

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 1, agosto de 2014



Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano.
Calle Luis García Berlanga, num. 7, 1-15.
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico:
info@idibe.com
Dirección web:
www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SUBDIRECTOR

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD
DE VALENCIA, ESPAÑA

SECRETARÍA TÉCNICA

D. PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. MARIA ELENA COBAS COBIELLA
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

DRA. FABIOLA MECO TÉBAR
PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. PILAR MONTÉS RODRÍGUEZ
PROFESORA TITULAR (ESCUELA UNIVERSITARIA) DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

D. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, UNIVERSIDAD DE ELCHE, ESPAÑA

D. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
BECARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, UNIVERSIDAD DE
VALENCIA, ESPAÑA

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA, ESPAÑA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA, UNIVERSIDAD DE CUYO, ARGENTINA

D. CRISTIAN LEPIN MUÑOZ
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CHILE

D. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA,
CATEDRÁTICO DE CONTRATOS CIVILES Y MERCANTILES, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO,
COLOMBIA

DRA. GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES, UNIVERSIDAD DE
BUENOS AIRES, ARGENTINA

DR. LORENZO MEZZASOMA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE PERUGIA, ITALIA

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
ABOGADA. PROFESORA DE DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE CUYO,
ARGENTINA

DR. ORLANDO PARADA VACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA GABRIEL RENÉ MORENO,
BOLIVIA

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
CATEDRÁTICA ACREDITADA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

DR. DAVID VARGAS ARAVENA
PROFESOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

ÍNDICE

DERECHO CONSTITUCIONAL

EL DEBER DE VERACIDAD DEL INFORMADOR.....	9
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
USO DE LA CÁMARA OCULTA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS HISTÓRICOS.....	21
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	

DERECHO DE LA PERSONA

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO.....	29
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES E INCAPACITADOS A LAS INTROMISIONES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	35
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	43
GRACIELA MEDINA	
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PROCREACIÓN.....	53
GRACIELA MEDINA	
LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA CONDICIÓN FEMENINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	59
GRACIELA MEDINA	
INTERÉS PROTEGIDO EN LA PRODIGALIDAD Y LEGITIMADOS PARA INSTAR SU DECLARACIÓN.....	63
SALVADOR CARRIÓN OLMOS	

DERECHO DE FAMILIA

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DE CONVIVENCIA: LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ARAGONÉS.....	75
AURORA LÓPEZ AZCONA	
LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR COMO RECURSO DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	93
JOSÉ GABRIEL ORTOLÁ DINNBIER	
LA SUBSISTENCIA DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL CASO DE UN HIJO DISCAPACITADO MAYOR DE EDAD. COMENTARIO A LA STS NÚM. 372/2014, DE 7 DE JULIO (RJ 2014, 3540).....	105
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN

EL CONTROL SOBRE EL MERECIMIENTO DE TUTELA DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS.....	113
GIOVANNI BERTI DE MARINIS	

DERECHOS REALES

BREVE ESTUDIOS DE LOS REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN, EN PARTICULAR, DE LA ORDINARIA.....	121
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
LA DIVISIÓN DE BIENES: REQUISITOS JURISPRUDENCIALES.....	131
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	

DERECHO INMONILIARIO REGISTRAL

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA USUCAPIÓN “SECUNDUM” Y “CONTRA TABULAS”. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO), DE 21 DE ENERO DE 2014.....	139
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	

RESPONSABILIDAD CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO POR PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN.....	149
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CHILENA.....	157
DAVID G. VARGAS ARAVENA	

DERECHO MERCANTIL

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPO DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL.....	165
PABLO GIRGADO PERANDONES	

BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INVERSIÓN.....	175
JOAQUÍN ALEGRE ZALVE	

DERECHO DEL TRABAJO

NOTAS SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL IMPLANTADO POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2014, DE 4 DE JULIO.....	183
EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI	

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y MIGRACIONES INTERNACIONALES EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. UNA APUESTA POR LA EFICACIA.....	199
MARIEL F. MOLINA DE JUAN	

CUESTIONES PRÁCTICAS ACERCA DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA.....	205
ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	

DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DOBLE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO.....	211
LUIS DE LAS HERAS VIVES	
DERECHO DE FUNDACIONES: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOTACIÓN FUNDACIONAL.....	217
FRANCESC CHOLVI ROIG Y BORJA MESTRE GINER	
DE COMPRAS UN DOMINGO: LA REGULACIÓN DE LOS HORARIOS COMERCIALES EN ESPAÑA.....	227
PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS	

DERECHO PROCESAL

LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.....	243
LUIS DE LAS HERAS VIVES	

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA POR LOS CONTENIDOS POR LA INDEXACIÓN Y ALMACENAMIENTO DE DATOS CONTENIDOS EN SITIOS DE INTERNET: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO (GRAN SALA) DE 13 DE MAYO DE 2014.....	251
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	

EL DEBER DE VERACIDAD DEL INFORMADOR

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. El art. 20.1 d) CE reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, por cualquier medio de difusión. No obstante el art. 20.4 CE establece límites al ejercicio de este derecho (así como al resto de los regulados en el precepto), señalando, entre ellos, “especialmente”, el “derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Por lo tanto, el derecho a la libertad de información tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales de la personalidad, entre ellos, el derecho al honor, cuya protección, sin embargo, tampoco es absoluta. Es, por ello, que siempre que se produce una colisión entre ambos derechos fundamentales hay que realizar una ponderación de los intereses jurídicos protegidos, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, para decidir cuál de ellos debe prevalecer.

Es claro que la jurisprudencia atribuye a la libertad de información una inicial preferencia sobre el derecho al honor –como explica la STC 240/1992, de 21 diciembre- en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía

institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático”.

La STC 21/2000, de 31 de enero, dice, así, que “Es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político [...] De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática”. Véase en el mismo sentido SSTC 105/1990, de 6 de junio, 172/1990, de 12 de noviembre, 371/1993, de 13 de diciembre y STC 78/1995, de 22 de mayo.

No obstante, como explica la STC 240/1992, de 21 diciembre, la preferencia sobre derecho al honor se supedita a la concurrencia de dos requisitos, “que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública”.

2. El art. 20.1 d) CE no protege, pues, cualquier información, sino, exclusivamente, la que tiene por objeto hechos veraces. No obstante lo dicho, el deber de veracidad no exige la total exactitud de lo que se transmite, so pena de incurrir, en caso contrario, en responsabilidad civil, pues tal carga, en la práctica, haría inoperante el reconocimiento de la libertad de información. Según explica la STC 158/2003, de 15 de septiembre, la prueba de la veracidad no puede “consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una ‘probatio diabólica’, por imposible en la mayoría de los casos. Dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados”.

Lo que el deber de veracidad impone es la obligación de desplegar la diligencia propia de un correcto profesional de los medios de comunicación en la averiguación de la verdad. La STC 139/2007, de 4 de junio, que sistematiza la doctrina jurisprudencial sobre el deber de veracidad, afirma que ésta “no debe identificarse con la idea de objetividad, ni con la ‘realidad incontrovertible’ de los hechos, pues ello implicaría la constricción del cauce informativo a aquellos hechos o acontecimientos de la realidad que hayan sido plenamente demostrados [...] El requisito constitucional de la veracidad de la información [...] se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia [...] La exigencia constitucional de veracidad, predicada de la información que se emite y recibe, guarda relación con el deber del informador de emplear una adecuada diligencia en la comprobación de la veracidad de la noticia, de manera que lo transmitido como tal no sean simples rumores, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, sino que se trate de una información contrastada ‘según los cánones de la profesionalidad’, y ello, insistimos, con independencia de que la plena o total exactitud de los hechos sea controvertible”.

De lo expuesto se deduce que el juicio de veracidad se ciñe al examen del grado de diligencia desplegado por el profesional de los medios de comunicación en la confrontación de la noticia. Dicho examen se realiza en atención a las circunstancias del caso concreto, a pesar de lo cual es posible extraer de la jurisprudencia una serie de criterios orientativos en la materia, que paso a exponer.

3. El cumplimiento del deber de veracidad se juzga en atención a si la inexactitud ha desvirtuado de modo esencial la verdad de la noticia. La STC 240/1992, de 21 diciembre, observa que “el informador [...] tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un

profesional”; y añade: “Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección [...] aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”.

En el caso litigioso se enjuiciaba un artículo del periódico “El País”, que tenía como título “Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos”; y un antetítulo en el que se decía que “Garrote en mano, el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado”. En él se informaba de que “El cura párroco de Hío, localidad perteneciente al municipio de Cangas, encabezó ayer a un grupo de vecinos del lugar de Viñó que, armados de palos y estacas, increparon y amenazaron a los nudistas acampados en la playa de Barra, mientras la Policía Municipal de Cangas procedía al levantamiento de parte de las tiendas de campaña allí instaladas”. Sin embargo, dos días después, se publicó en el mismo periódico otro artículo sobre la polémica entre vecinos y desnudistas en Cangas de Morrazo, en el que se decía que el párroco de Hío negaba toda participación en la polémica, afirmando el sacerdote no haber tenido “arte ni parte en el conflicto de los vecinos con los nudistas”, y añadiendo: “Mucho menos garrote en mano; no es mi estilo la violencia”. El periódico, en definitiva, incurrió en una equivocación, pues el sacerdote en cuestión no era el párroco de Hío, sino el de Viñó, no obstante lo cual entendió cumplido el requisito de la veracidad, por entender que se trataba de un error circunstancial que no afectaba a la esencia de lo informado.

4. La mayor o menor gravedad de la información modula el grado de intensidad del deber de veracidad. En este sentido, observa la STC 139/2007, de 4 de junio, que “El nivel de diligencia exigible al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere”. Esta diversa intensidad del nivel de diligencia exigible se manifiesta en el diverso tratamiento que se ha dado al supuesto de error en la persona protagonista de los hechos relatados, según la gravedad de éstos.

Es ilustrativa la STC 52/1996, 26 de marzo. Un periodista había publicado un artículo en el que se denunciaba un intento de chantaje de un auditor a un empresario de la construcción, ofreciéndole negociar las conclusiones de la auditoría sobre las obras de construcción de una cooperativa, a cambio del pago de tres millones de pesetas. En él se afirmaba que la información estaba basada en la copia de una cinta magnetofónica, en la que se escuchaba una conversación telefónica entre ambos, entregada por el redactor del proyecto de las obras, quien confirmaba este extremo en una entrevista que se le hacía en las páginas interiores del periódico. El auditor aludido interpuso querrela criminal por injurias graves, que prosperó en segunda instancia, al haberse acreditado que él no había sido la persona con la que se había mantenido la conversación grabada. El TC desestimó el recurso de los condenados en los que sostenían que el periodista había cumplido con la exigencia de desplegar la diligencia adecuada para averiguar la verdad de lo transmitido. Dice, así: “el contenido del artículo periodístico de autos desmerece objetivamente la fama u honor del sujeto al que hace referencia, o al menos su crédito profesional y personal”, y añade: “Dicho esto, y ocupándonos ya del deber de diligencia connatural a una información veraz [...] hemos declarado cómo este requisito ha de cumplirse con especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere. Y este es también el grado de diligencia exigible al autor de la información que ahora examinamos, pues, como se acaba de constatar, el error de la noticia enjuiciada ha supuesto un grave descrédito para la persona del [auditor]”.

5. El juicio acerca de la diligencia desplegada por el informante en la verificación de la noticia pasa por averiguar si la contrastó con datos objetivos o con fuentes informativas dignas de solvencia. La STC 52/1996, 26 de marzo, afirma que “Cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ [...] está estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”; y, a continuación, considera como criterio para enjuiciar el deber de diligencia en orden a averiguar la verdad “la concreta conducta del sujeto informador en relación con la fuente de la información”.

La STC 190/1996, de 25 de noviembre, entendió que no había existido un adecuado cumplimiento del deber de contrastar la noticia con la fuente, confirmando la condena por intromisión ilegítima en el honor de una joven persona fallecida, a la que se relacionaba con el consumo de drogas, sugiriendo que ésta había sido la causa de su muerte. En la noticia se decía que un miembro del Ayuntamiento había confirmado al programa que las últimas investigaciones descartaban el asesinato y se centraban en el consumo de droga y que el análisis del cadáver indicaba que podía ser que la joven consumiese estimulantes desde hacía tiempo y que se encontraba en mal estado de salud. Sin embargo, la autopsia del cadáver desmintió este extremo, constatándose, además, en el juicio ordinario correspondiente, que el Alcalde, había puesto de manifiesto dos veces a un representante del medio, “de forma clara y contundente”, que no había nada relacionado con la droga en la muerte de la joven”. “Esta aseveración –afirma el TC– no sólo descarta la veracidad de la noticia en cuanto mera transmisión sin aportación de la información que otro facilita, sino que, a la vista de su fuente y de su firmeza, exigía un esfuerzo añadido de comprobación: indudablemente en relación con su así desmentido contenido final, y posiblemente en relación con el de las otras dos afirmaciones relativas al objeto de la investigación policial y judicial. La noticia a la que ahora nos referimos, sin embargo, se exteriorizó sin actividad complementaria de contraste alguna, siquiera para confirmar, por vía oficial o acudiendo a la propia familia que aún no se había emitido el informe relativo el resultado del análisis pertinente del cadáver, fechado dos días después de la transmisión de la noticia”.

6. La jurisprudencia tiende a considerar los documentos oficiales como fuentes especialmente solventes, a efectos de juzgar la diligencia desplegada por el periodista en su labor de contraste.

