuado -nos dice el autor- autorizar la enajenación de la merced para que la disfrute persona idónea, siempre se exigía que la persona favorecida ostentara objetivamente las condiciones a tal efecto<sup>59</sup>.

Actualmente, algunas Sentencias han puesto de manifiesto que un título nobiliario puede llegar a adquirir cierto valor patrimonial en su utilización como marca o nombre comercial. Nos remitimos para ello a las STS 29 febrero 2000<sup>60</sup>, relativa a un caso de uso comercial del título por una cooperativa antes de que la interesada hubiera obtenido su rehabilitación, pero en que la misma se resuelve que no ejerció oportunamente la oposición a la marca cuando pudo hacerlo, o a las declaraciones efectuadas por el VIII<sup>o</sup> Marqués de Cáceres<sup>61</sup>. El estudio de este aspecto excede de las posibilidades de la presente comunicación.

56 Sobre este tema, Vid. SÁNCHEZ CANO, M. J.: "Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 642-675. Han de tenerse en cuenta especialmente el artículo 30 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopciones Internacionales, de la que se ha aprobado un Reglamento por RD 165/2019, de 22 de marzo y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993.

57 Vid. un ejemplo en LÓPEZ MILLÁN, M. A.: "Linaje y matrimonio en la España moderna. Las capitulaciones matrimoniales entre Gaspar Téllez-Girón y Feliche Gómez de Sandoval (1642)", *Revista Historia Autónoma*, núm. 4, 2014, pp. 83-96.

58 VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario", cit., pp. 36 y ss.

59 El conflicto de intereses que puede surgir entre el derecho a ostentar un título y el interés del estamento nobiliario de que sea ostentado en condiciones adecuadas, entiendo que parece justificado resolverlo en favor de este último, habida cuenta de que no estamos ante un derecho fundamental de las personas, y de que el elemento más delicado que debe cuidarse es la imagen pública del colectivo titulado. Además, esta solución permite al interesado con mejor derecho mejorar su situación personal, con lo que surgen ventajas para todos los intereses en liza.

60 STS 29 febrero 2000 (Tol 2435), de la que fue ponente Francisco MARÍN CASTÁN.

61 Vid. MUÑOZ PEIRATS, M. J.: "Nobleza Valenciana, Un paseo por la historia", Generalitat Valenciana, Valencia, 2006, p. 349.

## **VI. CONCLUSIONES.**

1º Los títulos nobiliarios actualmente no gozan de la condición de derechos fundamentales de la persona, pero sí merecen una protección civil que puede inspirarse en los criterios establecidos en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, lo que no se encuentra reñido con el hecho de obviar los impedimentos tenidos en cuenta en momentos históricos para la sucesión en el título, y debería conducir a una revisión de lo sentado por la STC 3 julio 1997, más allá de la eliminación del principio de varonía. La vía más adecuada sería la legislativa, de acuerdo con el tenor de la propia Sentencia del Tribunal Constitucional. Deberían determinarse por ley los casos en que la falta de observancia de los valores precisados de protección pudiere llevar a privar del título nobiliario a su detentador.

2º Los títulos sí tienen un cierto valor patrimonial e históricamente se ha podido disponer de los mismos en un primer momento y, más tarde, a determinadas situaciones como la carencia de medios para desempeñarlos en condiciones adecuadas. La acreditación de esta condición para obtener la rehabilitación del título caducado prevista en el art. 8.3 del RD de 27 de mayo de 1912 debería extenderse al requisito de mantenimiento de dicha condición durante el tiempo de la detentación del título, y facilitarse su enajenación en el ámbito familiar, en favor de personas que objetivamente reúnan los requisitos para ser portadores del título, con la debida autorización Real, y con las debidas garantías para el adquirente.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAD RODRÍGUEZ, V.: "El Registro Civil", trabajo relativo a la Ley 20/ 2011, de 21 de julio del Registro Civil, *docplayer.es/26242866*

ARRECHEDERA, L.: "Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la Ley: la doble vertiente constitucional de la libre investigación de la paternidad", en *Libro Homenaje a José María Miquel*, Cizur Menor, 2014.

AZCÁRATE, G.: "Ensayos sobre la historia del derecho de propiedad en España", Madrid, 1879-1883, <https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.cmd?id=12959>.

BARRIOS PINTADO, F., ALVARADO PLANAS, J., GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: "Dictamen jurídico. Nobleza no titulada. (Hidalguía)", *Instituto Español de Estudios Nobiliarios*, Móstoles, 2013.

CASTRO Y BRAVO, F.: "Derecho Civil de España", Madrid, 1972

GARCÍA RUBIO, M. P.: "La huella y el legado de Federico de Castro en la moderna protección civil de los derechos de la personalidad", en DÍEZ PICAZO, L., et al.: *Glosas sobre Federico de Castro*, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: "El derecho a la identidad filial o biológica en el Ordenamiento Jurídico Español", *Icade, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 72, 2007.

LÓPEZ MILLÁN, M.A.: "Linaje y matrimonio en la España moderna. Las capitulaciones matrimoniales entre Gaspar Téllez-Girón y Feliche Gómez de Sandoval (1642)", *Revista Historia Autónoma*, núm. 4, 2014.

MUÑOZ PEIRATS, M. J.: "Nobleza Valenciana, Un paseo por la historia", Generalitat Valenciana, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ CANO, M. J.: "Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 2018.

VALLTERRA FERNÁNDEZ, L.: "Derecho Nobiliario Español", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

Guías jurídicas Wolters Kluwer;

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000014367/20080708/Titulos>, consulta el 20 de febrero de 2019.







PANORAMA



ERRADICAR LA POBREZA GLOBAL: UN IMPERATIVO  
MORAL Y UN COMPROMISO JURÍDICO\*

TO ERADICATE THE GLOBAL POVERTY: A MORAL IMPERATIVE AND  
A LEGAL COMMITMENT

*Rev. Boliv. de Derecho N° 28, julio 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 562-585*

\* El trabajo ha sido realizado como investigadora perteneciente al grupo de investigación "Derecho sostenible, gobernanza mundial y regional, orden internacional y europeo contemporáneos", de la **Universitat de València** (GIUV2016-269) y en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía, Industrial y Competitividad, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional "El pilar ambiental del desarrollo sostenible: evolución en el marco del Derecho Internacional y europeo" (DER2017-85443P (MINECO, AEI/FEDER, UE).



María  
CERVERA  
VALLTERRA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 21 de marzo de 2019

**ARTÍCULO APROBADO:** 1 de junio de 2019

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza el contexto y las circunstancias que giran en torno a la situación de pobreza global actual. Se plantean interrogantes a fin de subrayar y militar en favor de la necesidad de ofrecer respuestas adecuadas y eficaces y de suficiente alcance para que mitiguen este problema humano en el ámbito universal. Ello llevará a poner en evidencia alguna de las limitaciones que presenta el tratamiento de este asunto y a destacar las novedades que introduce en esta materia la Agenda 2030.

**PALABRAS CLAVE:** Pobreza; Derechos Humanos; Estado; soft law; gobernanza.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the current context and circumstances in which global poverty unfolds. Although different questions are raised to this end, all of them tend to emphasize, underline and point out the need to offer adequate, effective and far-reaching responses to mitigate this universal human problem. In the process, some limitations in the way the matter is addressed shall be evidenced, while it is highlighted the latest news in the field that the 2030 Agenda has introduced.*

**KEY WORDS:** *Poverty; Human Rights; State; soft law; governance.*

**SUMARIO.- I. LA POBREZA EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.- I. Acercamiento al concepto de pobreza.- 2. La pobreza en el pensamiento intelectual.- II. CONDICIONANTES EN EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA POBREZA GLOBAL.- I. Dimensión jurídica. – 2. Dimensión moral.- III. EL ENCAJE DE LA POBREZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL.- I. La incidencia de la “buena gobernanza” y de los instrumentos de soft law.- 2. La erradicación de la pobreza: de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2000 a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015.- IV. BALANCE PARA VISIBILIZAR LA POBREZA GLOBAL.- V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

---

Hace setenta años, los padres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup> proclamaron en su artículo 25 que:

“(…)  *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. (...)*”.

Asimismo en el preámbulo de éste texto de 1948 y en el preámbulo común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>2</sup> se hace hincapié en la importancia de que los seres humanos se vean “liberados (...) de la miseria”.

Pasado este tiempo, el problema de la pobreza no ha perdido ni un ápice actualidad. Es más: el abismo entre pobres y ricos, la desigualdad económica social, es más profunda que nunca. De hecho, la erradicación de la pobreza figura como el primero de los diecisiete objetivos o puntos del orden del día de la Agenda 2030, también llamada “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS)<sup>3</sup>. En concreto, los Estados de la ONU reunidos en la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015 se comprometieron a “poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo” para el 2030. Textualmente, se mostraron:

---

1 Resolución de la Asamblea General 217A (III) de 10 de diciembre de 1948.

2 Resoluciones de la AG 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

3 Resolución de la AG 70/1 de 21 de octubre de 2015 titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, A/RES/70/1.

• **María Cervera Vallterra**

Doctora en derecho. Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia; Máster en Derecho, Política y Economía de la Unión Europea del Collegio Europeo di Parma (Italia) y Diploma de especialización del Centre d'Etude et Recherche de l'Académie de Droit International de La Haya (Países Bajos). Correo electrónico: maria.cervera@uv.es

“(…) decididos a *poner fin a la pobreza y el hambre en todas sus formas y dimensiones*, y a velar por que todos los seres humanos puedan realizar su potencial con dignidad e igualdad y en un medio ambiente saludable (…)”.

También los Estados reconocieron que:

“(…) la erradicación de la pobreza (...) incluida *la pobreza extrema es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible* (...)”

Y prometen que:

“(…) están decididos a tomar medidas audaces y transformativas que se necesitan urgentemente para *reconducir el mundo por el camino de la sostenibilidad y la resiliencia de la humanidad de la tiranía de la pobreza y las privaciones y sanar y proteger nuestro planeta*”.