La STC 129/2009, de 1 de junio, pone de manifiesto “que la utilización como fuente directa para una información de unas diligencias policiales y judiciales abiertas en las que se confirma su contenido implica que los datos transmitidos en ese momento por el informante no puedan calificarse de producto de la mera invención o carentes de fundamento fáctico, quedando

disipada de ese modo una eventual falta de diligencia en el contraste de la información difundida”. No obstante, en este caso, no se consideró veraz la información aparecida en un periódico, la cual relacionaba a la víctima de un asesinato con el negocio de la prostitución. En ella se decía que “regentaba un negocio de prostitución de alto nivel, según fuentes de la investigación” y que “fuentes policiales confirmaron ayer que la víctima, una mujer extravagante y llamativa, había ejercido la prostitución desde muy joven”, añadiendo que el chalet escenario del crimen “era en realidad un prostíbulo de lujo, según han indicado las citadas fuentes”. El TC constató que el único dato objetivo con que contaba el autor del artículo era una declaración de un testigo, contenida en el atestado policial, en la que decía haber contactado telefónicamente con la fallecida, por haber visto un anuncio de que daba masajes en su casa, y haber concertado con ella una cita.

7. La jurisprudencia no considera cumplido el requisito de la veracidad, cuando el periodista se remite a fuentes indeterminadas, negándose a revelar la identidad de los informantes, acogiéndose al secreto profesional.

La STC 21/2000, de 31 de enero, se planteó la legitimidad de un reportaje, aparecido en un periódico, en el que se afirmaba que altos cargos del Ministerio de Defensa, mandos militares y empresarios del sector de suministros habían pactado, de forma irregular y a cambio de comisiones millonarias, un contrato de 25.000.000.000 millones de pesetas”. La sentencia recurrida había acordado el archivo de las diligencias previas a las querellas interpuestas por los empresarios aludidos por la información, entre otras razones, porque la misma era veraz, desde el momento en que había quedado demostrado que “el periodista recibió un escrito anónimo en el que se denunciaban los hechos posteriormente publicados y con el fin de confirmar su contenido contactó con diversas personas relacionadas con el tema -personas de las que no se ha desvelado su identidad en virtud del secreto profesional- quienes le facilitaron información documentada sobre las bases de un concurso público aún no convocado y sobre la fabricación del material que constituía su objeto con anterioridad a la adjudicación del correspondiente contrato”. Sin embargo, el TC estimó el recurso de los empresarios distinguiendo entre la veracidad relativa al hecho de la

irregularidad administrativa y al pago de comisiones, de que hablaba el reportaje.

Dice, así: “Ciertamente, en los autos quedó probado que mediante la investigación efectuada por el periodista se confirmó la existencia de irregularidades administrativas; pero lo que no quedó acreditado es que los recurrentes en amparo hubieran pagado las comisiones millonarias a las que se hacía referencia en la noticia”. Más adelante, añade: “Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que si bien es verdad que el periodista realizó una actividad de averiguación en relación con parte de los hechos sobre los que versó la noticia -que determinadas empresas poseían información respecto de un futuro contrato de suministros del que no había sido publicado todavía el pliego de condiciones-, respecto de otros de los hechos a los que se hacía referencia en la información publicada, en concreto, el que afirmaba que los empresarios del sector -identificándose entre éstos a los ahora recurrentes en amparo- habían pagado comisiones millonarias, no se desplegó más actividad probatoria que la de remitirse a la información que sobre este hecho le habían proporcionado fuentes indeterminadas”.

8. Entre los criterios para determinar el canon de diligencia del informante habrá que tener en cuenta si, pudiendo, intentó contrastar la noticia con el aludido. El grado de diligencia que le es exigible estará en función de la naturaleza de los hechos a los que se refiera.

La STC 240/1992, de 21 diciembre, consideró cumplido el deber de diligencia en la verificación de la noticia, a pesar de que el informante había incurrido en un error en la persona aludida, entre otras razones, porque no había existido posibilidad de contrastarla con aquélla. Dice, así, que “del carácter involuntario de dicho error es prueba el hecho de que el mencionado periodista también se preocupó de contrastar la información con la persona aludida en la misma, si bien este intento de ponerse en contacto con la persona afectada fue infructuoso al haberse ausentado ésta del municipio en dichas fechas, como posteriormente quedó acreditado en autos”.

Ahora bien, en esta decisión es seguro que se tuvo en cuenta la circunstancia de que el hecho que se imputaba a la persona aludida no era un delito, sino la participación en un altercado entre unos vecinos y unos nudistas que utilizaban una playa de su municipio.

Lógicamente la valoración ha de ser distinta cuando se imputa a una persona la comisión de un delito. Así resulta del ATC 16/2006 de 18 de enero, que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado por calumnias a un periodista, que había publicado un artículo en el que acusaba a dos recaudadores de impuestos de Sevilla de apropiación indebida. Dice, así: “examinada la cuestión a la luz de las exigencias de nuestra doctrina respecto del requisito de la veracidad, podemos concluir que, en efecto, el recurrente en amparo no actuó con la diligencia que le era constitucionalmente exigible a tenor del contenido de la información divulgada, en la que se imputaba un delito a los recaudadores municipales a quienes se refería la noticia, pues no existió previo contraste con datos objetivos ni labor de averiguación de los hechos sobre los que versaba dicha información”.

9. La jurisprudencia es constante en afirmar la irrelevancia de los móviles subjetivos en orden a determinar la veracidad de la información: quiere ello decir que, aunque no se tuviera intención de dañar, si no se ha desplegado la diligencia necesaria en orden a contrastar la noticia, se incurre igualmente en responsabilidad.

Así, la STC 192/1999, de 25 de octubre, precisa que “la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona”.

10. La veracidad de la información no queda comprometida por el hecho de que ésta haya sido obtenida de sumarios en tramitación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el magistrado que la filtre. En este

sentido existe una consolidada jurisprudencia, expresada en SSTC STC 158/2003, de 15 de septiembre, 54/2004, de 15 de abril, y 216/2006, de 3 de julio.

11. La posterior rectificación de la noticia, que no es veraz, no determina, por sí sola, el carácter ilegítimo de la intromisión en el derecho al honor.

La STC 52/1996, 26 de marzo, afirma, así, que no es determinante “el hecho de que el periódico publicara en días posteriores una nota [de la persona aludida por la información no veraz] en la que se ponía de manifiesto la absoluta falsedad de la conversación telefónica, pues aun sin entrar a considerar si éste pudo ejercer plenamente su derecho de rectificación, tal derecho es siempre compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos [tal y como prevé el art. 6, “in fine” de la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación]”.

12. La STC 336/1993, de 15 de noviembre, precisa que, en el supuesto de cartas de opinión de lectores (a través de las cuales éstos ejercitan su libertad de expresión, pero que, desde la perspectiva del periódico, se sitúan en el ámbito de la libertad de información, comunicando opiniones ajenas al medio), el Director debe comprobar la identidad de la persona que las escribió.

El TC desestimó el recurso de amparo contra la sentencia de condena por desacato, como consecuencia de la publicación en la Sección de “Cartas al Director” de una carta, firmada por persona de identidad desconocida, en la que se vertían expresiones insultantes contra el entonces Alcalde de Santander. Afirma el Tribunal que “en un supuesto como el presente el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación. Ello constituye, como es sabido, práctica habitual de los medios de comunicación, pues si esta diligencia no fuera exigible obvio es, de una parte, que no quedarían debidamente deslindados, respectivamente, el

ejercicio de la libertad de expresión de una determinada persona ajena al medio, que éste posibilita al publicar la carta, y el derecho que asiste al diario de informar de esa opinión a sus lectores”. “A lo que cabe agregar –continúa diciendo el Tribunal- que la comprobación de la identidad de la persona que es autora del escrito permite que ésta asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito, con independencia de la responsabilidad que el Director puede asumir si, conociendo la identidad del autor, decide no revelarla [...] Pues en otro caso se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado”. Concluye observando que el Director en funciones del diario “no procedió a identificar, ex ante, la persona que era autora de la carta recibida para su publicación en la Sección correspondiente de dicho diario, y en la que sólo figuraba el nombre ‘Arturo R. L., Santander’; sin que dicha persona haya podido ser identificada pese a las actuaciones practicadas por el órgano judicial; y que “aun siendo claramente injurioso el contenido de la carta aquí considerada [...] el recurrente autorizó su publicación [...] Por tanto, cabe considerar que el recurrente, aun ejerciendo prima facie el derecho a comunicar información veraz que el art. 20.1 d) CE le reconoce, ha incumplido el deber de diligencia que le correspondía”.

La doctrina que emana de esta sentencia tiene una clara finalidad, esto es, la de evitar que los medios de comunicación se conviertan en censores de las opiniones de sus lectores; y se basa en el argumento de que cuando se publican cartas al director el periódico no se responsabiliza ni asume como propios los hechos o valoraciones del autor de la carta. Ahora bien, no parece que la mera circunstancia de proceder a la identificación del autor de una carta injuriosa exima de responsabilidad al periódico, si la falsedad de los hechos relatados o la ilicitud de las expresiones empleada era patente y fácilmente reconocible, por lo que, en este caso, el afectado podría también dirigir su demanda de resarcimiento contra el rotativo, que, con toda probabilidad, será quien más fácilmente pueda procurarlo. A este respecto, hay que tener en cuenta que en el ámbito de internet, donde el control de los contenidos de los hechos y opiniones de los usuarios es mucho más difícil de controlar, el art. 16.1 a) de Ley 34/2002, de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, sujeta a responsabilidad a los prestadores de un servicio de intermediación que tengan “conocimiento

efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización”.

USO DE LA CÁMARA OCULTA EN EL PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS HISTÓRICOS

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. La sentencia que se va a analizar aquí [STS núm. 225/2014, de 29 de abril (RJ 2014, 2670)] aborda el controvertido uso de las cámaras ocultas en el periodismo de investigación. A pesar de haber proliferado en los últimos diez años el número de condenas del Tribunal Supremo a productoras y canales de televisión, lo cierto es que el uso de las cámaras ocultas sigue siendo práctica habitual cuando de obtener información de primera mano se trata. En general, el uso de las cámaras ocultas no puede considerarse prohibido per se, sino únicamente, cuando conlleve una lesión en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad o a la propia imagen, lo que, en la mayoría de los casos, puede evitarse mediante el uso de técnicas que distorsionen el sonido y difuminen la imagen a fin de hacer irreconocible a la persona filmada.

2. Dentro del periodismo de investigación suele distinguirse entre el periodismo de investigación que tiene por objeto la denuncia social (y por

tanto, tiende a sacar a la luz determinadas prácticas ilegales o de dudosa legalidad) y el periodismo de investigación en el que se trata de reconstruir determinados hechos de cariz político. Aunque el uso indiscriminado del periodismo de investigación se ha producido en relación con la denuncia social, el caso que se va a abordar aquí tiene que ver con el periodismo de investigación de reconstrucción de hechos.

3. En el escrito de demanda se expone que en el reportaje emitido por cierta cadena de televisión, titulado “Especial Investigación. El crimen más oscuro de ETA (2ª Parte)”, aparecía una grabación con imágenes y la voz del demandante, propietario de una galería de arte y conocido por haber sido en su día miembro de la banda terrorista ETA. La grabación, realizada días antes de la emisión del reportaje, se produjo en la galería de arte propiedad del demandante, sin que éste tuviera conocimiento de que estaba siendo grabado, e, incluso, habiendo recibido respuesta negativa por parte de los reporteros a la pregunta de si estaba siendo filmado.

En la conversación mantenida y posteriormente emitida en televisión, el demandante es preguntado sobre su pasado en ETA y, en concreto, acerca de la desaparición de tres personas ocurrida en el año 1973 y la de un terrorista. Así, cuando el demandante es informado del propósito de los periodistas, reacciona con un, entre irónico y despectivo “¡Qué bonito!”, reprochando a los reporteros que “a estas alturas” quieran revivir una “historia trasnochada”, cuando él está “en otra onda”, y que esa historia les interese únicamente por el morbo o por un “uso político en este momento”, razón por la que les pregunta quién les manda o qué gente había venido con ellos y, en cualquier caso, remite su colaboración para el caso de que algún día se decidiera hacer “un testimonio, un buen documento, un documental”, pues él había vivido con el terrorista desaparecido al lado, pero que de la forma en que los reporteros le habían abordado se iban a encontrar las puertas “requetecerradas”. El reportaje concluía con una inquietante voz en “off” que decía: “una vez más nos encontramos con un ex miembro de ETA, atado al pacto de silencio de la banda terrorista”.

4. El Juzgado de Primera Instancia (JPI, en adelante) estimó parcialmente la demanda, considerando vulnerados los derechos a la intimidad y a la propia imagen del demandante, pero no así, en cambio, el derecho al honor. Frente a los 100.000 euros solicitados como indemnización, el JPI entiende suficiente la cantidad de 50.000 euros. En concreto, el JPI consideró, en síntesis, que aunque el reportaje abordase un tema de relevancia e interés general, resultara veraz en cuanto a la reproducción de las respuestas dadas por el demandante y que no fuese manipulado su contenido (pese a los recortes efectuados respecto a la conversación original), ni el contenido de las respuestas facilitadas por el demandante ni su imagen eran elementos imprescindibles para obtener la información o para darle veracidad, por lo que, no estando justificada la grabación con cámara oculta y posterior difusión de su imagen, se habían vulnerando sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Consideró igualmente que el art. 8.2.a) LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, precepto que permite la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, siempre que tenga, por razón de su oficio, proyección pública, y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, no resultaba aplicable aquí, por cuanto el demandante, a pesar de haber tenido en el pasado proyección pública y notoriedad como miembro de ETA (hacia el año 1973), carecía sin embargo de tal carácter de personaje público en el momento en que se hizo la grabación (año 2005). En fin, respecto al derecho al honor, el JPI entendió que el reportaje no imputaba al demandante un delito de colaboración por omisión o silencio con ETA como hecho calumnioso que afectase a su honor, sino que se trataba de una opinión periodística del informador basada en las respuestas dadas por el demandante y en toda la información manejada para la elaboración del programa, encontrándose amparada la frase por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

5. Ante dicha sentencia de primera instancia, interponen sendos recursos de apelación tanto el demandante como las entidades codemandadas, solicitando aquél que se considere lesionado también el derecho al honor con el consiguiente reflejo indemnizatorio, y éstas que se revoque la sentencia

condenatoria. La Audiencia Provincial estimó también lesionado el derecho al honor, si bien no incrementó la indemnización inicial concedida. A tal fin, consideró que el hecho de que en el reportaje apareciese el rostro del demandante con su concreto historial lesionaba sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen al ser presentado como un ex miembro de ETA del que se daba a entender que se encontraba vinculado por un pretendido pacto de silencio que le impedía dar datos acerca de la desaparición de tres jóvenes gallegos y acerca del caso “Pertur”.

Además, en relación con el art. 8.2.a LO 1/1982, entiende la Audiencia Provincial, al igual que el JPI, que el demandante no podía considerarse como un personaje con proyección pública al tiempo del reportaje, por lo que el hecho de que la grabación fuera tomada en un lugar abierto al público, como es una galería de arte, no justifica la intromisión, al no cumplirse el otro requisito exigido por dicho precepto (el del carácter de personaje público de la persona filmada).

6. La sentencia anterior dio pie a sendos recursos de casación interpuestos ante el Tribunal Supremo por el demandante y por las entidades codemandadas. Los recursos de casación de las entidades codemandadas defendían la preponderancia en el caso concreto de los derechos a la libertad de información y de expresión. Así, consideran los codemandados que: a) el tema sobre el que versaba el reportaje era de indudable interés general, y la falta de respuesta a lo sucedido bien exigía una investigación en profundidad para que la opinión pública pudiera conocer con exactitud lo acontecido; b) el demandante era un personaje de relevancia pública; c) las manifestaciones de éste eran imprescindibles para el esclarecimiento de los hechos, y no podían obtenerse recurriendo a medios menos invasivos en los derechos de la personalidad, pues de haber sido requerido para autorizar expresamente la grabación se habría negado, pese a todo lo cual no fue engañado pues debía intuir que tales manifestaciones serían posteriormente utilizadas de algún modo al ser conocedor de que hablaba con periodistas que investigaban las desapariciones de 1973; d) se reprodujeron fielmente las manifestaciones del demandante, y el sentido que se atribuyó a las mismas como un pacto de silencio con ETA fue una mera opinión de los periodistas a la luz de un

examen conjunto de tales manifestaciones y del material de la investigación; y e) no se realizó ninguna imputación de hechos injuriosos o calumniosos, limitándose los periodistas a narrar hechos veraces.

El demandante, en cambio, consideró en su escrito que: a) la información que transmitió el reportaje no era veraz, siendo únicamente meras elucubraciones y rumores infundados; b) el hecho de que hubiera pertenecido a ETA durante el momento en que ocurrieron las desapariciones no le vincula necesariamente a tal acontecimiento; c) la información no tenía el pretendido interés general que se le atribuye, pues los hechos investigados, aunque tuvieron interés general en su día, habían sido ya olvidados por la opinión pública y únicamente recobraron actualidad de manera forzada para poder hacer el reportaje; d) la frase con voz en “off” proferida como colofón del reportaje y en el contexto de éste encierra una falsa acusación de carácter grave al incluirlo, identificado plenamente, dentro de un grupo de personas que callan unos hechos muy graves, actuando en connivencia con una banda terrorista sin que tal extremo se hubiese acreditado; e) toda vez ser conocido en determinados ámbitos locales, no era una persona de carácter público y en todo caso dicha popularidad existió en los años 70; f) la grabación con cámara oculta de su imagen, voz y declaraciones no era imprescindible para obtener la información pretendida; y g) la grabación no fue realizada en un lugar abierto al público ya que se hizo en la zona de despacho del interior de su galería de arte y en el convencimiento de que sus manifestaciones no iban a trascender.

El Tribunal Supremo, a la hora de resolver los recursos de casación, consideró que había existido intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, pues: a) respecto del derecho a la propia imagen, se grabó y difundió la imagen del demandante no sólo sin su conocimiento, y por tanto sin su consentimiento, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él, mostrándose sus rasgos físicos de una forma que permitía identificarlo plenamente; b) en relación al derecho a la intimidad, ésta fue invadida al grabar al demandante en unas actitudes y gestos, y empleando un lenguaje, que no habría empleado nunca en una entrevista voluntariamente concedida por él.

Por lo demás, entiende el Supremo que la finalidad perseguida con el reportaje tampoco justificaba el sacrificio de los derechos del demandante a la intimidad y a la propia imagen porque, pese al indudable interés general y relevancia pública de la investigación, el mismo resultado se habría conseguido dejando constancia de que el demandante no había querido hablar, como así se hizo con otro de los antiguos miembros de ETA al que también se pretendió entrevistar.

En cuanto a la pretendida lesión en el derecho al honor, dice el Tribunal Supremo que es la más difícil de dilucidar. Para entender esto, hay que tener en cuenta que en la jurisprudencia del alto tribunal sobre uso ilegítimo de cámaras ocultas, referida exclusivamente a supuestos de periodismo de investigación de denuncia social de determinadas actividades ilícitas, la declaración de la lesión en el derecho al honor no es consecuencia directa de la filmación de la entrevista, sino de su posterior emisión en televisión, lo que genera un debate entre los contertulios del programa en el que se suele descalificar a la persona filmada, que se caracteriza por prestar determinados servicios de dudoso efecto o dudosa legalidad (es decir, un estafador).

Sin embargo, y pese a lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que sí existe intromisión ilegítima en el derecho al honor. Y ello por los siguientes motivos: a) como apreció la STC núm. 12/2012, de 30 de enero (RTC 2012, 12), “una determinada forma de captación de la información, o de presentación de la misma, puede llegar a producir al mismo tiempo tanto una intromisión ilegítima en la intimidad como una vulneración del derecho a la propia imagen o, incluso, una lesión al derecho al honor” (F.J. 5º); b) pudiendo, por tanto, existir lesión en el derecho al honor por la presentación de la información, la frase final “una vez más nos encontramos con un exmiembro de ETA atado al pacto de silencio de la banda terrorista” inclinaba al telespectador a pensar en la sujeción del demandante a la disciplina de ETA; c) tal frase distorsionó el verdadero sentido de lo que había dicho el demandante, y lo hizo en su desprestigio y no sin una cierta carga de represalia por haberse negado a atender a los reporteros de una determinada cadena comercial, pues ningún fundamento tiene considerar sujeto a un pacto de silencio a quien se mostraba dispuesto a hablar en un

documental riguroso sobre el tema; y d) a lo anterior hay que añadir se suma el derecho de una persona amnistiada en la década de 1970 a no tener que hablar en 2005 sobre su pasado delictivo.

En fin, el Tribunal Supremo mantuvo el importe de la condena (50.000 euros).

7. Como ya he dicho, tradicionalmente el Tribunal Supremo conocía de supuestos en que el uso de cámaras ocultas en periodismo de investigación tenía por objeto poner de manifiesto ante la opinión pública determinadas prácticas y estafas que tenían lugar en ciertas clínicas o consultas privadas. En estos casos, se había determinado que el uso de las cámaras ocultas no era imprescindible para la información que se pretendía transmitir, puesto que la filmación de los estafadores no aportaba nada al reportaje, más allá de la mera curiosidad morbosa de los telespectadores. Igualmente, en alguna sentencia, el Tribunal Supremo, lejos de prohibir categóricamente el empleo de tal método, estimaba más respetuoso con los derechos a la intimidad y a la propia imagen la distorsión del sonido y de la imagen del estafador, pues es evidente que, si se hace irreconocible a la persona filmada, no se estarían vulnerando dichos derechos.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional se mostró menos permisivo con el empleo de la cámara oculta, llegando a afirmar que, con independencia de otros elementos, como la relevancia pública del reportaje o la necesidad de la cámara oculta para obtener la información, “lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)” [STC 12/2012, de 30 de enero (RTC 2012, 12)].

El caso que se analiza aquí, sin embargo, es diferente a los supuestos de periodismo de denuncia social, pues en el periodismo de reconstrucción de hechos de importancia político-histórica, la información que puedan aportar personas que hayan participado de los acontecimientos puede ser clave, y, en muchos casos, no puede obtenerse recurriendo a entrevistas convencionales.

En la sentencia aquí analizada, a mi juicio, existe un elemento fundamental que debe tenerse en consideración para concluir que sí existió lesión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Tal elemento no es otro que la escasa información que aporta la entrevista. En efecto, de la entrevista filmada con cámara oculta no se obtiene una información valiosa que pudiera justificar el sacrificio de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así lo entiende el propio Tribunal Supremo, cuando explica que “aunque la jurisprudencia de esta Sala, más que la doctrina del Tribunal Constitucional, permita entender que el procedimiento de la cámara oculta puede no ser ilegítimo si resulta proporcionado al interés público de los hechos registrados [...], pues no cabe descartar que mediante el mismo se descubran casos de corrupción política o económica al más alto nivel que deban ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia inherente a la grabación de la imagen y la voz, es indiscutible que esa proporción entre fines y medios no se daba en el presente caso, como por sí mismo demuestra el pobre resultado de la grabación difundida”.

Desde el momento en que la información que se desvela con la cámara oculta es nula o casi nula, el sacrificio de los derechos de la personalidad carece de sentido y, por tanto, deben primar en el juicio de ponderación respecto a las libertades de información y de expresión.

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL LLAMADO DERECHO AL OLVIDO

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. La jurisprudencia constitucional, entre otras, en la STC 127/2003, de 30 de junio, ha reconocido el carácter noticiable de los hechos con relevancia penal, lo que justifica intromisiones en los derechos de la personalidad de quienes, aun no siendo personajes públicos, sin embargo, se ven implicados en procesos penales de interés informativo, en concepto de imputados o de condenados. Ahora bien, no parece que las personas absueltas o, incluso, las condenadas, tengan que soportar dichas intromisiones, una vez pasado un tiempo prudencial desde que acaecieron los hechos, si no persiste un interés actual de la sociedad en conocerlos.

2. En los supuestos en los que el proceso penal hubiera concluido con una sentencia absolutoria, pudiera ocurrir que existiera un interés informativo a volver a divulgar la noticia, pero, en aras a su veracidad, la persona implicada tendría derecho, en todo caso, a que la misma se integrara por los posteriores acontecimientos procesales, en particular, su absolución.

En la jurisprudencia italiana es muy conocido el caso resuelto por la Ordenanza del Juzgado Roma de 6 de mayo 1983 (FI 1984, I, 299), que prohibió cautelarmente la difusión en televisión de una película-documental, sobre la muerte, una tarde de 1977, del famoso jugador de fútbol del “Lazio”, Lucciano Re Cecconi. El deportista, queriendo gastar una broma a un amigo joyero, al que habían atracado varias veces, en compañía de otras personas,

fue a su tienda y, cuando estaba de espaldas, le gritó: “Esto es un atraco”, a lo que éste respondió, volviéndose y disparándole un tiro que acabó con su vida, sin tener tiempo de reconocerlo. El joyero fue acusado por el Ministerio Fiscal, que pidió tres años de prisión, siendo absuelto en el juicio penal, celebrado un mes después, al apreciarse la eximente de actuación en legítima defensa.

El joyero, al pedir la medida cautelar, había argumentado que la difusión de la película suponía una intromisión en su derecho a la intimidad y al honor. El Juzgado descartó que existiera una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, porque el hecho narrado, por su desenvolvimiento y resultado, había dejado de ser un acontecimiento privado para llegar a ser objeto de conocimiento y de análisis, a diversos niveles, por parte del público; y, en consecuencia, existía el derecho a reconstruir y reproducir un suceso que había conmocionado a la opinión pública, por la popularidad de la víctima y su fatal desenlace. Sin embargo, consideró que la película suponía un ataque al honor del demandante, desde el momento, en que, contrariamente a la verdad, se le atribuían características físicas y psicológicas absolutamente negativas, describiéndolo como un personaje obsesionado por el dinero, prepotente, frágil, desde un punto de vista emotivo, mezquino, sádico y propenso a la violencia; y, sobre todo, no se hacía ninguna referencia a la sentencia absolutoria.

Más recientemente, la Sentencia de la Corte de Casación italiana, de 5 de abril de 2012 (NGCC 2012, I, 836), ha resuelto un litigio relacionado con un archivo alojado en la web de un diario, en el que se recogía la antigua noticia del arresto por corrupción de un político, que después sería absuelto, circunstancia ésta, que no constaba en el archivo, al ser la absolución posterior a la fecha de elaboración del documento originario. Contra lo sostenido por la sentencia recurrida, la Corte de Casación afirma que, en el caso de las noticias contenidas en archivos históricos de periódicos a los que se puede tener acceso por internet, debe reconocerse al sujeto concernido la posibilidad de contextualizar y actualizar la información, mediante su conexión con otras, posteriormente publicadas, en particular la relativa a su absolución. Afirma, así, que si bien la información dada era verdadera al tiempo de la publicación originaria de la noticia, su posterior alojamiento en un archivo de carácter histórico ha de ser realizada, de tal modo que la misma siga conservando su veracidad y exactitud, tanto en beneficio del sujeto afectado, como en provecho del público destinatario de ella.