Este trabajo resalta la necesidad de liberar de la tiranía de la pobreza a los más vulnerables del planeta como imperativo moral. Esta urgencia es tanto más destacable porque coincide con un momento de cambio histórico en el que la Comunidad Internacional está sentando las bases para transitar hacia un mundo que aspira a un “crecimiento económico, sostenido inclusivo y sostenible” en transición ecológica con la idea de que “nadie quede atrás”<sup>4</sup>. Con la Agenda 2030, las personas y el planeta son los dos grandes pilares de actuación futura de la ONU; se consideran vinculados entre sí, de forma interdependiente desde una perspectiva holística e integrada. Surge un nuevo paradigma de acción futura que liga el problema humano a la sostenibilidad del planeta tanto de los países ricos como de los más pobres.

## I. LA POBREZA EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL.

### I.1. Acercamiento al concepto de pobreza.

La pobreza es un fenómeno multidimensional, poliédrico, transversal complejo y por ende, de difícil análisis.

A falta de un concepto unívoco al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ofrece el suyo al definir la pobreza como “una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad, y el poder necesarios para disfrutar del nivel de vida adecuado y otros derechos civiles, culturales, económicos y sociales”<sup>5</sup> y la extrema pobreza como una “combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo

4 Preámbulo de la Agenda 2030, *ibidem*, párrafo 2°.

5 E/C 12/2001/10 párr. 8.

humano y exclusión social”<sup>6</sup>. Ésta última se refiere al estado más bajo de pobreza que afecta al ser humano que no logra cubrir el coste mínimo de alimentos en determinado momento. Según las estimaciones del Banco Mundial, con los últimos datos disponibles, en 2015, alrededor de 736 millones de personas vivían por debajo de la línea internacional de pobreza de USD 1,90 en términos de paridad del poder adquisitivo de 2011<sup>7</sup>.

La pobreza no es una cuestión solamente económica, ya que comprende, tanto la falta de un determinado nivel de ingresos, como la privación de las capacidades (SEN<sup>8</sup>) -disponibilidad y acceso- a las necesidades básicas para vivir con dignidad como el alimento, agua potable, techo, educación o acceso a la información. *Grosso modo* se refiere a aquellas personas que no poseen los recursos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas dependiendo del contexto de cada individuo.

Un importante escollo al perfilar el contorno de la pobreza radica en dificultad de defender a una masa humana heterogénea de personas vulnerables que se mueven en un mundo organizado entre Estados soberanos. Sus perfiles son difíciles de acotar de manera que la búsqueda de soluciones ajustadas a la magnitud del problema se revela ciertamente compleja en su confección y en su elaboración y, en su resolución.

La erradicación de la pobreza forma parte de los Derechos Humanos con un contenido transversal e integral. Es una idea muy presente en los planes de acción de la ONU. Afecta a diferentes colectivos, sobre todo a los más vulnerables. Así, hablar de eliminación de la pobreza supone aludir a diferentes derechos recogidos en diversos textos jurídicos internacionales de Derechos Humanos. En los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos<sup>9</sup>, se señala que los Derechos Humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- se aplican a las personas que viven en la pobreza, entre los que se cuentan: el derecho a la vida y a la integridad física; el derecho a la libertad y la seguridad de las personas; el derecho a la igual protección ante la ley, igual acceso a la justicia y medios de

6 Consejo de Derecho Humanos, A/HRC/7/15, párr.13.

7 De forma escueta y resumida, los datos, la evolución y, las estimaciones de la pobreza pueden verse dibujados en: <http://pubdocs.worldbank.org/en/700421537293221709/PSPR2018-Ch1-Summary-SP.pdf> (consultado en febrero de 2019).

8 Para el economista Amartya SEN, la pobreza está ligada al neologismo “*capability*” (en castellano “capacidades”), merced de su aportación económica sobre la idea de justicia y la medición estadística de la pobreza. SEN pone el énfasis en la idea de que, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, el fenómeno de la pobreza está ligado a la cuestión del acceso de aquellos bienes y servicios imprescindibles, pero relativos, para la satisfacción de una situación digna para escapar la pobreza. Dicho en términos sencillos: la pobreza depende del lugar en el que se dé. Sobre este tema véase por ejemplo el trabajo: SEN, A.: *La idea de justicia*, Taurus, 2010 y TAMARIT LÓPEZ, I.: *El desafío de la justicia global desde el enfoque de la capacidad de Amartya K. Sen*, Tesis, Universidad de Valencia, 2016, <http://roderic.uv.es/handle/10550/52518>, (consultado en febrero de 2019).

9 Resolución del Consejo de Derechos Humanos 21/11 de 27 de septiembre de 2012, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR\\_ExtremePovertyandHumanRights\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf) (consultado en febrero de 2019).

reparación efectivos; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida privada y a la protección del domicilio y de la familia; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a una alimentación y nutrición adecuadas; el derecho al agua y al saneamiento; el derecho a una vivienda adecuada, seguridad de la tenencia y prohibición de desalojo forzoso; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; el derecho al trabajo y derechos en el trabajo; el derecho a la seguridad social; el derecho a la educación; y el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

La erradicación de la pobreza es una tarea abrumadora y titánica. Acabar con ella equivale a hacer tambalear nuestro modelo económico y político para brindar justicia social a un fenómeno invisible y, así responder a la catástrofe humana más significativa de nuestro tiempo. Se trata de un cometido sin duda inalcanzable por los Estados de forma individual. En consecuencia, la pobreza -en especial la pobreza extrema- exige una respuesta global en un mundo sin legislador centralizado capaz de obligar a asumir compromisos jurídicos obligatorios a la Comunidad Internacional en su conjunto. Y aunque la empresa pueda parecer quimérica, no es menos cierto que en el pasado el colectivo humano ha sido capaz de emprender acciones tales como la desarticulación progresiva del fenómeno colonial<sup>10</sup> o el desmantelamiento o abolición de la esclavitud a lo largo de más de un siglo (1793-1888)<sup>11</sup>.

## 2. La pobreza en el pensamiento intelectual.

La pobreza es un asunto que estuvo en la cuna de las Ciencias Sociales y ha sido objeto de innumerables debates ideológicos e investigaciones empíricas. Ha sido un constante foco de preocupación y de análisis de este campo de conocimiento. El pauperismo es una problemática muy antigua: corre paralela con la historia de la humanidad<sup>12</sup>. En palabras de Santiago MUÑOZ MACHADO (1949-), “sigue siendo uno de los problemas más hondos e irresolubles que han afrentado las sociedades de todos los tiempos, incluidos los avanzados Estados de bienestar de nuestros días”<sup>13</sup>.

En el siglo XV ocupó un lugar privilegiado en el pensamiento de Juan Luis VIVES (1492-1540)<sup>14</sup>, más tarde lo hizo en los estudios económicos de Adam SMITH (1723-

10 FERRO, M.; (dir.) BEAUFILS, T.: *Le livre noir du colonialisme, XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle: de l'extermination à la repentance*, París, Laffont, 2003.

11 Aunque en la actualidad ha adquirido nuevas formas, la Sociedad de Naciones adoptó la Convención internacional firmada el 25 de septiembre y en vigor desde 1927. Un comentario a este largo proceso de lucha puede verse en DORIGNY, M.: *Les abolitions de l'esclavage*, París, PUF (colección “Que sais-je?”), 2018.

12 A mayor abundamiento, véase por ejemplo: GEREMEK, B.: *La piedad y la horca*, Alianza editorial, 1986.

13 MUÑOZ MACHADO, S.: *Sobre la pobreza y los Derechos Humanos*, (Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa de la *Universitat de València*), Madrid, ed. Iustel, 2014.

14 VIVES, J.L.: *De subventione pauperum = El socorro de los pobres. De communione rerum = Sobre la comunicación de los bienes*, Tecnos, 1997.

1790)<sup>15</sup>, Thomas MALTHUS (1766-1834)<sup>16</sup>, David RICARDO (1772-1823)<sup>17</sup> o Karl MARX (1818-1883)<sup>18</sup>, entre otros. En la década de los cincuenta y setenta del siglo XX, las Ciencias Sociales vivieron una nueva ola de interés por la cuestión de la indigencia. Este asunto volvió a cobrar protagonismo como reflejaron numerosas publicaciones, como la afamada “Sociedad opulenta” de John Kenneth GALBRAITH (1908-2006)<sup>19</sup>. En definitiva, la pobreza ha pasado a ser objeto de estudio mayoritariamente de la rama de la economía en detrimento de las ramas sociales.

Y es que hoy el pauperismo parece casi reservado a recibir un tratamiento mayoritariamente económico, basado en la medición y el tratamiento estadísticos. Para muestra basta consultar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015)<sup>20</sup> y o los de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030)<sup>21</sup>. Sus datos estadísticos dan cuenta de valores relativos sobre las consecuencias o/y la condicionalidad de las situaciones ambientales que describen la situación de pobreza en cada país. De este modo, la pobreza acaba planteando problemas más bien referidos a la determinación de los umbrales del mismo. Responde a la cuestión de desde qué momento se entiende que un individuo vive en un estado de calamidad absoluta. En este contexto, resulta determinante el método de medición empleado para responder a este reto. Sin duda, esta es una información enriquecedora y determinante para mejorar el pauperismo global, sin embargo, existen otras muchas miradas que resultan oportunas para calibrar la importancia del tema dado su carácter multiforme y transversal. Hay que convenir con E. DURKEIM (1858-1917), que hablaba de solidaridad entre las Ciencias Sociales y las Jurídicas; que las disciplinas no deben permanecer herméticas, sino que son interdependientes. Por ello, a lo largo de este trabajo queremos subrayar los vasos comunicantes que deben establecerse entre las Ciencias Sociales y Jurídicas al analizar el fenómeno de la pobreza.