3. Parece, además, que, incluso cuando el procedimiento penal acaba con una sentencia condenatoria, debe reconocerse a las personas que ya ha pagado su deuda con la sociedad y se hallan rehabilitadas, lo que en la jurisprudencia francesa o italiana se ha llamado el “derecho al olvido”, esto es, la posibilidad de oponerse a que el delito que en su día cometieron vuelva a ser innecesariamente recordado a la sociedad; y ello, para evitar una injerencia desproporcionada en sus derechos al honor y a la intimidad, la cual sería contraria al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.2 CE), en la medida en que supondría colocar obstáculos desmedidos a la posibilidad efectiva de rehacer sus propias vidas, sometiéndose al riesgo de ser objeto de un reproche social extemporáneo a través del inoportuno recuerdo de hechos por los que ya se les juzgó en el pasado.

En la jurisprudencia francesa la sentencia del TPI de Namur, de 24 de noviembre de 1997 (“Legipresse”, 1998, n. 154, III-123), afirma, así, que una persona condenada judicialmente tiene un real derecho al olvido, que se desprende del art. 8 CEDH y del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles o Políticos de Nueva York, el cual debe ser considerado como aquél que permite a la persona no dedicada a una actividad pública exigir el secreto y la tranquilidad, sin los cuales el libre desarrollo de su personalidad quedaría coartado. Observa que el principio general ha de ser el del respeto del “derecho al olvido” de la persona rehabilitada, a no ser que se trate de “redivulgar” hechos ya conocidos en la época en que tuvo lugar el proceso y de que exista un interés contemporáneo a esa “redivulgación”. No obstante, la Sentencia de la Corte de Apelación de Montpellier, de 8 de abril de 1997 (“Legipresse”, 1997, n. 151, I-52), observa que el derecho al olvido no puede ser reconocido de manera absoluta, siendo el juez quien, en atención a las circunstancias del caso, debe determinar su alcance, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, el tiempo pasado desde su comisión y el esfuerzo de las personas condenadas, desde el momento en que, al haber purgado su pena, pueden oponerse legítimamente al recuerdo de su pasado, si dicho recuerdo no responde a ninguna necesidad de orden ético, histórico o científico.

En la jurisprudencia italiana la Sentencia de la Corte de Casación, de 9 de abril de 1998 (FI 1998, I, 1834), ha admitido, explícitamente, el derecho al olvido. Más recientemente, la sentencia de la misma Corte, de 5 de abril de 2012 (NGCC 2012, I, 836), afirma que, si el interés público a la libertad de información limita el derecho a la intimidad, no obstante, al sujeto concernido, en aras al libre desarrollo de su personalidad, se le reconoce un derecho al olvido, esto es, a que no sean posteriormente divulgadas noticias

que, por el transcurso del tiempo, resulten ya olvidadas o ignoradas para la generalidad de las personas. Ello, siempre que no exista un interés público a su actual consentimiento, por razones de carácter histórico, didáctico o cultural, o, más en general, porque persista un interés social en dicho conocimiento.

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 5 de junio de 1973 (BVerfGE 35, 202), afirma que, si bien, en principio, es lícito informar al público sobre ciertos hechos de la vida personal del criminal, en relación con los cuales ha sido declarado culpable, no obstante, el efecto de la irradiación de la protección constitucional de la personalidad impide que los medios de comunicación puedan extender, más allá de la información de hechos de actualidad y sin limitación de tiempo, el tratamiento de datos que conciernen a la persona de un criminal y a su esfera privada. Concretamente, el Tribunal prohibió la difusión en televisión de una película basada en un caso penal en el que varias personas de orientación homosexual habían sido condenadas por la muerte de un soldado, en el que se identificaban los nombres de los delincuentes, a instancia de uno de ellos, que estaba a punto de salir de la cárcel, tras haber cumplido seis años de reclusión.

4. Es ilustrativo el caso decidido en la jurisprudencia francesa, por la STGI de París, de 18 de diciembre de 1991 (“Legipresse”, 1992, n. 8, III-1), en el que se apreció la ilicitud de un artículo aparecido en “Paris Match” con el título “Los ángeles del mal”, dedicado a grandes procesos criminales protagonizados por “mujeres dominadas por la pasión”, afirmando que, si bien se podía volver a hacer referencia a un antiguo proceso judicial, esto no daba derecho a proporcionar informaciones que permitieran localizar a la persona que, habiendo cumplido su pena, reivindicase un legítimo derecho al olvido. Concretamente, en el artículo se desvelaba el nombre y paradero actual de una mujer, que, después de haber cumplido su pena, se había alejado de su ciudad, trasladándose a Marruecos, donde dedicaba sus energías a cuidar a personas en un hospital. La mujer, en cuestión, después de la aparición del artículo se suicidó, para no decir la verdad sobre su vida anterior a su prometido. El Tribunal, con toda razón, consideró que se habían suministrado informaciones adicionales concernientes a su vida privada actual, las cuales no eran necesarias para la información del público.

Interesante también es otro caso resuelto por la jurisprudencia italiana, concretamente, por el Tribunal de Roma, el 15 de mayo de 1995 (“Dir. Informática”, 1996, 422), en el que se afirmó que la nueva publicación,

después de treinta años, de un hecho delictivo, con fines promocionales, constituye una difamación y obliga a la sociedad editora del periódico a resarcir el daño moral ocasionado, al tratarse de una información carente de interés público. En el caso litigioso, un periódico había reproducido una antigua página del 6 de diciembre de 1961, en la que se encontraba una noticia relacionada con un concurso semanal. Sin embargo, en dicha página aparecía, además, otra antigua noticia, relativa a una confesión de homicidio con el nombre y la fotografía del reo, el cual, tras haberse beneficiado de una reducción de condena y de una medida de gracia del Presidente de la República, se había reinsertado plenamente en la sociedad, tanto, desde el punto de vista personal y afectivo, como profesional. Al volverse a publicar la antigua noticia, su protagonista perdió su trabajo y la confianza de las personas que lo rodeaban.

5. No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta que el denominado “derecho” al olvido debe ceder en aquellos supuestos en que persista un interés general al conocimiento actual de hechos juzgados en el pasado, por ejemplo, un interés de carácter histórico.

Así, la STS 30 diciembre 1989 (RAJ 1990, 393) consideró legítimo que en un programa de televisión, llamado “La huella del crimen”, se emitiera un capítulo con el título “La envenenadora de Valencia”, en el que se narraban las circunstancias del proceso, que condujeron a la muerte por garrote vil de la última de las mujeres que fueron ajusticiadas en España. Dice el TS que “la historia de un proceso penal, público, basada en una sentencia difundida en su día por todos los medios de comunicación y cuyo contenido tiene hoy una trascendencia histórico-social, un conocimiento colectivo, que escapa y desborda el concepto de lo privado o particular para llegar a formar parte del recuerdo histórico e hito temporal”.

6. De cualquier modo, parece que, con la excepción dicha, es decir, persistencia de un interés general al conocimiento actual de hechos pasados, debe aceptarse, como regla general, la idea que el paso del tiempo debilita el interés general al conocimiento de los hechos pasados o, al menos, la implicación penal en ellos de una concreta persona, carente de habitual proyección pública.

Esta idea es expresada por la reciente STS 25 marzo 2013 (RAJ 2013, 3682), que resolvió un litigio curioso, en el que la vecina de un pequeño pueblo de

500 habitantes había esparcido en la localidad el rumor de que uno de las habitantes había violado a otro, cuando tenía la edad de 8 años. Concretamente, había hecho esas aseveraciones en un paseo matutino con otras vecinas, en la carnicería del pueblo y durante la comida de la festividad de Santa Ágata.

El TS confirmó la condena de la vecina que había esparcido el rumor, siendo el argumento decisivo del fallo la falta de la veracidad de la información difundida. No obstante, se refiere también a la incidencia que el paso del tiempo puede tener al realizar la labor de ponderación para resolver el conflicto. Dice, así, que “debe tenerse en cuenta que los hechos se difunden cuando han pasado más de 23 años desde que supuestamente ocurrieron y, en consecuencia, el interés público decae notablemente con el paso del tiempo, aunque el paso del tiempo no elimina con carácter general dicho interés público ni, especialmente, las facultades de la víctima para denunciar los hechos”.

Continúa afirmando que “las manifestaciones realizadas, no se limitaron a narrar hechos de veracidad comprobada, sino que presentó ante la opinión pública local a la persona objeto de dichas informaciones como autor de una agresión sexual, hasta el punto de calificarlo literalmente de ‘violador’ y todo ello cuando la recurrente conocía que no se habían entablado acciones penales para el esclarecimiento de los hechos, que había transcurrido un largo periodo de tiempo hasta que los hechos son públicos y que el comportamiento del presunto agredido con su agresor en todo este tiempo podía calificarse de normal. Y, no obstante, la recurrente transmite al entorno local que efectivamente los hechos habían acontecido y que entre los convecinos de la pequeña localidad se encontraba un violador”; y acaba: “En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, la recurrente insistió en distintos ambientes en la divulgación de los referidos hechos a pesar del tiempo transcurrido dando a entender que en el pueblo había un violador de menores”.

EL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES E INCAPACITADOS A LAS INTROMISIONES DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. El art. 2.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contempla la posibilidad de que el titular del derecho fundamental consienta “expresamente” la intromisión de un tercero en un bien de la personalidad propio. Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual (aunque sea dado, mediando el pago de una suma de dinero), ni tampoco supone, en sentido estricto, un acto de disposición; por el contrario, opera como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica (con las pertinentes consecuencias, como son, en el orden civil, la reparación del daño moral ocasionado). Los bienes de la personalidad, no pueden ser objeto de tráfico jurídico. De ahí, que el art. 2.1 LO afirme que los derechos al honor, intimidad y propia imagen sean indisponibles.

A este respecto resulta muy clarificadora la STC 208/2013, de 16 de diciembre, a cuyo supuesto de hecho me referiré posteriormente, la cual, al analizar la legitimidad de una intromisión en el derecho al honor e imagen de un discapacitado, sitúa la cuestión en sus justos términos, refiriéndose a la

“valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable”.

El ámbito natural de aplicación del precepto parece ser el de las intromisiones en la intimidad y la propia imagen, pero también puede aplicarse respecto al honor. Por ejemplo, quien consiente en participar en un concurso televisivo en que se coloca a los intervinientes en situaciones ridículas no puede luego dirigirse contra el medio que retransmite dicho concurso.

2. Hay que tener en cuenta que, aunque el art. 2.2 LO 1/1982 exige que el consentimiento autorizando la intromisión sea “expreso”, la jurisprudencia, contenida, por ejemplo, en la STS 22 febrero 2006 (RAJ 2006, 830), con buen criterio, entiende que dicho adjetivo no se refiere a la forma de prestarlo, sino que debe interpretarse en el sentido de que ha de existir una autorización del titular del derecho para cada uno de los actos lesivos (en el ejemplo puesto, grabación del programa y retransmisión televisiva), la cual, sin embargo, puede darse tácitamente y deducirse de hechos concluyentes. En tal sentido se pronuncia la STS 25 enero 2002 (RAJ 2002, 21), así como la STS 25 noviembre 2002 (RAJ 2002, 10274), según las cuales “el consentimiento exigido por el art. 2.2 LO 1/1982 no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas”.

Así, en principio, puede presumirse razonablemente que la persona que voluntariamente asiste a un concurso televisivo, autorizando la grabación del mismo, implícitamente, está también dando su consentimiento para que sea retransmitido. Lo mismo sucede cuando alguien acude a un programa de televisión, concede una entrevista y en el curso de la misma, desvela hechos que le conciernen, los cuales, objetivamente, le hacen desmerecer en la consideración social. No puede lamentarse de que la entrevista sea retransmitida en directo o en diferido (si no manifiesta su oposición antes), porque tácitamente lo ha autorizado; y, en cualquier caso, podría pensarse en la aplicación del art. 2.1 LO 1/1982, que se refiere a los propios actos como criterio de delimitación de la protección civil de los derechos fundamentales de la personalidad.

3. ¿Podrían posteriormente otros medios distintos del que hecho la entrevista referirse a los hechos desvelados voluntariamente, que, objetivamente, hicieran desmerecer la persona entrevistada en la consideración social?

¿Cómo jugaría a este respecto la exigencia del carácter “expreso” que el consentimiento para la intromisión tiene que tener, según el art. 2.2. LO 1/1982? Me refiero aquí a casos en que no existiese un interés general (por razón de la persona o de la materia) al conocimiento de dichos hechos, pues, en estos casos, presupuesto dicho interés general, la aplicación de la doctrina del reportaje neutral (concurriendo los requisitos propios de la misma) llevaría a la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor.

A mi parecer, la exigencia de que el consentimiento sea expreso no juega por igual respecto de todos los bienes de la personalidad, sino que depende de la naturaleza de estos.

Así, es claro que la autorización para publicar una imagen en un concreto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos a aquél, al que se concedió la autorización. En este sentido, la STS 18 julio 1998 (RAJ 1998, 6278) afirma que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía”, y la STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673) y STS 24 diciembre 2004 (RAJ 2004, 138), al tratar del carácter expreso, que ha de revestir el consentimiento a la intromisión, se manifiestan en los siguientes términos: “El consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio”.

Las cosas –creo yo- son distintas respecto de la intimidad, cuya debe realizarse, teniendo en cuenta el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, tal y como resulta del art. 2.1 LO 1/1982, precepto, que ha sido objeto de valoraciones diversas en la doctrina científica y que, en mi opinión, es una aplicación de la doctrina de los propios actos a la protección del derecho a la intimidad. A mi entender, la previsión de la norma es correcta, si se le da una interpretación adecuada y proporcionada, que no cuestione el poder jurídico que el derecho a la intimidad atribuye sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de la persona y de su familia. Creo que debe entenderse en el sentido que, cuando una persona hace público cierto aspecto de su intimidad, por ejemplo, divulgándolo en un programa de televisión, éste, objetivamente, deja de formar parte de su “ámbito, propio y reservado”; si se me permite la expresión, “ya no cabe marcha atrás”, porque ha perdido el poder de control sobre el mismo; y, de ahí, que no pueda lamentarse de que lo que

voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación.

Me parece que con el honor pasa algo parecido: cuando alguien voluntariamente desvela aspectos de su propia vida que son deshonorosos tampoco cabe “dar marcha atrás”: objetivamente, el descrito social ya se ha producido y, además, por una causa que le es imputable. Su fama y reputación han sido irremediabilmente dañadas, por lo que no cabe lamentarse de que otros medios de comunicación se hagan eco de lo dicho por él en la entrevista. Cuestión distinta son los juicios de valor y opiniones que en estos medios pueden emitirse sobre los hechos.

4. El art. 3.1 LO 1/1982 prevé que los menores e incapaces presten el consentimiento a una intromisión en sus bienes de la personalidad, “si lo permiten sus condiciones de madurez”. En caso contrario –dice al art. 3.2 LO–, serán sus representantes legales quienes lo den en su nombre, exigiendo el precepto que lo otorguen por escrito y que lo pongan previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien podrá oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso decidirá el Juez.

Se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 habla de “la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

No obstante, el principio de autonomía del menor “maduro” encuentra su excepción en el art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, que, en su número tercero, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación “que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso, si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha intromisión”.

Por lo tanto, cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor o, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación, ni el consentimiento del propio menor, ni el de sus representantes legales (en el caso de que aquél no se halle en suficientes condiciones de madurez para prestarlo) excluyen el carácter ilegítimo de la intromisión. “Con ello—se explica en la Exposición de Motivos de la Ley— se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve”. En estos casos, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, quien, a tenor del número segundo del precepto, “instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”. El Fiscal intervendrá, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier interesado, según resulta del número cuarto del mismo precepto.

La previsión legislativa, que establece una tutela reforzada de los derechos de la personalidad de los menores, parece adecuada desde la perspectiva de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, establecido en el art. 20.4 de nuestra Carta Magna, aunque, lógicamente, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores.

5. ¿Cabe que un menor que se encuentre en condiciones de madurez preste su consentimiento tácitamente, esto es, a través de hechos concluyentes, a cada acto de intromisión en su derecho al honor?

Lo niega, a mi parecer, con escaso fundamento, la STS 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 20190), la cual afirma que “contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso”.

Yo creo que es perfectamente posible deducir, sin excesivos esfuerzos, del hecho de que un menor maduro (en este caso, de 17 años) se someta

voluntariamente a una entrevista realizada por un periodista profesional su autorización tácita para que la misma sea utilizada en un programa televisivo. No me parece que el requisito exigido por el art. 2.2 LO 1/1982, de que el consentimiento sea “expreso,” deba interpretarse de manera distinta, cuando sea dado por un mayor de edad o por un menor que tenga condiciones de madurez acreditadas para entender y querer lo que está haciendo. Cuestión distinta es que si la entrevista, por su propia naturaleza o por la manera en que se emite en el programa, perjudica objetivamente al menor, deba entenderse que existe una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen, por aplicación del art. 4.3 LO 1/1996.

Esto es lo que, en puridad, sucedió con en el supuesto de hecho, en la que la presentadora del programa (en el que se informaba de la existencia de avances en el tratamiento de los dolores padecidos por enfermedades de la médula espinal), al introducir la entrevista, dijo, que el menor de 17 años, estaba en la unidad de medulares del hospital y que la mezcla de alcohol y velocidad lo había dejado en una silla de ruedas. Como observa la propia sentencia, “Tales manifestaciones referidas al menor, vinculando su padecimiento físico a las consecuencias del alcohol y la velocidad, donde realmente no queda clara su posición de víctima, puede dar lugar a especulaciones sobre el mismo [...] y pueden considerarse negativas para la integridad moral y formación de los menores, contraviniendo la exigencia constitucional de protección de la juventud y de la infancia”; y, más adelante, añade: “la difusión de la imagen del menor [...] debe considerarse perjudicial para los intereses del menor. El hecho de que en el reportaje emitido se sugiriera la implicación del menor en el accidente y la referencia al alcohol, era susceptible de lesionar el derecho al honor del menor”.

6. Del art. 3.1 LO 1/1982 se deduce claramente que si una persona, a pesar de estar incapacitada judicialmente, tiene condiciones de madurez suficientes para discernir las consecuencias de un concreto acto de intromisión en sus bienes de la personalidad, puede autorizarlo.

Ahora bien, lo que ha dado lugar a controversias es el supuesto inverso, esto es, si un discapacitado psíquico, que no ha sido incapacitado judicialmente, puede prestar, por sí mismo, su consentimiento a la intromisión, con fundamento en la regla de que la capacidad general de obrar de la persona se presume, mientras no sea limitada mediante la correspondiente sentencia judicial.

La STC 208/2013, de 16 de diciembre, con buen criterio, ha afirmado que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido [en el art. 3.1 LO 1/1982] como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad”.

En el supuesto de hecho se enjuiciaba la licitud de una entrevista, emitida en un programa televisivo (de escaso gusto), en la que se ridiculizaba cruelmente a una persona (no incapacitada judicialmente, pero sí con un grado de discapacidad física y psíquica reconocida del 66%), con una serie de preguntas sobre el tipo de mujeres que prefería, las cuales, evidentemente, no entendía. Además, dicha entrevista fue también colgada en la página de internet del programa, en la que se insertó su imagen, con unas enormes gafas y una foto distorsionada, junto a la cual se añadieron comentarios humillantes hacia la persona del discapacitado, de este tipo: “Periodista, soltero, ligón busca”; “tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”; “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas”.

El TC consideró que faltaba la exigencia de que el consentimiento fuere expreso, porque la autorización, en el mejor de los casos, se habría dado para que se llevara a cabo la entrevista y se emitiera en el programa televisivo, pero no, para alojarla en la página web, acompañada de los comentarios transcritos, “sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto”.

Pero el TC viene a negar que la persona entrevistada, a pesar de no estar incapacitada judicialmente, tuviera condiciones de madurez suficientes para valorar lo que estaba haciendo. Dice, así, que “la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa —como ha quedado probado en el proceso—, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta”.

En realidad esta posición es congruente con la mantenida por la jurisprudencia del TS en sede contractual, según la cual son nulos, por falta de consentimiento, los contratos que tienen su origen en las declaraciones de

voluntad procedentes de personas, que, aun no estando incapacitadas, carezcan de “capacidad natural de entender y querer” las consecuencias del contrato celebrado (por ejemplo, porque padecen demencia senil o un Alzheimer acusado), pero siempre que se pruebe cumplidamente que sufrían esta falta de capacidad natural al momento de la conclusión del negocio.

La STS 19 noviembre 2004 (Tol 514302) confirmó, así, la sentencia recurrida, la cual había declarado nula la venta de una vivienda y de dos locales, hechas por la madre de la demandante a favor de los hermanos de aquélla, por entender que, dado su avanzado estado de salud, y, por padecer demencia senil, carecía de capacidad para consentir la venta. Los compradores habían argumentado que el contrato no podía ser invalidado, dado que la vendedora no había sido previamente incapacitada. Frente a ello, el Tribunal Supremo afirma que debe distinguirse entre la “incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado”. Concluye, en consecuencia, que “el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso”, precisando que, en el caso enjuiciado, “la causa de la nulidad no es el estado civil de la vendedora, sino la demostración de una falta de entendimiento y voluntad que son precisos para consentir, destruida con prueba bastante la presunción iuris tantum de la capacidad de obrar de que se trata”.

La STS 14 febrero 2006 (Tol 846273) se pronunció en sentido semejante, confirmando la sentencia recurrida, la cual había declarado nula la donación hecha por una anciana, que padecía Alzheimer, a favor de una de sus hijas, a pesar de que la misma había sido realizada antes de que la anciana fuera incapacitada y sometida a la tutela de otra de sus hijas (que es la que, después, pidió la declaración de nulidad). El Tribunal Supremo expone que, como regla general, “tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia”. Respecto al caso concreto, afirma que la Audiencia “ha extraído razonadamente que la donante carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante”, resaltando que en su historial clínico constaba que, diez meses antes de haberse realizado la donación, se habían efectuado exploraciones radiológicas, de las que resultó sufrir “una atrofia cerebral mixta de predominio cortical y cerebelosa”.

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

GRACIELA MEDINA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

1. El presente trabajo tiene como finalidad ilustrar al lector sobre diversos casos de violencia contra las mujeres, recaídos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a) *Kontrovà c. Eslovaquia* (demanda n° 7510/04). (31.5.2007).

El 2/11/2002, la denunciante presentó una denuncia penal contra su marido, acusándolo de haberla agredido y golpeado con un cable eléctrico. La policía la ayudó posteriormente, a retirar la denuncia cuando fue a la comisaría acompañada por su marido. El 31/12/2002 el marido mató a sus dos hijos (nacidos en 1997 y 2001). La denunciante no recibió ninguna reparación.

La Corte Europea consideró que se violó el art. 2 CEDH (derecho a la vida), por la falta de las autoridades del cumplimiento de su obligación de proteger la vida de los niños y el art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), para la madre, debido a la imposibilidad de la misma en obtener una reparación.

b) *Bevacqua y S. c. Bulgaria* (demanda n° 71127/01) (12.6.2008).

La primera demandante era golpeada regularmente por su marido, lo deja y demanda el divorcio, llevándose con ella a su hijo de tres años de edad (segundo demandante). Según ella, su marido la seguía golpeando. Estuvo durante cuatro días en un refugio de mujeres con su hijo, pero fue advertida por la policía que podía ser procesada por secuestro del niño. Posteriormente, arribaron, con su marido a un acuerdo de custodia alternado, que el marido no cumplió. Las acusaciones que presentó en contra del mismo, provocaron nuevos hechos de violencia. Sus demandas para obtener la custodia de su hijo no fueron tratadas prioritariamente, obteniendo la misma una vez que el divorcio fuera decretado, un año más tarde. Al año siguiente fue nuevamente golpeada por su marido y las denuncias penales fueron rechazadas por considerar que se trataba de un “asunto privado o particular”.

La Corte consideró que se violó el art. 8 CEDH sobre el derecho al respeto de la vida familiar, no habiendo las autoridades búlgaras adoptado las medidas necesarias para sancionar y controlar al marido de la demandante. La Corte Europea señaló igualmente que el hecho de considerar el conflicto entre la demandante y su marido, un “asunto particular”, no se concilia con la obligación de las autoridades de proteger la vida familiar de sus demandantes.

c) Branko Tomašić y otros c. Croacia (n° 46598/06). (15.1.2009).

Los demandantes son los parientes de un bebé y su madre, muertos ambos por su marido y padre (quien luego se quitó la vida), un mes después de salir de la prisión donde había estado encarcelado, por haber amenazado de muerte a su mujer e hijo.

En el inicio, había recibido la orden de someterse a un tratamiento psiquiátrico durante su encarcelamiento y posteriormente si resultaba necesario, pero el Tribunal de Apelación ordenó el cese del tratamiento, al momento de su liberación.

La Corte concluyó que se violó el derecho a la vida (art. 2 CEDH) ante la muerte de la madre e hijo. Las autoridades croatas no aplicaron la orden de exigir el mantenimiento del tratamiento psiquiátrico y el Gobierno no probó que el marido haya seguido dicho tratamiento durante su detención, como tampoco si fue examinado por un psiquiatra antes de ser liberado.

d) Opuz c. Turquía (n° 33401/02). (9.6.2009).

La demandante y su madre fueron agredidas y amenazadas durante años por el marido de la demandante, H. O., a quien le infringió numerosas heridas graves. En una sola excepción, los procesos en su contra fueron abandonados, desistidos, porque las dos mujeres, habían retirado sus demandas, aunque ellas habían explicado que H.O. las había acosado para ello, amenazándolas con matarlas si ellas mantenían sus denuncias. Posteriormente, el interesado H.O. recibió una multa de alrededor de 385 euros a pagar en varias veces por haber apuñalado a su esposa en siete oportunidades. Las dos mujeres plantearon numerosas denuncias, sosteniendo que sus vidas estaban en peligro. H. O. fue interrogado y posteriormente liberado. Finalmente, mientras que las dos mujeres intentaban partir, H. O. mató a su suegra, alegando que la misma había atentado contra su honor. Él fue condenado a cadena perpetua por asesinato, pero quedó en libertad, a la espera del examen de su recurso, mientras que su esposa afirmaba que él continuaba amenazándola.