Pero acerquémonos a tiempos más cercanos. La globalización es el resultado de un juego de factores de difícil aprehensión que opera a toda velocidad, que llega a todos los rincones del mundo, da mucha cancha a actores estatales y no

15 SMITH, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, FCE, 1997.

16 MALTHUS, T.: *Ensayo sobre el principio de la población*, Torrejón de Ardoz, Akal. 1990.

17 RICARDO, D.: *Principios de economía política y de tributación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

18 MARX, C.: *Trabajo asalariado y capital*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1995.

19 GALBRAITH, J. K.: *La sociedad opulenta*, Barcelona Planeta-Agostini, 1985.

20 Resolución de la Asamblea General 55/2 de 8 de septiembre de 2000 que contiene la Declaración de los Objetivos del Milenio”, “Nuevo informe sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2015”, A/RES/55.2 de septiembre de 2000, [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf) (consultado en febrero de 2019); informe de 2015 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf), consultado en febrero de 2019. V. gr. LARRÚ RAMOS, J.M.: “Medición multidimensional de la pobreza: estado de la cuestión y aplicación la ODS-1”, *Revista internacional de cooperación y desarrollo*, núm. 3/1, 2016, pp. 1-34.

21 V. gr. el informe de Desarrollo Sostenible de 2017, [https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/theSustainableDevelopmentGoalsReport2017\\_spanish.pdf](https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2017/theSustainableDevelopmentGoalsReport2017_spanish.pdf) consultado en febrero de 2019 o; el informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2018, <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018-ES.pdf> consultado en febrero de 2019.



estatales y, suscita ambiciosos retos e incertidumbres múltiples. Tal es su magnitud que los procesos de reacción normativos, tanto nacionales como internacionales, apenas tienen tiempo y capacidad para reaccionar con eficacia a estos cambios. Desgraciadamente, se deja a merced del mercado y de la economía actuaciones situadas en un limbo que se traduce en fugas a todo control jurídico nacional e/o internacional.

Resulta estremecedor observar este escenario internacional en el que la pobreza y las desigualdades económicas crecen desmesuradamente. De este problema se están haciendo eco en sus investigaciones especialistas de prestigio -muchos economistas y algún que otro premio Nobel- como AMARTYA K. SEN (1933-) <sup>22</sup>, JOSEPH E. STIGLITZ (1943-) <sup>23</sup>, ANTHONY B. ATKINSON (1944-) <sup>24</sup>, PAUL COLLIER (1949-) <sup>25</sup>, THOMAS POGGE (1953-) <sup>26</sup>, JEFFREY SACHS (1954-) <sup>27</sup>, WILLIAM EASTERLY <sup>28</sup> (1957-), O THOMAS PIKETTY (1971-) <sup>29</sup>, ESTHER DUFLO (1972-) <sup>30</sup>, sólo por citar alguno de ellos. Por ejemplo, esta desigualdad en aumento se relaciona con el espectacular desarrollo demográfico y con los desafíos debidos al deterioro del medio ambiente, como son el cambio climático, la dependencia energética de las economías modernas y, el agotamiento de los recursos naturales. Algunos de estos especialistas advierten con sobresalto que, de no atajar estos asuntos a tiempo, -sin que la situación pueda dibujarse apocalíptica-, serán el germen de nuevos e inciertos problemas globales (propagación de enfermedades, movimientos migratorios de toda índole, terrorismo, etc.) en un escenario que puede revelarse involutivo e irreversible.

El problema de la desigualdad económica convive con la prosperidad creciente y extraordinaria, impulsada por los avances tecnológicos, las TICs y el desarrollo económico actual. Pero es preciso señalar que esta desigualdad se está produciendo en todas las partes del mundo, mayoritariamente en los países más pobres, pero igualmente en los ricos. Invertir e disminuir la desigualdad económica global equivale a contribuir a la desaparición de la pobreza.

En los últimos tiempos, muchos y diversos factores han intervenido en el incremento de la miseria y de la desigualdad económica. Acontecimientos tan

22 V.gr. SEN, A.: *La idea ...*, cit.; SEN, A., *Repenser l'inégalité*, Points (coleccion "Economie"), 2012.

23 V.gr. STIGLITZ, J.E.: *La gran brecha: qué hacer con las sociedades desiguales*, De Bolsillo, 2017.

24 V.gr. ATKINSON, A.B.: *Desigualdad, ¿qué podemos hacer?*, Fondo de Cultura Económica, 2016.

25 V.gr. COLLIER, P.: *El Club de la pobreza. Que falla en los países más pobres del mundo*, De Bolsillo, 2014.

26 V.gr. POGGE, T.: *Povertá mondiale e diritti umani, responsabilità e riforme cosmopolite*, Roma-Bari, Editoriale Laterza, 2010; POGGE, TH., *¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?*, Proteus (coleccion "Repensar"), 2013.

27 V.gr. SACHS, J., *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestros tiempos*, Barcelona, Debate, 2015.

28 V.gr. EASTERLY, W.: *La carga del hombre blanco: el fracaso de la ayuda al desarrollo*, Debate, 2015.

29 V.gr. PIKETTY, T.: *El capital del siglo XXI*, RBA editores, 2015.

30 V.gr. DUFLO, E.: *Le développement humain, lutter contre la pauvreté (I)*, Seuil (coleccion "La République des idées"), 2010, DUFLO, E.; BANERJEE, A.: *Repensar la pobreza: un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, 2015.

significativos como la crisis alimentaria, la crisis bancaria y financiera y, la crisis energética han ralentizado e impedido, más o menos directamente, mejores resultados de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)<sup>31</sup> y ha desincentivado una acción más contundente de lucha contra la pobreza. Aunque se han cumplido parte de las metas de lucha contra la pobreza, ésta está repartida de forma muy desigual. El 40% de la indigencia se concentra en el continente africano que no ha logrado mejorar los objetivos que se establecieron en el año 2000, salvo en el caso de Sudáfrica. La pobreza afecta fundamentalmente a África, a los países menos adelantados, a los países en desarrollo sin litoral, a los pequeños Estados insulares en desarrollo y, a aquellos países que están en conflicto o en situación de post-conflicto.

## II. CONDICIONANTES EN EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA DE LA POBREZA GLOBAL.

### I. Dimensión jurídica.

La economía se ha expandido de tal forma que genera consecuencias negativas en ámbitos de importancia esencial. Tres planos son secantes, se entrecruzan y conforman un todo: el medioambiental, el humano y el económico.

a) El deterioro medioambiental se produce porque la economía arroja la base del sustento del medio humano que afecta a los productos que se obtienen del suelo, del subsuelo y del agua y a la calidad del aire que respiramos.

b) El deterioro del medio humano determina un acrecentamiento del déficit de los Derechos Humanos, que no tiene por qué coincidir con la violación de este tipo de derechos, pero que puede limitar o restar efectividad e implementación. En este contexto, no es raro que afloren bolsas de precariedad laboral, vulnerabilidad social, en definitiva, de pobreza.

c) La expansión imparable del medio económico, con sus vaivenes de difícil aprehensión por la multiplicidad de factores que intervienen. La inercia de la globalización impulsada por el salto tecnológico está dando pábulo al desmontaje progresivo del sistema de bienestar. El resultado es una deslocalización<sup>32</sup> de los factores de producción fuera del territorio nacional (capitales, servicios, personas y bienes) que crea zonas de desregulación, esto es, espacios ajenos a la regulación estatal.

El mundo occidental creó el Estado del Derecho moderno. La globalización ha difuminado las barreras físicas estatales y plantea problemas jurídicos. Aunque

31 Véase el informe de 2015 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, [http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015\\_spanish.pdf](http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.pdf) (consultado en febrero de 2019).

32 URRY, J.: *Off-shore*, Capitan Swing Libros, 2017.

se habla de crisis del Estado, en parte lo que realmente existe es un déficit de su capacidad regulatoria. El Derecho no parece estar suficientemente preparado para esta sociedad mundial demasiado dinámica y cambiante. Tienen difícil acomodo unas normas cuya razón de ser era petrificar y dar estabilidad. Se advierte una degradación de la calidad de la producción normativa formal y material. La legislación resulta demasiado rígida para que el Estado pueda resolver conflictos de intereses de la sociedad sin crear contradicciones o dejando vacíos reglamentarios de difícil solución. Existe por tanto un concepto quebradizo de la noción de "soberanía"<sup>33</sup>, que ha dejado de controlar buena parte de la producción normativa. Está sobreviniendo una especie de "descodificación" a la que se podría responder mediante una reformulación del "imperio de la ley" aunque se tenga que perder la centralidad del Estado y así apostar por un concepto global.

Esta crisis regulatoria ha dado cabida a nuevos nichos que permiten más participación de la sociedad civil en las normas jurídicas y políticas. Estos espacios de difícil regulación afectan al mundo empresarial transnacional y les ofrecen ventajas económicas. Por desgracia, en contraposición la deslocalización también crea zonas de sombras de "a-legalidad" e "i-legalidad", procesos de descentralización normativa para los cuales las legislaciones resultan rígidas, insuficientes. Llegan a ser incapaces de articular soluciones adecuadas por parte de aquellos que detienen el poder normativo en la sociedad internacional.

Aunque la globalización ha traído consigo una desregularización que determina solapamientos, distorsiones o lagunas del ordenamiento internacional, el concepto de Estado está vivo en la medida en que sigue siendo la base jurídica de las decisiones internacionales y de sus soluciones. En todo caso, queremos resaltar la responsabilidad de los juristas de afrontar la realidad jurídica actual con una nueva mirada. Hay que apostar para que el Derecho Internacional sea un producto más abierto, capaz de reaccionar a las nuevas situaciones globales que exceden el ámbito estatal y que se incardinan en la lógica de la oportunidad y la posibilidad. Lo ideal sería hacerlo efectivo impulsando la convicción a los Estados, -como sujetos privilegiados de las relaciones internacionales que son-, de que necesitan colmar estas incongruencias o carencias tanto por su propio interés egoísta como por el interés general de toda la Comunidad Internacional. De este asunto, hablaremos también en el último punto del trabajo para recalcar las respuestas que está ofreciendo el Derecho Internacional en los últimos años.

---

33 HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M.: "Globalización y soberanía de los Estados", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005.

## 2. Dimensión moral.

El DI siempre ha estado inspirado y guiado en su regulación por la idea moralizadora de justicia<sup>34</sup>. Sin embargo, una parte interesante de la iniciativa actual de reacción ante la pobreza global la están protagonizando las disquisiciones de la filosofía política y moral basadas en la idea de “justicia global”<sup>35</sup>. Las normas morales tienen que ser diseñadas para dar sustento y respeto a la dignidad de los seres más vulnerables de la comunidad humana. Si dichas normas fueran lo suficientemente convincentes, los más poderosos no tendrían más remedio que darles solución. En sus preocupaciones, estos planteamientos subrayan la contradicción existente entre una economía gigantesca que crece a gran velocidad en un mundo inmensamente rico a la vez extremadamente pobre, desarraigado, desigual y mal distribuido dentro y fuera de los países.

Este contexto es el que, desde hace años, ha centrado las reflexiones y las propuestas del filósofo alemán T. POGGE (1953-). En su obra “*Pobreza mundial y Derechos Humanos*” formula un razonamiento que ha captado nuestra atención. Muestra su consternación ante la siguiente paradoja o contradicción. Si bien de un lado, sobre el cambio climático, la Comunidad Internacional y la sociedad civil están concienciadas -lo que ha culminado en medidas jurídicas vinculantes al respecto como el Convenio Marco de la ONU sobre el cambio climático, el protocolo de Kioto y el Acuerdo de París-; de otro lado, se alarma y echa en falta respuestas contundentes, serias y urgentes ante el drama de la miseria global en la medida en que debería materializarse en un compromiso ético y jurídico global, unánime y rotundo. Advierte que, inexorablemente, la pobreza perseverará mientras no sintamos que su eliminación es moralmente imperiosa y que en todo caso su solución va mucho más allá de la ayuda o acción caritativa.

Repara asimismo en que, desde el mundo más próspero, no sentimos que la erradicación de la pobreza sea moralmente necesaria<sup>36</sup> ya que tenemos un

34 Tenemos ejemplos abundantes de en la práctica, como la creación de reglas que gobernaron y justificación de la guerra (*ius in bello*), aquellas que se preocupan por las víctimas de los conflictos armados (*ius in bello*) o las ideas de establecer y dar reconocimiento universal unos estándares mínimos de protección de los Derechos Humanos. La justicia ampara al individuo y lo pone en el centro de la diana a los Estados soberanos, porque el Derecho Internacional lo hace creadores, aplicadores y responsables de la aplicación de sus normas.

35 V. gr. NAGEL, T.: “El problema de la justicia global”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 9/1, 2008, pp. 169-196, [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/09Jurica07.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica07.pdf), consultado en febrero de 2019); IGLESIAS VILA, M.: “Justicia global y Derecho Humanos: hacia una ética de las prioridades”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, pp. 47-70; CORTÉS RODAS, F.: “Una crítica a las teorías de justicia global: al realismo, a Rawls, Habermas y Pogge”, *Ideas y Valores*, 59, 2010, pp. 93-110, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80914956005> (consultado en febrero de 2019); BECK, U.: *La mirada cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 2004; GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Madrid, Marcial Pons, 2010; MILLER, D.: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford University Press; NUSSBAUM, M.: *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós; etc.

36 Parece como si se tratara de un fenómeno natural, sin que exista una auténtica urgencia moral que los aminore o los erradique.

conocimiento relativamente superficial de ésta. En general, en el mundo occidental vivimos aislados de la pobreza, lo cual “exige cautela frente a la aprobación irreflexiva de nuestra conducta, de nuestra política y de nuestras instituciones globales” y determina la necesidad que se establezca una reacción paliativa al problema<sup>37</sup>. Achaca esta falta de empatía a nuestra incapacidad para trasladarnos a una realidad cercana y diaria en la que los más excluidos socialmente puedan sobrevivir a la malnutrición, falta de agua potable en condiciones, atención sanitaria, protección social, acceso a la propiedad, ausencia de cobijo, dispersión de enfermedades, falta de medicamentos a precios asequibles para los más pobres, etc.<sup>38</sup> Un inciso: añádase a esta circunstancia el llamamiento del propio POGGE<sup>39</sup>, y también más profusamente de J. SACHS, sobre las consecuencias de la actual superpoblación, un fenómeno difícilmente corregible y muy ligado a la miseria actual<sup>40</sup>. Hete aquí que la explosión demográfica del mundo debe ser urgente y rápidamente estabilizada, sobre todo trabajando en provecho de los más vulnerables<sup>41</sup>, entre otras razones porque en los países más desarrollados el problema es justamente el contrario: los bajos índices de natalidad.

Tampoco percibimos que el tema sea lo suficientemente alarmante como para destacarlo, difundirlo y encontrar, al fin, una solución que pasa necesariamente por una respuesta jurídica. Desgraciadamente, no podemos achacar el problema a “villanos extranjeros” -o agentes ajenos- de esta situación. De una manera muy simplista, atribuimos mayoritaria e hipócritamente el problema a la corrupción, la tiranía y la incompetencia de las élites de los países más pobres porque sus gobiernos no defienden con firmeza los intereses de sus pueblos puesto que se desentienden del destino de éstos. Por ejemplo, no nos planteamos que la corrupción también existe en los países desarrollados y que es, con frecuencia, desde estos mismos países -a través de personas o empresas- desde los cuales se corrompen a los gobernantes, políticos, militares de los países en situación de fragilidad o conflicto. Tal vez procede preguntarse qué es lo que hacemos en los países en desarrollo o qué es lo que no hacemos para su empobrecimiento.

37 POGGE, T.: *La pobreza*.cit. p. 19.

38 Se calcula que cada día mueren unas 40.000 personas y cada año unos 15 millones de niños por causas relacionadas con el hambre, la desnutrición y las enfermedades, que se potencian mutuamente. El hambre crónica es mucho más dañina que los episodios de hambrunas que suelen ventilar los medios de comunicación. Es algo inaceptable si tenemos en cuenta que el problema no es tanto un tema de disponibilidad como de prioridades, siendo las zonas más castigadas las zonas rurales. Alrededor del 55% de la población mundial y más de las tres cuartas partes de los pobres viven en esas zonas.

39 POGGE, T., *ibidem*, p. 20.

40 SACHS indica que han “[nacido] mil millones de personas a intervalos aproximadamente de ¡12 años!” Alerta que, según la tendencia actual, si no se actúa ya “vamos camino de alcanzar los 8.000 millones en 2024 o 2025 y 9.000 en la década de 2040”. Respecto del crecimiento económico señala que “la producción mundial se ha multiplicado por 240 desde 1800 (...), lo que ha supuesto un extraordinario empujón para el bienestar medio (...), la industrialización, la urbanización y, sí, también las amenazas ambientales”. SACHS, J.: *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Debate, colección “Economía”; SACHS, J.: *La era del desarrollo sostenible*, Barcelona, Deusto, 2015.

41 La tasa de fecundidad suele ser más elevada entre los pobres. En los hogares más miserables hay más integrantes, el número de menores de 14 años es alto y, los niños que crecen en ellos adquieren menos capital humano por la falta de escolarización o la mala calidad de ésta, y la malnutrición.

POGGE sostiene que no hacer nada ante la pobreza global (omisión) es ciertamente algo distinto de hacer, como “matar” (acción). Habla de una obligación de no hacer en el sentido de evitar la miseria, de no dañar, en definitiva, de no exigir su erradicación. Proteger a las víctimas no es sólo una muestra de obligaciones positivas<sup>42</sup> generadas por el deber negativo de no contribuir.

Su percepción del fenómeno se distancia de la visión de su maestro John RAWLS<sup>43</sup> que lo considera una obligación de ayudar, de hacer. Sin embargo, los fracasos de la institución de la ayuda al desarrollo ilustran que el camino para acabar con la pobreza es una tarea y polémica en su “implementación”. No se resuelve “inyectando dinero”. Perpetuar la pobreza, la injusticia o contribuir a la misma, aprovechándose de los más vulnerables, es mucho más condenable. No se le pasa por alto que muchas reglas jurídicas institucionales que se han adoptado en las últimas décadas benefician directa e indirectamente a sus empresas y/o compatriotas. Por ejemplo, alude a que legitiman en mayor o menor medida la compra de recursos naturales a sus opresores, favorece la venta de armas, el acaparamiento de tierras en detrimento de las poblaciones autóctonas con el consiguiente impacto en el medio ambiente concretándose en el agotamiento de los recursos naturales. Con los medios económicos que hay actualmente, con poco, se podría erradicar la pobreza extrema. Esta es la receta de J. SACHS<sup>44</sup> cuando indica que conocemos la solución en términos económicos ya que la igualdad no está reñida con la prosperidad y que la clave está en la eficiencia de los recursos económicos. No se trata de que “el pastel se haga más grande –que haya mayor crecimiento económico<sup>45</sup>- sino que se reparta mejor”, de forma más eficiente. También P. COLLIER<sup>46</sup> y en especial W. EASTERLY<sup>47</sup> ponen de manifiesto las limitaciones de la institución de la ayuda al desarrollo como forma de resolver la pobreza.

En cuanto a las posibles soluciones -apunta T. POGGE- que quizás se podría hablar de reparación ya que estamos privando a los más vulnerables de derechos básicos, los cuales no se pueden disfrutar pese a la indivisibilidad de los Derechos

42 La otra obligación positiva para POGGE es reformar el orden institucional. Para éste, existe una alternativa al orden global actual. Más que distribuir dinero, consiste en eliminar ciertos rasgos injustos. Se refiere a cuatro privilegios de los que se beneficia el orden actual: en las negociaciones de la OMC, en relación con los derechos de propiedad intelectual que y a las externalidades negativas que los países ricos imponen a los pobres. POGGE, *ibidem*, pp. 83-85. Este tema es mucho controvertido y ha merecido muchas críticas doctrinales, por ejemplo de: Peter SINGER, Joshua COHEN, Mathias RISSE, Julio MONTERO, etc. comentados en MANTEROLA, J.: *Pobreza y justicia globales: una interpretación moderada de los argumentos de Thomas Pogge*, Tesis, Universidad de Buenos Aires, 2016, <https://philarchive.org/archive/JULPYJ-2>, (consultado en febrero de 2019).