La Corte consideró que se violó el art. 2 CEDH (derecho a la vida), respecto a la muerte de su suegra y que vulneró el art. 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) concernientes a la falta del Estado de proteger a la demandante. Turquía falló en su obligación de ejecutar y aplicar de manera efectiva un dispositivo apropiado para reprimir la violencia doméstica y de proteger las víctimas. Las autoridades no han aplicado los recursos y medidas de protección que ellos tenían y pusieron fin a los procesos bajo el pretexto que se trataba de “un asunto de familia”, sin saber porque fueron retiradas las demandas. El marco jurídico debería permitir continuar los procesos penales, aún en caso de retiro de denuncias.

La Corte también constató -por la primera vez en un caso de violencia doméstica- violaciones del art. 14 (prohibición de discriminación) combinado con los arts. 2 y 3 CEDH. La violencia sufrida por las dos mujeres, estaba ligada a su género, a su sexo. En efecto, la violencia doméstica afecta principalmente a las mujeres y la pasividad generalizada y discriminatoria de las jurisdicciones turcas, crean un ambiente propicio para ese tipo de violencia. La indiferencia que la justicia muestra generalmente en la materia y la impunidad de los agresores, revela una falta de determinación de las autoridades turcas, sobre las medidas apropiadas que deben tomar para encarar el problema: los policías convencen a las mujeres de retirar sus demandas, los retrasos son frecuentes y los tribunales atenúan el rigor de las penas en nombre del honor y las tradiciones.

e) E.S. y otros c. Eslovaquia (n° 8227/04). (15.9.2009).

En 2001, la denunciante deja a su marido y seguidamente presenta demanda contra el mismo, alegando que la maltrataba, a ella y a sus hijos, y que había abusado sexualmente de una de sus hijas. Dos años más tarde, el interesado fue condenado a cuatro años de prisión por violencia y abuso sexual. La demanda de la denunciante de que se ordenara al marido dejar el domicilio conyugal fue rechazada por el tribunal, considerando que no tenía el poder de restringir el acceso al domicilio del marido (ella no podía poner fin al contrato después del divorcio). Los denunciantes tuvieron que dejar su domicilio, la familia y sus amigos.

La Corte, consideró que Eslovaquia falló en otorgar a los denunciantes la protección inmediata necesaria contra la violencia de su marido y padre, violando los arts. 3 y 8 CEDH (prohibición de tratamientos inhumanos y degradantes y el derecho al respeto de la vida privada y familiar).

f) A. c. Croacia (n° 55164/08). (14.10.2010).

Según la denunciante, su ex marido (quien sufre de graves problemas mentales, entre ellos angustia, paranoia, epilepsia y stress post-traumático), la sometió durante muchos años y de manera reiterada a violencia psíquica y a amenazas de muerte, generalmente delante de su hija. Después de estar refugiada en un lugar mantenido en secreto, la denunciante solicita una medida de protección suplementaria, para prohibir a su ex marido que la acose y la persiga. Fue desestimado, porque no pudo probar que su vida estaba directamente amenazada.

La Corte consideró que se violó el art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar), por cuanto las autoridades croatas fallaron en tomar numerosas medidas ordenadas por los tribunales para proteger a la denunciante o para curar, atender los problemas psiquiátricos de su ex marido (aparentemente eran el origen de su comportamiento violento). Además, no se sabe con certeza si él siguió algún tratamiento psiquiátrico.

g) Hajduová c. Eslovaquia (n° 2660/03). (13.11.2010).

El ex marido de la denunciante fue hospitalizado en un establecimiento psiquiátrico después que la agrediera en público, profiriendo amenazas de muerte. Con heridas leves y temiendo por su vida y su seguridad, la denunciante buscó refugio en una ONG con sus hijos. Su marido fue liberado

sin haber seguido un tratamiento y reiteró sus amenazas. La demanda de la denunciante respecto de que continúe su ex marido el tratamiento, fue rechazada.

La Corte recordó que Eslovaquia tiene la obligación de proteger la integridad física y mental de las personas, en particular, cuando se trata de personas vulnerables, víctimas de violencia familiar. La Corte consideró que se violó el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), incluso si las amenazas del ex marido no se traducen en actos concretos de violencia a la salida del hospital, los temores de la interesada sobre las amenazas del agresor estén fundados y las autoridades hayan fallado en su obligación de ordenar su internación para un tratamiento psiquiátrico.

h) Kaluczka c. Hungría (nro. 57693/10). (24.04.2012).

La Sra. Kaluczka se quejó ante las autoridades porque no la protegieron de violencia de su ex compañero con quien ella continuó compartiendo contra su voluntad su departamento a la espera de medidas en varios procedimientos civiles planteados sobre la propiedad de ese departamento.

La Corte consideró que se violó el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), dado que las autoridades húngaras no tomaron las medidas suficientes para proteger a la Sra. Kaluczka de la violencia de su ex compañero, pese a las demandas planteadas en su contra por agresión, demandas reiteradas por la imposición de restricciones y la apertura de un procedimiento civil de exclusión del departamento.

2. Especial consideración merecen los casos de mutilaciones/excisiones genitales.

a) Izevbekhai c. Irlanda (n° 43408/08). (17.05.2011).

La denunciante y sus dos hijas alegaron que las dos últimas estaban en riesgo de ser mutilados sus genitales, si la familia las reenviaba a Nigeria, vulnerando el art. 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos y degradantes). La primera hija de la denunciante había muerto a la edad de un año por una hemorragia después de haber sufrido esa mutilación, efectuada por una “anciana”. La familia había dejado Nigeria, viajando a Irlanda, por las presiones de la familia del padre para que las dos niñas más jóvenes sufrieran dicha mutilación. La demanda de asilo fue rechazada.

La Corte Europea de Derechos Humanos considera que hay fuertes dudas sobre lo alegado en relación al nacimiento y la muerte de la primera hija de la primera denunciante. La Corte afirma que la familia ocupa una posición social y financieramente privilegiada en Nigeria. La primera denunciante ha realizado estudios superiores y ejercido una profesión liberal y su esposo y parientes son contrarios a la mutilación. Ni ella ni su marido jamás han avisado a la policía de algún problema vinculado a la mutilación de sus hijas, buscado ayuda o se mudaron al norte de Nigeria, donde las mutilaciones son menos frecuentes. La Corte considera que la denunciante y su esposo tienen las medidas para proteger a sus hijas de la excisión, de la mutilación genital, si la familia fuera reenviada a Nigeria. La Corte declara el asunto inadmisibile.

b) Omeredo c. Austria (n° 8969/10). (20.09.2011).

La denunciante nacida en 1973, huyó de Nigeria en 2003, para escapar de las amenazas de mutilación, de escisión. Su hermana ya había muerto luego de una mutilación. Según ella, los vecinos de la población donde vivía, amenazaron con matarla si ella se rehusaba, y su madre le había dicho que cooperara. Por ahora, la demanda de asilo no había tenido éxito.

La Corte consideró que teniendo en cuenta su formación y experiencia profesional de costurera, existen motivos para creer que ella podría llevar su vida en Nigeria sin contar con el sostén de su familia. Declara entonces, el asunto inadmisibile.

3. Otros fallos tienen que ver con la violación.

Es el caso de Maslova y Nalbandov c. Rusia (n° 839/02). (24.1.2008).

La denunciante fue convocada a la comisaría de su barrio e interrogada por dos policías por la presunta participación en un homicidio. La misma fue objeto de malos tratos, golpes, fue violada por los policías, forzada a practicar sexo oral. Fue objeto de torturas mediante descargas eléctricas en los aros que llevaba en sus orejas. Asimismo los policías le pusieron una máscara de gas, que le impidió el paso del oxígeno, llegando a casi asfixiarla. La misma intentó cortarse las venas en un momento, cuando solicitó ir al baño. Posteriormente fue violada por otros policías (que estaban ebrios), quienes utilizaron preservativos, limpiando después toda la escena, con toallitas. La denunciante radicó denuncia por violación y torturas. Se

encontraron rastros de células vaginales (99,99 %), rastros de semen en preservativos y en otras prendas y toallitas que fueron utilizadas para limpiar el lugar. No obstante ello, un Tribunal consideró no admisibles las pruebas presentadas, en razón de no haberse seguido el procedimiento especial pertinente para el caso de investigación contra oficiales instructores. El asunto concluyó, no haciéndose lugar por falta de pruebas de la comisión de un delito.

La Corte considera que la versión brindada por la Sra. Maslova está corroborada por pruebas elocuentes e inequívocas. Recuerda que la violación de una detenida por un agente del estado es considerado como un trato particularmente grave y como malos tratos aberrantes, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y su fragilidad frente al agresor. Considera la Corte que la violencia física infringida a la denunciante (múltiples violaciones, actos crueles) constituyen torturas prohibidas por el art. 3 CEDH. La Corte concluye igualmente, en la violación del art. 3 en razón de la ineficacia de la investigación.

4. A la violencia y exclusión social se refiere N. c. Suecia (nº 23505/09). (20.07.2010).

La denunciante, una ciudadana afgana mantuvo una relación extraconyugal con un hombre en Suecia. Según ella, podía ser excluida de la sociedad o correr el riesgo de ser encarcelada por un largo tiempo también podía morir, si era reenviada a Afganistán. Sus demandas de asilo fueron rechazadas.

La Corte determinó que las mujeres corren un riesgo alto de sufrir malos tratamientos en Afganistán, si ellas son perseguidas y si no siguen el rol que la sociedad, la tradición o el sistema judicial les atribuyen. El simple hecho que N. haya vivido en Suecia, puede ser considerado como un comportamiento inaceptable. El hecho que ella haya querido divorciarse o en todo caso que ella no deseara vivir más con su marido, le genera graves consecuencias que ponen en riesgo su vida. La ley chiíta sobre el estatus personal de abril de 2009 obliga a las mujeres a obedecer las exigencias sexuales de su marido y no pueden dejar el domicilio sin autorización. Según los informes, el 80% de las mujeres afganas son víctimas de violencia doméstica, que las autoridades consideran como legítimas. Las mujeres que no son acompañadas o protegidas por un tutor de sexo masculino son siempre objeto de importantes restricciones que les impiden desarrollar una vida personal o profesional, y

son expuestas a ser excluidas de la sociedad. A menudo, ellas no tienen los medios para sobrevivir si no son protegidas por un hombre de su familia.

En consecuencia, la Corte considera que si N. fuera expulsada a Afganistán, Suecia cometería una violación del art. 3 CEDH (prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes).

5. De los tratos inhumanos en la detención trata Yazgöl Yılmaz c. Turquía (36369/06) (01.02.2011).

A la edad de 16 años, la denunciante fue detenida. Ella denunció haber sido acosada sexualmente por los policías y sometida a un examen ginecológico tendiente a establecer si su himen estaba roto, sin ser acompañada y sin tener el consentimiento de su representante legal. Después de haber sido absuelta y liberada, sufrió de stress post traumático y de problemas depresivos. Sus demandas de abuso durante su detención fueron corroboradas por exámenes médicos posteriores. No se realizó procedimiento disciplinario respecto de los médicos penitenciarios.

La Corte, juzgó que los exámenes ginecológicos en particular si son practicados sobre menores, deben estar rodeados de garantías suplementarias. Considera que el derecho vigente a la época de los hechos no preveía las garantías necesarias respecto del examen de los detenidos. La práctica generalizada consistía en someter automáticamente a las mujeres detenidas a un examen ginecológico con el objetivo de evitar falsas acusaciones de violencia sexual contra los miembros de las fuerzas del orden, no tomaba en cuenta los intereses de las mujeres detenidas, ni tampoco ninguna justificación médica. La denunciante se había quejado de acoso sexual y no de violación y en los hechos que ella denunció en ningún caso podía probarse o refutarse con un examen de himen.

La Corte observa que el nuevo código de procedimiento penal reglamenta los exámenes ginecológicos, a pesar que no existe ninguna medida específica para los menores. La Corte constató dos violaciones del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos) en razón de los exámenes ginecológicos practicados durante la detención de la denunciante y de la falta de investigación sobre los hechos.

6. La violencia en lugares públicos es objeto de consideración en *Ebcin c. Turquía* (19506/05) (01.02.2011).

La denunciante, una profesora fue rociada con ácido en su rostro, mientras que ella se dirigía a su trabajo. Ella perdió parcialmente la visión de un ojo, una oreja y parte de la boca y debió ser atendida por un tumor.

La Corte observó que el procedimiento penal se demoró mucho tiempo y que 13 años más tarde, el asunto estaba todavía pendiente frente a un tribunal administrativo y no se abonó a la solicitante ninguna indemnización. Los procesos administrativos y penales no han cumplido con el criterio de protección adecuado contra un acto de violencia grave. Hay una violación de los arts. 3 y 8 CEDH (prohibición de tratos inhumanos y el derecho al respeto de la vida privada y familiar).

7. Una mirada integral desde el Derecho Comparado, analizando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, nos ilustra sobre distintas problemáticas vinculadas a la violencia contra las mujeres, a la violencia de género y la respuesta de la Corte.

La jurisprudencia reseñada, ejemplifica los actos atroces a los que se han visto expuestas las mujeres, donde la agresión no sólo tiene su origen en el acto concreto del atacante, sino también en la ineficacia o inacción institucional, donde la falta de procedimientos adecuados, prácticas que no son acordes al respeto de los derechos humanos, garantías procesales, integridad psicofísica, o al respeto a la vida privada y familiar, agravan aún más la situación de violencia padecida por las mujeres.