43 RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1979; RAWLS, J., *El derecho de gentes y una revisión de la idea de la razón pública*, Paidós (colección “Estado y Sociedad”), 2001.

44 SACHS, J.: *La era del desarrollo sostenible...*, cit.

45 MEADOWS, D. ET ALII: *Les limites à la croissance (dans un monde fini): le rapport Meadows, 30 ans après*, L'écopoche, 2017.

46 COLLIER, P.: *El club...*, cit., p. 167 y ss.

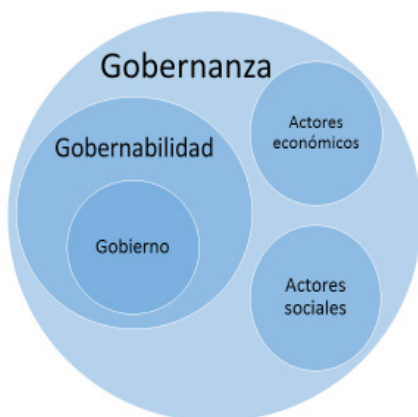
47 EASTERLY, W.: *La carga...*, cit.

Humanos. También se podría hablar de compensación para mitigar el daño sin limitaciones espaciales y temporales, independientemente de credos, tradiciones filosóficas y morales, etc. Todas estas soluciones no pueden obviar el modo en que se toman las decisiones en el ámbito internacional. Los Estados crean, aplican y garantizan la aplicación del derecho, aunque desde la labor efectuada en el seno de las Organizaciones Internacionales y en conferencias internacionales es donde los Estados pueden alcanzar los acuerdos necesarios. El verdadero problema reside superar el obstáculo de lograr dar la cobertura normativa suficiente para que se erogan unas normas que puedan llegar a ser obligatorias para los Estados y para los agentes no estatales.

### III. EL ENCAJE DE LA POBREZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL.

#### I. Incidencia de la “buena gobernanza” y los instrumentos de *soft law*.

Un nuevo concepto utilizado para determinar que el medio social internacional se halla desestructurado se reencuentra con la escurridiza “gobernanza”. Se trata de un vocablo de difícil aprehensión, extensamente utilizado por las instituciones internacionales para calificar aquella “(...) acción eficaz del gobierno y de la administración del Estado, niveles reducidos de corrupción gubernamental y social y cierta dosis de democracia en el funcionamiento de las instituciones públicas”<sup>48</sup>. La “buena gobernanza” es una noción que se remonta a los años noventa y designa la eficacia, la calidad y la buena orientación de la intervención del Estado que proporciona buena parte de su legitimidad en una especie de “nueva forma de gobernar” en un mundo posterior al final de la Guerra Fría. Tiene un contenido que pone en sintonía e interacción a agentes económicos, sociales y gobierno.



48 JUSTE, J.; CASTILLO, M.; BOU, V.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant-lo-Blanch, 2018, p. 159.

Esta idea de gobernanza se puede relacionar, tanto con la crisis regulatoria del Estado anteriormente referida, como con el aumento y mayor relevancia que están cobrando los instrumentos jurídicos o flexibles, los llamados procedimientos de *soft law*. Se trata de medidas, a veces de carácter preventivo, que pueden ser incluso más eficaces que las medidas de reparación que en el Derecho Internacional se diluyen. Son medidas dotadas de discrecionalidad que revelan la apertura del Derecho Internacional a las presiones sociales y económicas que aprovechan situaciones de oportunidad y vacíos normativos para ordenar sus conductas y escapar a las normativas nacionales o internacional. Entre estos instrumentos normativos existen consejos o recomendaciones que proponen conductas sin imponerlas. En ellas, se utilizan términos del tipo “*los Estados cooperarán, se consultarán, vigilarán*”, verbos con un sesgo más bien declarativo.

El *soft law* se caracteriza por su lenguaje vago y abstracto, una ambigüedad que se despliega allí donde el *hard law* no puede o no se atreve a intervenir. Reúne las siguientes características:

a) Puede ser un producto final. El *soft law* en estos casos se presenta como una solución en los ámbitos materiales cambiantes o dependientes de factores imprevisibles. De ahí su contenido vago, para evitar continuamente o para crear una opinión pública favorable a su cumplimiento o, para convencer sobre la conveniencia de su existencia con carácter jurídico, adquiriendo así una *función promocional*.

b) Puede servir como parámetro de interpretación. En estos casos, adquiere cierta relevancia jurídica pese a su no obligatoriedad componiendo sugerencias de transformación normativa. Si llegan a los órganos judiciales: o los jueces lo tienen en cuenta o, pueden utilizarlo para justificar el fallo de la sentencia, aunque siempre puede apartarse. Es conveniente que se cree un estado de opinión favorable a su cumplimiento reforzado por un fundamento moral, es decir, puede llegar a cumplir una *función moralizadora*.

c) Puede explorar nuevos ámbitos dado el alcance material ilimitado del Derecho Internacional. De esta forma, se puede facilitar la formulación de normas generales o estándares uniformes que reflejen el interés general del ordenamiento jurídico y su carácter mayoritariamente dispositivo. Ejemplo flexible lo encontramos en diversos ámbitos que han explorado caminos en el Derecho Internacional Público como el Derecho Internacional del Medio Ambiente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, el Derecho Tributario Internacional. En estos casos, cabe asignar al *soft law* una *función prospectiva*.

d) Puede servir como mecanismo de presión entre iguales. Ocurre por ejemplo con ciertos códigos de conducta, instrumentos de estandarización (ISO), medidas de diligencia debida, modelos de tratados bilaterales de doble imposición, o convenios



multilaterales sobre intercambio en materia de información en materia tributaria de la OCDE. En relación con éstos últimos, hay que recalcar su valor normativo significativo. En un mundo globalizado, en el que existen paraísos fiscales que minan las arcas públicas de los Estados, -incluso de los más ricos-, está cobrando fuerza y carácter obligatorio una fluida cooperación internacional estatal destinada a paliar la fuga de capitales y la evasión fiscal. Esta situación está generando una colaboración multilateral administrativa en cascada muy efectiva<sup>49</sup>.

El gran peligro para este tipo de figura normativa es la presión política ejercida por los poderes fácticos –que no son sujetos de Derecho Internacional, que carecen de capacidad normativa y de responsabilidad internacional- sobre instituciones democráticas abiertas, lo que podría traer consigo la desafección de los individuos inermes ante la ineficacia o la permeabilidad de sus instituciones democráticas estatales, sobre todo las más endeble. El incremento de la utilización del *soft law* es reflejo de la pérdida de poder del Estado regulador y del papel creciente de los subsistemas o fuerzas sociales. En este contexto, cobran importancia organismos y agentes descentralizados igualmente permeables a la presión de los poderes fácticos.

En los procesos de *soft law*, unas veces es positiva la participación del sector privado, especialmente en sociedades abiertas en las que los agentes económicos no desean permanecer al margen de dichos procedimientos. Otras, en cambio, es todo lo contrario: la intervención de estos agentes se ve favorecida por la existencia de vacíos jurídicos o solapamientos que dan lugar a situaciones de “desregularización”.

En el ámbito de los Derechos Humanos como medida de *soft law* últimamente adquieren cierto protagonismo las herramientas jurídicas denominadas “Principios Rectores”<sup>50</sup>.

Los Principios Rectores para combatir la pobreza extrema (PPRREP) fueron debatidos y perfeccionados durante más de una década para acabar adoptando la forma de resolución del Consejo de Derechos Humanos adoptado en 2012<sup>51</sup>. Ofrecen directrices de una normativa mundial centradas específicamente en los Derechos Humanos de las personas pobres y en exclusión social. Es una herramienta

49 En relación con la planificación fiscal internacional. Véase GARCÍA-MONCÓ, A.; FUSTER GÓMEZ, M.: “Planificación fiscal internacional posible vs. indebida: problemas actuales”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 405, (editorial Centro de Estudios Financieros), 2016, pp. 5-54.

50 A este respecto, cabe citar entre otros: los Principios Rectores sobre los desplazados internos o los Principios Rectores sobre las empresas multinacionales conocido como Principios de RUGGIE, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf) (consultado en febrero de 2019); CERVERA VALLTERRA, M.: “Avances y mejoras del marco normativo para la asistencia y protección de los desplazados internos en África”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 67/1, 2015, pp. 157-178.

51 Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, 18 de julio de 2012, A/HRC/21/29, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR\\_ExtremePovertyandHumanRights\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf) (consultado en febrero de 2019).

práctica para la formulación de políticas en el plano nacional e internacional<sup>52</sup>. Son instrumentos útiles para involucrar y guiar la actuación de los agentes públicos nacionales, regionales o municipales y los actores no estatales para desarrollar las políticas de erradicación de la pobreza y de lucha contra la exclusión social.

Antes, durante y después de la vigencia de los PPRREP, hay que destacar la acción complementaria emprendida por la ONU en la puesta en marcha de actividades concertadas de erradicación de la pobreza desarrollada en el marco de hasta tres Decenios dedicados a esta causa. El Primer Decenio tuvo lugar entre 1997 y 2006<sup>53</sup>, el Segundo Decenio entre 2008 y 2017<sup>54</sup> y, el actualmente en funcionamiento, el Tercer Decenio de Naciones Unidas para la erradicación de la pobreza que está desarrollándose desde el 2018 hasta el 2027, titulado “Acelerar las acciones mundiales para un mundo sin pobreza”.

## 2. La erradicación de la pobreza: de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2000 a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015.