La Corte Europea, a través de sus resoluciones, sienta los principios básicos sobre los que deben versar las “buenas prácticas”, en el tratamiento de cuestiones de género, siendo la mujer, un sujeto vulnerable, que merece protección. De ahí que la capacitación de los operadores intervinientes resulte un instrumento fundamental a la hora del reconocimiento y defensa de sus derechos.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE PROCREACIÓN

GRACIELA MEDINA
CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

1. Un detalle de casos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de procreación, nos ilustrará acerca del abordaje desde el derecho europeo en esta temática.

2. Comenzaremos por la cuestión de la protección de la salud de mujeres embarazadas.

a) *Tysiāc c. Polonia* (demanda nº 5410/03). (20.03.2007).

Se le negó a Alicja Tysiāc la posibilidad de recurrir a un aborto terapéutico, después de haber sido advertida de su miopía severa, pudiendo agravarse si llevaba a término su embarazo. Después del nacimiento de su hijo, tuvo una hemorragia retiniana y seguidamente se le reconoció que ella sufría de una incapacidad significativa.

La Corte constató que la Sra. Tysiac no tuvo acceso a ningún mecanismo efectivo que le permitiera establecer si estaban reunidas las condiciones de un aborto terapéutico, en violación al art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

b) A, B y C c. Irlanda (demanda nº 25579/05). (16.12.2010).

Tres mujeres que viven en Irlanda, quedan embarazadas por accidente, presenta demanda en razón de la prohibición del aborto en Irlanda. Ellas debieron dirigirse al Reino Unido para abortar, y estar expuestas a la estigmatización y humillación y poner su salud en peligro. El aborto o la ayuda a abortar es un delito penal en Irlanda. Existe no obstante, un derecho constitucional a abortar en caso de peligro grave y real para la vida de la madre.

Una de las denunciantes, que se encontraba en un período de remisión de un raro tipo de cáncer, ignoraba que estaba embarazada y se realizó una serie de exámenes que eran contraindicados en caso de embarazo. Creyó que su embarazo podía provocar una recaída del cáncer y que su vida corría peligro.

La Corte consideró que Irlanda había fallado en su obligación de aplicar el derecho constitucional a un aborto legal. Consideró que se violó el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) respecto de la solicitante que estaba con una remisión de cáncer (no hubo violación del artículo en las otras dos solicitantes), no permitiéndole acceder a los recursos jurisdiccionales ni procesos de consulta médica que establezcan la existencia de su derecho al aborto legal.

La Corte observó que había una incertidumbre en cuanto al riesgo que suponía el embarazo para la salud de la mujer y la amenaza de sanciones penales era una fuerte presión para desalentar a las mujeres y médicos.

3. Otros fallos se refieren a la esterilización forzada.

a) H. y otras c. Eslovaquia (no 32881/04). (28.04.2009).

Ocho mujeres de origen gitano, en Eslovaquia, encontraron que estaban incapacitadas para concebir un niño, después de haberse sometido a una cesárea. Estimando que habían sido esterilizadas durante la operación, persiguieron a los hospitales eslovacos pertinentes en busca de una respuesta.

La Corte considera que la imposibilidad para las denunciantes para obtener las fotocopias de sus legajos médicos vulnera los arts. 8 y 6.1 CH (acceso a

un tribunal). Medidas adoptadas: la sanción de la Ley sobre la Salud Pública que entró en vigor el 1 de enero de 2005 que considera el consentimiento informado y el acceso a los legajos, historias clínicas.

b) I.G., M.K. y R.H. c. Eslovaquia (demanda nº 15966/04). (02.09.2009).

Tres mujeres de origen gitano, eslovacas, cuando eran menores de edad en el momento de los hechos, sostienen haber sido aisladas en una “sala para gitanos” y esterilizadas sin su consentimiento durante una cesárea en un hospital al este de Eslovaquia. Ellas alegan haber sufrido en consecuencia una pérdida de status social, problemas con sus parejas y graves consecuencias médicas.

La Corte admitió la demanda.

c) V.C. c. Eslovaquia (demanda nº 18968/07) (08.11.2011).

La demandante, de origen gitano, fue esterilizada en un hospital público, sin su consentimiento pleno e informado, mientras que venía de dar a luz a su segundo hijo. Ella firma un formulario de consentimiento en esas circunstancias, sin comprender el significado del proceso ni tener conciencia del carácter irreversible y de después de ser advertida que si ella tenía un tercer hijo o ella o el bebé podían morir. Posteriormente, ella es expulsada de la comunidad gitana, se divorció, citando su infertilidad como una de las razones de su separación con su ex marido.

La Corte considera que V. C. había probado sentimientos de temor, angustia y de inferioridad debido a su esterilización y la forma en que tuvo que aceptar dicha intervención. La intervención le valió sufrimientos físicos e psicológicos durante un largo período, como también consecuencias nefastas, negativas en sus relaciones con su marido y la comunidad gitana (o zíngara). Si bien nada indica que el personal médico haya tenido la intención de perjudicar a la demandante, no deja de ser cierto, que los médicos han demostrado una falta de respeto flagrante del derecho a la autonomía y a elegir del paciente. Por lo tanto la esterilización de la demandante había incumplido el art. 3 CEDH. La Corte concluyó también en la violación del art. 8 CEDH concerniente al defecto, a la falla de las garantías jurídicas en el momento de la esterilización de la solicitante que tenía especial consideración respecto de su salud reproductiva en su calidad de gitana.

Una nueva legislación (la ley de 2004 sobre los cuidados de la salud), desde que fue presentada, estipula que no puede proceder una esterilización 30 días

después de la recepción de una solicitud escrita y exige que sea suministrada la información con anterioridad, sobre los otros métodos de contracepción y de planificación familiar, como también sobre las consecuencias médicas de la intervención.

d) Grauer y otras c. Francia (demanda n° 61521/08). (23.10.2012).

Cinco jóvenes mujeres con discapacidad mental fueron esterilizadas sin su conocimiento ni consentimiento. Ellas alegan que la esterilización que sufrieron afecta su integridad física y el derecho a fundar su familia, que fueron víctimas de discriminación en razón de su discapacidad. Invocan la violación del art. 3 CEDH (prohibición de tratos degradantes), art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida familiar), art. 12 CEDH (derecho a casarse) y art. 14 CEDH (prohibición de discriminación).

La demanda fue desestimada.

4. Al parto domiciliario se refiere el caso Ternovsky c. Hungría (demanda n° 67545/09) (14.12.2010).

La solicitante planteó que no pudo dar a luz en su domicilio, como ella lo deseaba, en razón, según sus dichos, del efecto disuasivo de las sanciones previstas por el derecho interno sobre las parteras u otros profesionales de la salud, que habían desistido de asistirle.

La Corte juzgó que la solicitante, no pudo efectivamente elegir dar a luz en su domicilio, en razón de la amenaza permanente de persecución que pesa sobre los profesionales de la salud, y de la ausencia de una legislación precisa y completa sobre el tema. Existe una violación al derecho protegido por el art. 8 CEDH sobre el respeto a la vida privada y familiar.

5. Son interesantes algunos casos sobre fertilización asistida.

a) Evans c. Reino Unido (demanda n° 6339/05). (10.04.2007).

Natallie Evans, padecía un cáncer de ovarios, se efectúa una fecundación in vitro (FIV) con su pareja, J., antes de la extracción de los ovarios. Se crearon seis embriones y fueron puestos en conservación. Separándose de su pareja, J. retira su consentimiento a la utilización de los embriones, rechazando ser el

padre genético de los niños de la Sra. Evans. En esa situación, el derecho nacional exige que los embriones sean destruidos, impidiendo a la Sra. Evans tener hijos de su sangre. No obstante tener un sentimiento de empatía por la situación de la Sra. Evans, la Corte concluyó que no se violaron los arts. 2 CEDH (derecho a la vida), art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada), art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) de la Convención europea de derechos del hombre: no se puede invocar respecto de los embriones, el derecho a la vida y en cuanto al art. 8, no hay consenso sobre la cuestión a nivel europeo. Además, las reglas del derecho nacional sobre el consentimiento eran claras, encontrándose un justo equilibrio entre los intereses en juego, con el caso de la Sra. Evans.

b) Dickson c. Reino Unido (demanda nº. 44362/04). (04.12.2007).

A Kirk Dickson, un detenido condenado a una pena por homicidio de 15 años mínimo, se le rechazó la posibilidad de acceder a la inseminación artificial durante su prisión, que le permitiría tener un hijo con su esposa Lorraine que nacida en 1972, perdería la posibilidad de concebir un hijo con su esposo después de la liberación del mismo.

La Corte dijo por doce votos contra cinco, que había una violación del art. 8 CEDH, que estaba amenazado el justo equilibrio entre los intereses privados y públicos. Medidas tomadas a partir del caso: El Sr. Dickson se encuentra en un establecimiento abierto con beneficios de permisos y fue introducida una nueva política respecto del acceso de los detenidos a la posibilidad de fertilización asistida.

c) S.H. y otros c. Austria (demanda nº 57813/00). (03.11.2011).

El caso se refiere a dos parejas austriacas que deseaban concebir un niño, por el procedimiento de fertilización asistida. Una de las parejas necesitaba donación de esperma y la otra, de óvulos.

La Corte declara que si bien los Estados europeos tienden hacia la autorización de la fecundación in vitro (donación de gametos, etc.), el tema está en constante evolución. El legislador austríaco trató de que dos mujeres no puedan disputarse la maternidad de un mismo niño. Abordó el tema controvertido, con cuestiones éticas complejas y no impidió que las personas interesadas, acudan al extranjero para someterse a tratamientos contra la esterilidad prohibidos en Austria. La Corte concluyó que no hay una violación a las disposiciones de la Convención. Señala no obstante, la

constante y rápida evolución científica y jurídica en el tema de la fecundación asistida, llamando a un examen permanente por parte de los Estados contratantes.

6. Los casos tratados por la Corte Europea, describen distintas situaciones planteadas ante los diferentes Estados partes en temas vinculados con el derecho a la información, derecho al consentimiento informado, legislación sobre fertilización asistida, derecho a la salud reproductiva, derecho a evitar la violencia obstétrica (art. 6 inc. E ley 26.485), el derecho a elegir el modelo de vida privada y familiar, derecho a formar una familia, lucha contra la discriminación.

En cuanto a la fertilización asistida, cabe recordar la reciente ley sobre Bioética 2011/814 dictada en Francia siendo un ejemplo del avance en el tratamiento de cuestiones críticas, que no escapan a la agenda política y legislativa de los Estados.

El conocimiento de la jurisprudencia extranjera, desde el Derecho Comparado, nos permite conocer desde un ámbito globalizado, la actuación de los tribunales europeos (en este caso), el tratamiento de cuestiones de actualidad, como son las vinculadas con los derechos humanos, derechos de las mujeres y el Derecho de Familia, las respuestas que se brinda al justiciable y la responsabilidad de los Estados en cuanto a los compromisos contraídos en razón de los Convenios suscriptos.

Un aporte más, desde la rama del Derecho Comparado, que nos brinda herramientas para el fortalecimiento en el ejercicio y respeto de los derechos humanos.

LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA CONDICIÓN FEMENINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

GRACIELA MEDINA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE SUCESIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES

1. Haremos aquí una breve reseña de casos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre protección a la infancia y condición femenina, que nos brindará un panorama del tratamiento de esta materia.

Comenzaremos por el caso D.P. y J.C. c. Reino Unido (demanda n° 38719/97). (10.10.2002).

Una niña y su hermano sufrieron abusos sexuales por parte de su padrastro, mientras tenían entre ocho y diez años respectivamente. Se habían reportado los abusos a los servicios sociales, que no hicieron nada para protegerlos.

La niña, intentó suicidarse después de haber sido violada por su padrastro y a su hermano, posteriormente, le fue diagnosticada epilepsia. Uno y otro sufrieron heridas y larga depresión.

El Tribunal concluyó que los niños no habían sido beneficiados con un recurso efectivo o con la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios en violación del artículo 13 CEDH. Las medidas fueron adoptadas a raíz de la sentencia.

Hay que recordar que el art. 13 CEDH trata del derecho a un recurso efectivo en los siguientes términos: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

2. E. y otros c. Reino Unido (demanda nº 33218/96). (26.11.2002).

Durante muchos años, tres hermanas y un hermano, sufrieron abusos por parte del compañero de la madre. Incluso, sufrieron abusos por parte del mismo, después de haber sido condenado por asalto a dos de ellos y de haber reingresado al hogar, violando las condiciones de libertad condicional que se habían impuesto. Muchas veces, obligaba a los niños a golpearse mutuamente, con cadenas y látigos, y a veces se unía a ellos. Las niñas tenían daños físicos post traumáticos y el niño trastornos de personalidad. El Tribunal concluyó que los servicios sociales habían fracasado en su obligación de proteger a los niños, en violación del art. 3 CEDH y que no habían tenido un recurso, en violación del art. 13 CEDH.

A tenor del art. 3 CEDH (prohibición de la tortura), “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

3. Siliadin c. Francia (demanda nº 73316/01). (26.7.2005).

Después que su pasaporte fuera confiscado, una togolesa de quince años de edad fue reducida a la esclavitud en una familia, obligada a ocuparse durante quince horas por día de las tareas del hogar y del cuidado de los niños sin vacaciones ni remuneración. La corte concluyó que el derecho penal francés no había ofrecido a la requirente una protección concreta y efectiva, en violación al art. 4 (prohibición de la servidumbre). Las medidas fueron tomadas después de esta sentencia.