El contexto en el que se adoptaron los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) fue la Cumbre celebrada en Nueva York en septiembre de 2000 en la que participaron 189 Estados para recordar los compromisos adquiridos una década antes y firmar la Declaración del Milenio<sup>55</sup>. En esta programación plurianual, se identificaron ocho grandes objetivos a acometer por parte de Comunidad Internacional en el marco de la ONU: 1. Erradicar la pobreza y el hambre, 2. Promoción de la enseñanza primaria universal, 3. Igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer, 4. Reducción de la mortalidad infantil, 5. Mejora de la salud materna, 6. Avance del VIH/sida, paludismo y otras enfermedades, 7. Sustento del medio ambiente y 8. Fomento de una asociación mundial para el desarrollo. Cada objetivo estaba dividido en cuatro metas que se calculaban con arreglo a 18 logros medidos con arreglo a 48 indicadores estadísticos. Con la adopción de los ODM, la pobreza pasó a ocupar un lugar destacado entre los planteados para el periodo 2000 a 2015. En el cálculo de dichas metas se tuvieron muy en cuenta los estudios realizados por el economista Amartya SEN, cuyos trabajos determinaron los cálculos del Índice de Desarrollo Humano que utiliza el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo desde hace años.

El primer reto de los ODM era la erradicación de la pobreza extrema y el hambre. En concreto persiguieron las siguientes metas: a) reducir a la mitad entre

52 Un estudio práctico sobre estos Principios Rectores y el papel de los Estados y de los agentes no estatales puede verse en el FRANCISCAN INTERNATIONAL; ATD CUARTO MUNDO: *Manual para la implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre la extrema pobreza y los Derechos Humanos: haciendo que los Derechos Humanos funcionen para las personas que viven en extrema pobreza*, 2016.

53 Resolución de la AG 51/178, A/RES/51/178 de 11 de febrero de 1997.

54 Resolución de la AG 60/209, A/RES/60/209 de 17 de marzo de 2006.

55 Resolución de la AG 55/2, A/RES/55/2 de 13 de septiembre de 2000.

1990 y 2015 la proporción de personas que sufren el hambre; b) reducir a la mitad entre 1990 y 2015 la proporción de personas cuyos ingresos son inferiores a un dólar diario y; c) conseguir pleno empleo productivo y trabajo digno para todos, incluyendo mujeres y jóvenes, además rechazando rotundamente el trabajo infantil.

Los ODM han mostrado la efectividad de una evaluación periódica al establecer unos objetivos planetarios y la necesidad de seguir en la misma senda de actuación. Aunque en veinte años, ha disminuido considerablemente la tasa de pobreza mundial y el mundo ha estado bien encaminado a reducir la pobreza extrema, hay motivos de preocupación. Algunas evidencias indican que el ritmo de reducción se está desacelerando. Se produjo un cambio drástico durante la vigencia de los ODM ya que han dejado de vivir en la miseria muchos nacionales de Asia oriental y el Pacífico<sup>56</sup>. Sin embargo, se está volviendo se vuelve cada vez más concretada<sup>57</sup>.

El último y más ambicioso compromiso internacional universal para resolver los problemas del mundo actual es la resolución de la Asamblea General de la ONU que contiene los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para el periodo 2015-2030. Se basan en las enseñanzas extraídas de los ODM.

Los ODS pueden ser percibidos como marco general que está guiando la actuación de todos los Estados, ricos y pobres. Contienen diecisiete objetivos ambiciosos y ciento sesenta y nueve metas destinados a los países y a los agentes privados para revitalizar una Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible. Estos objetivos no están jerarquizados: interaccionan mutuamente. Los ODS introducen un cambio de paradigma pues se abordan algunos de los problemas planetarios de forma integrada, simultánea, a escala mundial y de forma omnicomprendiva (u holística), a saber: las cuestiones económicas, humanas y medioambientales.

La erradicación de la pobreza es el primero de los ODS. Se concreta en la consecución de los siguientes logros:

1. Para 2030, erradicar la pobreza extrema para todas las personas en el mundo, actualmente medida por un ingreso por persona inferior a 1,25 dólares de los Estados Unidos al día;

2. Para 2030, reducir al menos a la mitad la proporción de hombres, mujeres y niños de todas las edades que viven en la pobreza en todas sus dimensiones con arreglo a las definiciones nacionales;

56 India, Bangladesh e Indonesia han dejado de ser economías de ingreso bajo.

57 De los 27 países más pobres del mundo, 26 se encuentran en África al sur del Sahara. La principal causa son los conflictos y la fragilidad de los Estados. Uno de los factores de este crecimiento es la estructura demográfica de los hogares. Los pobres viven en hogares de gran tamaño con un número elevado de miembros dependientes por adulto en edad de trabajar.

3. Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los vulnerables;

4. Para 2030, garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos, así como acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de las tierras y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, las nuevas tecnologías apropiadas y los servicios financieros, incluida la microfinanciación;

5. Para 2030, fomentar la resiliencia de los pobres y las personas que se encuentran en situaciones vulnerables y reducir su exposición y vulnerabilidad a los fenómenos extremos relacionados con el clima y otras crisis y desastres económicos, sociales y ambientales;

6. Garantizar una movilización importante de recursos procedentes de diversas fuentes, incluso mediante la mejora de la cooperación para el desarrollo, a fin de proporcionar medios suficientes y previsibles a los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, para poner en práctica programas y políticas encaminados a poner fin a la pobreza en todas sus dimensiones;

7. Crear marcos normativos sólidos en los planos nacional, regional e internacional, sobre la base de estrategias de desarrollo en favor de los pobres que tengan en cuenta las cuestiones de género, a fin de apoyar la inversión acelerada en medidas para erradicar la pobreza.

Este programa pone de manifiesto que la pobreza extrema queda vinculada con los problemas que caracterizan la situación de emergencia planetaria. Sin embargo se echa en falta mayor incidencia ciertos aspectos como la explosión demográfica o el agotamiento de los recursos naturales<sup>58</sup>; cuestiones que rebajan el calidad de vida en muchas zonas del globo y que puede conllevar hambre y propagación de enfermedades, deterioro de la salud, etc. Piénsese en el SIDA/VIH que provoca fuertes descensos de la esperanza de vida en los países africanos que tienen como origen problemas medioambientales. Estas circunstancias poner de manifiesto los grandes desfases que se producen en los países desarrollados con altos ingresos, donde la natalidad y mortalidad es cada vez más baja, aunque se trata de zonas geográficas ya de por sí superpobladas.

#### **IV. BALANCE PARA VISIBLIZAR LA POBREZA GLOBAL.**

Las cantidades siguen siendo inaceptablemente altas: aún persisten más de 800 millones de personas que viven con menos de 1,25 dólares al día; 650 millones

---

58 V. gr. BARDI, H.: *Le grand pillage: comment nous épuisons les ressources de la planète*, Lew Petits Matins, 2015.

de personas padecen la extrema pobreza; el equivalente al 1% de la población mundial a pesar de que se ha rebajado el volumen en un 28% respecto a 1999. Estas cantidades están distribuidas desigualmente ya que los resultados determinan que el 80% de las personas en las peores situaciones de calamidad habitan en el sur de Asia y en el África subsahariana.

Partiendo de esta situación cabe afirmar que el bienestar de cada uno de nosotros depende, en parte, de que exista un nivel de vida mínimo para todos. La extinción de la pobreza extrema se configura como un imperativo moral inexcusable ante la situación de emergencia planetaria. Es condición *sine qua non* para lograr el desarrollo sostenible en la actual era del antropoceno<sup>59</sup>. Cabe plantear este asunto atendiendo a dos interrogantes que plantea este trabajo: ¿qué es lo que no estamos haciendo para paliar este tema? Y ¿qué podríamos hacer todavía para aminorarlo?

La idea moralizadora de justicia ha sido, desde su nacimiento, la base de la fundamentación del Derecho Internacional. Sin embargo, la lucha contra la pobreza presenta dos significativas limitaciones: de un lado, la invisibilidad de este problema y, de otro lado, la dificultad de proteger, respetar y prevenir los Derechos Humanos de la masa heterogénea que forma este colectivo vulnerable.

En el estado actual de globalización, hemos recalcado otros obstáculos jurídicos para responder a este reto: la deslocalización global de los servicios, personas, bienes y capitales que no se ha traducido en una respuesta jurídica con la misma intensidad también a nivel global y, la importancia emergente de conceptos tales como la "Buena gobernanza" y los procedimientos de *soft law*.

Respecto de primero de los obstáculos señalados: la pérdida de la capacidad regulatoria de los Estados debería ser compensada con la puesta en marcha de una acción multilateral *ad hoc* sobre la erradicación de la pobreza extrema y sobre la pobreza a largo plazo. Ello permitiría visibilizar un tema que afecta a todos, -ricos y pobres-, y que podría ayudar a prevenir otros problemas planetarios conexos como el problema de la inmigración o la explosión demográfica, que suelen producirse precisamente en los entornos más miserables. Para ello, habría que lograr que todos Estados interiorizaran este tema y se mostraran convencidos de la necesidad de dar respuesta jurídica global y consensuada a un problema a la vez nacional e internacional.

En este contexto, los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y el objetivo I de erradicación de la pobreza de los ODS marcan dos importantes pasos para combatir la pobreza multidimensional, aunque ninguno de ellos establezca medidas

59 V.gr. FRESSOZ, J.B., BONNEUIL, CH., *L'événement anthropocène. La Terre, l'Histoire et nous*, Points (colección "Histoire"), 2016; MEADOWS, D. ET ALII, *Les limites*, cit.

obligatorias. El trabajo debe continuar, sabiendo la dificultad que representa la propia base consensual del DI: la falta de un legislador universal que pueda sustituir a los Estados y la dificultad de comprometer a aquellos agentes no estatales que escapan a los controles jurídicos.

Los indicadores estadísticos de ODM y los ODS han dibujado un panorama alentador sobre el progresivo desmantelamiento de la pobreza que no deben servir para limpiar la conciencia de la Comunidad Internacional, sobre todo la de los países más desarrollados. Al principio, los resultados han sido rápidos y muy alentadores. Pero, con el tiempo, el tema persistirá en las zonas donde la pobreza es endémica. De hecho, la batalla contra la pobreza extrema se ganará o perderá en el África subsahariana.

En todo caso, está por ver si no estamos llegando ya demasiado tarde. No es precisamente muy esperanzadora la ola de intolerancia, xenofobia, nacionalismo y racismo últimamente que está sacudiendo ciertos países, porque ello podría mermar o acabar con todos los esfuerzos realizados hasta ahora.

## BIBLIOGRAFÍA

ATKINSON, A.B.: *Desigualdad, ¿qué podemos hacer?*, Fondo de Cultura Económica, 2016.

BARDI, H.: *Le grand pillage: comment nous épuisons les ressources de la planète*, Les Petits Matins, 2015.

BECK, U.: *La mirada cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 2004.

CERVERA VALLTERRA, M., "Avances y mejoras del marco normativo para la asistencia y protección de los desplazados internos en África", *Revista Española de Derecho Internacional*, 67/1, 2015.

COLLIER, P.: *El Club de la pobreza. Que falla en los países más pobres del mundo*, De Bolsillo, 2014.

CORTÉS RODAS, F.: "Una crítica a las teorías de justicia global: al realismo, a Rawls, Habermas y Pogge", *Ideas y Valores*, 59, 2010, pp. 93-110, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80914956005> (consultado en febrero de 2019).

DORIGNY, M.: *Les abolitions de l'esclavage*, París, PUF (colección "Que sais-je?"), 2018.

DUFLO, E.: *Le développement humain, lutter contre la pauvreté (I)*, Seuil (colección "La République des idées"), 2010.

DUFLO, E.; BANERJEE, A.: *Repensar la pobreza: un giro radical en la lucha contra la desigualdad global*, 2015.

EASTERLY, W.: *La carga del hombre blanco: el fracaso de la ayuda al desarrollo*, Debate, 2015.

FERRO, M.; (Dir.) BEAUFILS, T.: *Le livre noir du colonialisme, XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle: de l'extermination à la repentance*, París, Laffont, 2003.

FRESSOZ, J.B., BONNEUIL, CH.: *L'événement anthropocène. La Terre, l'Histoire et nous*, Points (colección "Histoire"), 2016.

GALBRAITH, J. K.: *La sociedad opulenta*, Barcelona Planeta-Agostini, 1985.

GARCÍA-MONCÓ, A.; FUSTER GÓMEZ, M.: "Planificación fiscal internacional posible vs. indebida: problemas actuales", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 405, (editorial Centro de Estudios Financieros).

GEREMEK, B.: *La piedad y la horca*, Alianza editorial, 1986.

GUARIGLIA, O.: *En camino de una justicia global*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M.: "Globalización y soberanía de los Estados", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005.

IGLESIAS VILA, M.: "Justicia global y Derecho Humanos: hacia una ética de las prioridades", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005.

LARRÚ RAMOS, J.M.: "Medición multidimensional de la pobreza: estado de la cuestión y aplicación la ODS-1", *Revista internacional de cooperación y desarrollo*, núm. 3/1, 2016.

MALTHUS, T.: *Ensayo sobre el principio de la población*, Torrejón de Ardoz, Akal. 1990.

MANTEROLA, J.: *Pobreza y justicia globales: una interpretación moderada de los argumentos de Thomas POGGE*, Tesis, Universidad de Buenos Aires, 2016, <https://philarchive.org/archive/JULPYJ-2>, (consultado en febrero de 2019).

MARX, C.: *Trabajo asalariado y capital*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1995.

MEADOWS, D. ET ALII: *Les limites à la croissance (dans un monde fini): le rapport Meadows, 30 ans après*, L'écopoche, 2017.

MILLER, D.: *National Responsibility and Global Justice*, Oxford University Press.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Sobre la pobreza y los Derechos Humanos*, (Discurso de aceptación del Doctorado Honoris Causa de la *Universitat de València*), Madrid, ed. lustel, 2014.

NAGEL, T.: "El problema de la justicia global", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 9/1, 2008, ([https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/09Jurica07.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/09Jurica07.pdf), consultado en febrero de 2019).

NUSSBAUM, M.: *Las fronteras de la justicia*, Barcelona, Paidós.

PIKETTY, T., *El capital del siglo XXI*, RBA editores, 2015.

POGGE, T.: *Povertá mondiale e diritti umani, responsabilità e riforme cosmopolite*, Roma-Bari, Editoriale Laterza, 2010.



POGGE, T.: "Innovazione farmaceutica: escludere i poveri". En: *Poverta mondiale e diritti umani*, Laterza, 2010.

POGGE, T.: *¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?*, Proteus (colección "Repensar"), 2013.

RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1979.

RAWLS, J.: *El derecho de gentes y una revisión de la idea de la razón pública*, Paidós (colección "Estado y Sociedad"), 2001.

RICARDO, D.: *Principios de economía política y de tributación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

SACHS, J.: *La era del desarrollo sostenible*, Barcelona, Deusto, 2015.

SACHS, J.: *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestros tiempos*, Barcelona, Debate, 2015.

SEN, A.: *La idea de justicia*, Taurus, 2010.

SEN, A.: *Repenser l'inégalité*, Points (colección "Economie"), 2012.

SMITH, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, FCE, 1997.

STIGLITZ, J.E.: *La gran brecha: qué hacer con las sociedades desiguales*, De Bolsillo, 2017.

TAMARIT LÓPEZ, I.: *El desafío de la justicia global desde el enfoque de la capacidad de Amartya K. Sen*, Tesis, Universidad de Valencia, 2016, <http://roderic.uv.es/handle/10550/52518>, (consultado en febrero de 2019).

URRY, J.: *Off-shore*, Capitan Swing Libros, 2017.

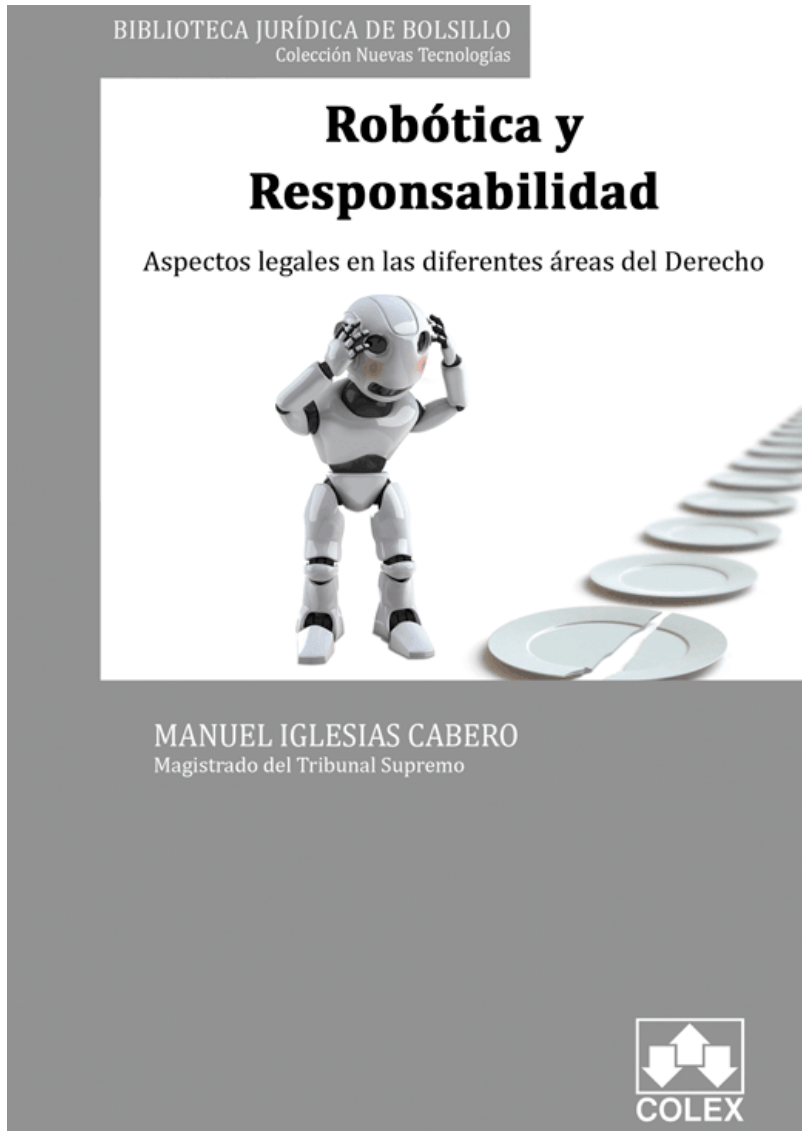
VIVES, J.L.: *De subventione pauperum = El socorro de los pobres. De communione rerum = Sobre la comunicación de los bienes*, Tecnos, 1997.



RESEÑAS



IGLESIAS CABERO, M.: *Robótica y responsabilidad*, Editorial Colex, Madrid, 2017.



La humanidad se encuentra *ad portas* de una nueva etapa. En efecto, robots, bots, y, en general, otras expresiones de la inteligencia artificial, están desencadenando una revolución industrial. La realidad pone de manifiesto que el ser humano tiene la posibilidad de recrear artificialmente inteligencia capaz de operar de manera autónoma. Nos referimos a una inteligencia artificial con un poder equivalente o, incluso, superior a la humana. No estamos frente a hechos de ficción, sino el presente que avanza, de forma imparable, hacia la robótica. En realidad, desde

tiempo inmemorial, el ser humano ha soñado con la posibilidad de diseñar máquinas inteligentes. Piénsese, por ejemplo, en el popular Frankenstein o el mito de Pigmalión y la estatua. Como suele decirse, y cuanto comentamos no es una excepción, la realidad supera a la ficción.

Reconociendo, por consiguiente, la existencia y los eventuales problemas de diversa índole que la robótica puede suscitar, es el momento de reflexionar sobre los posibles cambios legislativos para tener en consideración las novedosas aplicaciones de esa tecnología. En el Derecho comparado, Estados Unidos, Japón y Corea del Sur, entre otros, están aprobando normas reguladoras de la robótica y de la inteligencia artificial. Estamos ante una cuestión poco abordada por la doctrina científica. Recientemente, asistimos a la publicación de obras sobre la materia que están cubriendo esta laguna. Dentro de las mismas, ocupa un lugar de primer orden el libro de Manuel Iglesias Cabero –Magistrado del Tribunal Supremo- que presenta múltiples cualidades. Así, entre otros aspectos, combina, de forma magistral, el rigor con la sencillez de la lectura. La monografía, que es objeto de reseña, ostenta un total de ocho capítulos que, a continuación, serán objeto de breve examen.

El primero de ellos se ocupa del concepto y alcance que implica la robótica. Fue en la obra teatral *Robots Universales* Rossum, escrita por Karel Čapek donde apareció por primera vez el término robot. Estamos llamados a convivir con robots, androides y cyborg. Se están efectuando numerosas investigaciones con el objetivo de que los robots puedan anticipar relaciones humanas a través de instrumentos de probabilidad, estadística y patrones de comportamiento. Existen países que ponen fecha a la convivencia cotidiana de los robots con el ser humano. Así, el departamento de interior norteamericano estima que acontecerá entre 2022 y 2027, mientras que Japón considera que será más adelante, en concreto, para 2030. Este último país, desde hace quince años, aprobó la puesta en práctica de zonas específicas, denominadas Tokku, para probar los robots en entornos reales. Los robots pueden ser empleados con una enorme variedad de fines. En este sentido, son susceptibles de erigirse en un instrumento que haga posible un mundo más seguro o, por el contrario, una herramienta que suscite inseguridad. Los robots inteligentes pueden ser el blanco de ciberataques con el objetivo de generar daños personales, de reputación, patrimoniales y contra la integridad física de las personas.

El debate que se plantea entre la robótica y el nivel de empleo se incluye en el capítulo segundo. Como el autor determina, en los inicios del texto, a propósito de las repercusiones que esta materia plantea en el empleo, hay que hacer una distinción, entre quienes apuestan por la implantación de la robótica sin restricciones y los que se oponen, de manera taxativa, a este método de trabajo. Los robots operan en numerosos espacios. Son multidisciplinarios y actúan en el plano civil, industrial y militar. Iglesias Cabero piensa que el robot debe ser considerado como

un mero instrumento de trabajo. Las máquinas son susceptibles de sustituir al ser humano en diversas facetas como las tareas domésticas, el cuidado de personas, vigilancia, seguridad, y actuaciones en labores ciertamente peligrosas. Si bien, en estos momentos, debe descartarse la cotización de los robots a la Seguridad Social (no son sujetos obligados), sí que es el momento de añadir al debate la presencia de la robotización. El robot, como es obvio, no es sujeto obligado –ni lo será por el momento–. Resulta evidente que un robot no percibe un salario, ni incurre en enfermedades, ni será progenitor (padre o madre), ni tendrá una enfermedad como los seres humanos. Aunque debemos descartar la idea, ha de advertirse, como indica Iglesias Cabero, que los detractores de la robótica –que no son los empresarios– ven el efecto perverso derivado de que si las máquinas sustituyen a un trabajador, se resta un cotizante a la Seguridad Social. La Tesorería del sistema de la Seguridad Social, en estos momentos, se encuentra en números rojos. A esto debe sumarse los programas demográficos que claramente están acechando a España.

Por su parte, la ausencia de soporte normativo es objeto de examen en el siguiente capítulo. El primer paso significativo, a nivel europeo, se dio con el informe de 31 de mayo de 2016 en el que se incluyen diversas recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre normas de Derecho civil relativas a la robótica. En toda esta materia impera una suerte de vacío legal. Hasta que la esperada normativa vea la luz, como el autor de la obra dispone, habrá que estar expectantes para evitar que se susciten abusos o que los perjudicados por los abusos que se puedan producir con las máquinas inteligentes queden en desamparo. Es tarea de la Comisión europea, como ya se adelantó, caminar en este sentido. Los temas que el Parlamento Europeo estima más oportunos son los vinculados con la responsabilidad, la puesta en marcha de una agenda europea que se encargue de todos estos asuntos, la privacidad de los datos almacenados y la responsabilidad que, al respecto, pueda suscitarse.

Los distintos ámbitos de la responsabilidad, en material laboral, se examinan en el capítulo cuarto. Antes de entrar en materia, conviene aludir a las diversas denominaciones con las que se puede apuntar a los robots. Así, la UE se muestra a favor de persona electrónica, mientras que en Estados Unidos se acuñó el término de persona artificial. No es un tema baladí, el que es objeto de somero análisis, pues debe repararse en que la condición de personalidad legal permitiría que los robots tuvieran un salario, pagasen impuestos, poseyeran activos y ser demandantes y demandados en vía judicial. Ahora bien, los robots se aproximan, en gran medida, a las cosas, ya que son máquinas. Los efectos de la robótica en el plano laboral no tienen por qué ser necesariamente negativos, y no incidirá en todos los sectores del mismo modo. Especialmente sugerentes resultan las apreciaciones que, desde la teoría general, se formulan en relación a la responsabilidad en las contrataciones, subcontratas y cambios de empresas; la responsabilidad en el área de trabajo temporal; y los accidentes de trabajo en situaciones de pluriempleo.

El capítulo quinto se dedica al estudio de la competencia. La diversidad de consecuencias que se derivan de un accidente de trabajo, así como de la capacidad para conocer de las reclamaciones que se formulen, pueden implicar problemas de índole competencial. La producción de un accidente de trabajo, como determina Iglesias Cabero, deja numerosos frentes abiertos. En este sentido, se cuestionan diversos asuntos como, entre otros, la naturaleza de la responsabilidad; la disparidad de indemnizaciones y prestaciones; posibles tercerías; calificación de los créditos en el concurso; sanciones administrativas; recargo de prestaciones; calificación de las contingencias; y la posibilidad de iniciarse de oficio los procedimientos. Aunque en esta materia, generalmente se ha estimado que la competencia la ostenta el orden civil y social, en fechas recientes, se ha cambiado este parecer. Como dispone el autor, el sistema público de la Seguridad Social, no es suficiente en sus previsiones, de la reparación del daño causado tanto por el accidente de trabajo como por la enfermedad profesional. Resulta de justicia compensar el daño en su integridad. En consecuencia, debe deducirse que la competencia del orden civil para conocer de estos daños, marginales o complementarios, no parece dudosa.

La responsabilidad civil, penal y administrativa se analiza en el capítulo sexto. Como es sabido, a tenor del art. 1101 del Cc, la responsabilidad civil representa la obligación de resarcir los daños producidos por quienes, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquella. En el marco jurídico actual, los robots no pueden ser responsables de actos u omisiones que generen daños y perjuicios a terceros. El régimen relativo a la responsabilidad extracontractual se encuentra en el art. 1902 Cc. En materia de responsabilidad extracontractual podría no ser suficiente el marco brindado por la Directiva 83/374, de 25 de julio de 1985, que únicamente cubre los perjuicios sufridos por los defectos de fabricación de un robot a condición de que el perjudicado demuestre el daño real, el defecto que presenta el producto y la relación de causalidad. Lo que está fuera de duda es que la citada Directiva no cubre, en modo alguno, los daños producidos por la nueva generación de robots. Para hacer frente a la responsabilidad por los daños y perjuicios generados por los robots, podríamos poner en práctica diversas soluciones. Una de ellas es la exigencia de un seguro obligatorio, así como un fondo de carácter común con el que hacer frente a los riesgos. También son objeto de examen, desde la teoría general, tanto la responsabilidad penal como la administrativa.

La postura que muestra el Vaticano en cuanto al debate de la ciencia y la fe se incluye en el capítulo séptimo. Como señala Iglesias Cabero, la Iglesia Católica, a través de los últimos Papas, ha dado testimonio de su preocupación por el rumbo que pueda tomar esta nueva revolución, apostando decididamente por situar al hombre en el centro de toda discusión; no se muestra temerosa ante los avances

que se esperan y confía en que el enfrentamiento entre la ciencia y la fe no llegue a producirse.

Finalmente, el capítulo octavo se dedica a las conclusiones que pueden derivarse. Una de las preguntas que debemos formularnos, después de haber analizado todos los pormenores de los que nos hemos ocupado, es cuál es el status legal de los robots inteligentes. Pueden plantearse dudas respecto a su naturaleza jurídica y de si son susceptibles de incluirse en una de las categorías jurídicas actualmente imperantes, a saber: personas físicas; personas jurídicas; animales; u objetos. La Unión Europea se posiciona a favor de una nueva figura jurídica entre las cosas y las personas físicas.

Como puede colegirse de cuanto se ha puesto de manifiesto, la tecnología ha atravesado diversas etapas. En una primera, las personas simplemente se conectaban a Internet. Seguidamente, en una segunda, se hace a través de Internet. En la actualidad –la tercera- estamos ante lo que se denomina el Internet de las cosas en las que estas últimas se conectan a la Red con el fin de mejorar la vida de las personas. La siguiente fase, en la que paulatinamente nos estamos adentrando, consiste en que sean precisamente los robots los que interactuarán con el espacio en el que se muevan. Todo ello lo harán de forma independiente del ser humano. Es más, será posible que los humanos se combinen con las máquinas para ampliar sus capacidades de forma notable –cyborg-. Esta nueva etapa merece una regulación legal adaptada a dicho fenómeno.

Dr. David López Jiménez, EAE Business School



# TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD



## I. Generalidades.

Este sitio web ([www.revistabolivianadederecho.com](http://www.revistabolivianadederecho.com)), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

## 2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

## 3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

#### **4. Obligaciones del usuario.**

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

#### **5. Cláusula de limitación de responsabilidad.**

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

#### **6. Propiedad intelectual e industrial.**

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

#### **7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.**

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **[dirección.revistarbd@gmail.com](mailto:dirección.revistarbd@gmail.com)**



# INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

### II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumasla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:  
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

### III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

#### IV. Normas editoriales

##### A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

##### B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

## V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:.
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
  1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
  2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
  3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

## VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

## VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:  
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).  
Fecha de visita al documento (año, mes , día).  
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.  
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.  
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

## IX. OTRAS SECCIONES DE LA REVISTA.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.  
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.



- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