Conforme al art. 4 CEDH, “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como ‘trabajo forzado u obligatorio’ en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del

presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

4. E.S. c. Suecia (demanda nº 5786/08). (21.06.2012).

La demandante se queja que la legislación sueca, no prohíbe filmar una persona sin su consentimiento ni le había otorgado ninguna medida de protección contra la violación de su integridad física, cuando su padrastro intentó filmarla desnuda cuando ella tenía 14 años.

La Corte considera que, por lo menor, en teoría, el padrastro de la denunciante podría ser condenado en el código penal por asalto sexual de niños o intento de pornografía infantil. Señala además que Suecia ha adoptado una propuesta que tiende a la criminalización de ciertos aspectos de la filmación ilícita. El derecho sueco no puede ser incompatible con las exigencias de la Convención.

INTERÉS PROTEGIDO EN LA PRODIGALIDAD Y LEGITIMADOS PARA INSTAR SU DECLARACIÓN

SALVADOR CARRIÓN OLMOS
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. Preguntarse por el “interés protegido” en la prodigalidad equivale a hacerlo, en definitiva, por el “fundamento” mismo de la figura, por la “razón de ser” de aquélla. Desde esta perspectiva, diríase que las respuestas a las interrogantes que se acaban de enunciar vienen a “esclarecerla” en su entera dimensión.

Confluye, además, en esta sede una circunstancia que resulta de todo punto obligado destacar: el cambio en el “interés protegido” habría de constituir la principal de las novedades que, en tema de prodigalidad, introdujo la ya lejana en el tiempo Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del CC en materia de tutela. El aserto anterior no significa, no podría significar desde luego, restar un ápice de importancia a las (novedades) referidas al régimen de guarda diseñado para el pródigo, así como a la “extracción” de la prodigalidad del ámbito de la incapacitación.

Y es que, ya en la redacción originaria del CC (la de 1889) vigente hasta la reforma de 1983), la “incapacidad” del pródigo y su consiguiente sujeción a tutela, presentaban peculiaridades y matices que, de algún modo, “distanciaban” la incapacitación y tutela de los pródigos de las correspondientes a otros incapacitados. La figura misma de la “prodigalidad” ha venido presentando desde siempre notorias dificultades de

“encuadramiento”: ubicada (no sin dificultades, desde 1889), en el marco de la incapacidad, y “extraída” de ese marco en la reforma de 1983, resulta un tanto paradójicamente que, “no obstante todo ello, la prodigalidad de algún modo da lugar a una cierta clase de incapacidad, en cuanto es innegable que al declarado pródigo se le limita su capacidad normal, lo que no sólo puede llamarse incapacidad dando a esta palabra el sentido tanto de “reducción” como de “limitación” de la capacidad, sino que admitido que en verdad la incapacidad, rigurosamente hablando, puede consistir en “limitar” la capacidad del incapacitado sometiéndole a curatela (art. 210 CC), es evidente que la prodigalidad da lugar a una situación tan de incapacidad como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela” (ALBALADEJO GARCÍA, M: “La incapacidad”, *Derecho civil. I. Introducción y Parte General, volumen primero. Introducción y Derecho de la persona*. Barcelona (1985): Librería Bosch, p. 267.

Con apoyo en que lo se acaba de decir, creo desde luego que la sumisión del pródigo a curatela, junto al decidido propósito del legislador de 1983 tendente a dejar clara la “no inclusión” del pródigo entre los sujetos afectados de anomalías psíquicas o físicas (para los que se reserva la incapacidad “sensu stricto”), habían de tener un impacto sensiblemente menor en la consideración de los juristas que la “sustitución “ operada por el (derogado) art. 294 CC (art. 757.5 LEC) respecto del viejo art. 222 CC en su redacción originaria.

Es obvio por lo demás que el planteamiento expuesto no se ha visto alterado lo más mínimo, no podría serlo, por el cambio de sede normativa que, desde la entrada en vigor de la LEC 1/2000, “alberga” la figura de la prodigalidad. La disposición derogatoria única 2.1º de la citada Ley procesal derogó expresamente los arts. 294 a 296, y 298 CC (en la versión surgida de la reforma de la Ley 13/83), de tal manera que en la actualidad dentro de la sección “de la curatela en los casos de prodigalidad”, queda únicamente el art. 297 CC, según el cual los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad “no podrán ser atacados por esta causa”. Regulación esta que, obviamente, se impone completar con las normas que, de modo un tanto disperso, se contienen sobre la declaración de prodigalidad a lo largo del Libro IV, Título I, capítulo II de la LEC, y que lleva por rúbrica general “De los procesos sobre la capacidad de las personas”, y en las que un tanto paradójicamente se contiene el alcance y dimensión sustantivas de la figura.

El legislador procesal, en su afán desmedido, de “atraer” a su ámbito todo cuanto ofrezca o presente “dimensión procesal”, se ha servido de tal “vis atractiva” para “reubicar” en la ley procesal una figura que, como la de la prodigalidad, innegablemente se ofrece como sustantivamente civil y cuyos aspectos civiles, con mucho preponderantes sobre los puramente procesales, procedía siguieran contenidos (de conformidad por lo demás con nuestra tradición legislativa) en el articulado de nuestro ya venerable CC.

El precepto, pues, clave para la prodigalidad, en general, y esencial para el tratamiento de la temática a la que responde el título de esta aportación, es el art. 757, apartado 5, LEC, a cuyo tenor: “La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada, por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”.

Toda la “filosofía” (supuesto que quepa este término) de la “nueva” prodigalidad nacida de la reforma de 1983, se contiene en el precepto que se acaba de transcribir. La importante STS 17 diciembre 1996 (RJ 1996, 8973) (ponente Gullón Ballesteros), habría de exponerlo con contundencia y claridad: “. . . así como en la antigua legislación – fundamento de Derecho segundo – la prodigalidad defendía expectativas hereditarias de los herederos forzosos, lo que les facultaba para controlar actos dispositivos de los ascendientes en vida de los mismos, desde 1983 la prodigalidad no defiende más que el derecho a alimentos actual, o que esté en situación de pasar a actual del cónyuge, descendientes o ascendientes. No hay ahora, por tanto, ningún patrimonio familiar que defender para que pueda transmitirse a los hijos”.

2. Un simple análisis comparativo entre el art. 757, apartado 5, LEC, transcrito en precedencia, y el 222 CC en su redacción originaria: “Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior (la de prodigalidad, se entiende) el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o estén incapacitados”, muestra bien a las claras que “el fundamento” mismo de la figura de la prodigalidad no ha experimentado variación alguna desde la promulgación de nuestro CC en las postrimerías del siglo XIX, hasta el momento actual. Creo es el “interés concreto” protegido el que sí ha experimentado esa variación. El

“fundamento” de la figura sigue situado “en la consideración de que el patrimonio de la persona, si bien pertenece exclusivamente a ella, desempeña de algún modo una función familiar” [DÍEZ-PICAZO, L: “Comentario al artículo 32 del Código”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coordinación Albaladejo). Jaén (1978): Edersa, p. 826].

La noción misma de “prodigalidad” englobaría así, como formando parte de ella, esa “función familiar” del patrimonio personal. Y, en consecuencia, la razón de ser de que al pródigo se le limite su capacidad de obrar hay que encontrarla en la circunstancia de que impide, con su conducta, que su propio patrimonio cumpla esa “función familiar” que le viene impuesta por el ordenamiento.

Situar, pues, el “fundamento” de la figura en la “función familiar” a cumplir por el patrimonio del sujeto, significa algo tan elemental, y al tiempo tan decisivo, como que con la declaración de prodigalidad no pretende protegerse al pródigo sino a los familiares de aquél.

¿Qué es, pues, lo que (partiendo de la premisa expuesta) aconteció en la reforma de la figura por la Ley 13/83?: pura y simplemente, una “variación en el interés familiar concreto protegido”, junto al mantenimiento de la función (asimismo familiar) del patrimonio del sujeto.

“Son ahora (refiriéndose a la reforma del CC de 1983) otras personas (aunque en parte coincidentes) y por otras razones quienes resultan protegidas por la declaración de prodigalidad: no los herederos forzosos para salvaguarda del patrimonio, sino los familiares más allegados en defensa de su sustento..., los legitimarios, en cuanto tales, no pueden incoar el procedimiento”. [DELGADO ECHEVERRÍA, J: “Limitaciones en el ámbito patrimonial”, en AAVV: *Elementos de Derecho civil, I. Parte General* (dirección LACRUZ BERDEJO). Madrid, (2000), Dykinson, p. 166].

La llamada jurisprudencia menor es constante en señalar esa “variación” en el interés familiar concreto objeto de protección. Así, la SAP Guipúzcoa 28 marzo 2001 (AC 2001, 760): “Si el interés protegido fuera el de la comunidad o el del presunto pródigo, el Ministerio Fiscal podría actuar siempre de oficio requiriendo la incapacitación con independencia de que el dilapidador tuviera o no cónyuge, ascendientes o descendientes. La ‘ratio essendi’ de la prodigalidad es la de cubrir un cauce procesal a la familia del pródigo como único medio de lograr hacer eficaz la vinculación del

patrimonio al cumplimiento de una serie de prestaciones de índole económica a los que se haya afecto, como con el derecho de alimentos entre parientes, el levantamiento de las cargas del matrimonio, etc. Es más, en este sentido, hay que entender hoy en día tras la reforma de 1983, la declaración de prodigalidad, el actual artículo 294 pone el acento en que las personas legitimadas a pedir la declaración de prodigalidad se encuentran en situación de percibir alimentos del presunto pródigo o de reclamarlos”.

El fallo a que se ha hecho referencia es asimismo clarificador por cuanto se refiere a los dos cambios más significativos de la Ley 13/83 respecto a la figura que nos ocupa: “... el reconocimiento de la legitimación activa a los parientes que tienen el derecho a reclamar alimentos al presunto pródigo, parientes que son el cónyuge, los descendientes y ascendientes, que son los parientes a quienes la Ley considera herederos forzosos, por lo que el cambio se reduce a la finalidad perseguida, antes era asegurar los derechos sucesorios, ahora evitar actos que pongan en peligro el derecho a alimentos, y el sometimiento del presunto pródigo al sistema protector de la curatela”.

En sentido sustancialmente coincidente, SAP Zaragoza 7 noviembre 2001 (JUR 2002, 19514); SAP Barcelona 18 marzo 2002 (AC 2002, 766), SAP Valencia 11 febrero 2003 (JUR 2003, 93742); SAP Pontevedra 12 noviembre 2004 (JUR 2006, 23394): “La conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio, que ha repercutir en perjuicio de su familia más íntima (cónyuge, descendientes o ascendientes) que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos), lo que quiere decir que la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar”.

En idéntico sentido, asimismo, SAP Asturias 12 abril 2005 (AC 2005, 724), SAP Barcelona 28 mayo 2002 (JUR 2002, 208891); SAP Córdoba 29 abril 2003 (JUR 2003, 143575); SAP A Coruña 3 junio 2005 (JUR 2006, 6377); SAP Guipúzcoa 28 junio 2007 (JUR 2007, 342823), SAP Asturias 23 mayo 2011 (AC 2011, 1279); SAP Santa Cruz de Tenerife 23 marzo 2012 (JUR 2012, 205283); SAP Málaga 24 octubre 2012 (JUR 2013, 190205); SAP Alicante 29 enero 2013 (JUR 2013, 151790): “La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, vino a transformar, que no a suprimir, la naturaleza de la prodigalidad, pasando de ser causa de incapacitación a una específica limitación de la capacidad, y cuya declaración dará lugar al sometimiento del pródigo a curatela. Se pretende con ello conciliar el principio de libertad de actuación en el ámbito patrimonial con el interés familiar, cifrado hoy, no en una expectativa de los

legitimarios, como antes se entendía, sino en un derecho a alimentos, entendidos en el sentido amplio del artículo 147 del Código civil. Es claro que si el bien jurídico protegido por la institución no reside en el interés del sujeto, sino de personas distintas, como son los integrantes del grupo familiar con derecho a alimentos, el concepto de incapacitación, en cuanto procedimiento dirigido a constituir un estado que sirva a la protección del propio incapacitado, no conviene a esta situación...”.

La pregunta que quizá convendría plantearse entonces es la siguiente: ¿persigue la declaración de prodigalidad proteger, siquiera mínimamente, a la propia persona del pródigo? Se impone una respuesta negativa. Quien carezca de cónyuge, descendientes o ascendientes, que estén percibiendo alimentos del presunto pródigo, o en situación de reclamárselos, no podrá ser declarado pródigo. Y ello, evidentemente, y de modo principal, como consecuencia de carencia de legitimación activa en orden al ejercicio de la acción encaminada a una tal declaración. Y ello, insisto, al margen por completo de que el sujeto, efectivamente, dilapide del modo más absoluto su propio patrimonio, colocándose así voluntaria e intencionadamente en una situación de absoluta indigencia. ¿Se seguiría imponiendo la respuesta negativa?: me inclino por ella, aunque no dejaría de apreciarse un cierto grado de contradicción entre esa respuesta, negativa, como digo, y algún precepto del Código, situado en un ámbito temático bien distinto, pero con todo en alguna medida coincidente. Me refiero al art. 634 CC en sede de donación: “La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”.

Es obvio que la “ratio” del precepto transcrito es impedir que un donante “en exceso generoso” se convierta, como consecuencia de una tal “generosidad” en una carga para el erario público. Y, consiguientemente, se ofrecería más que dudosa la validez de una donación en la que el donante hubiere sobrepasado ese “límite” del art. 634, presupuesto claro es que la ineficacia del acto de atribución patrimonial se proyectase, como parece razonable, únicamente por cuanto al exceso.

El criterio jurisprudencial con mucho mayoritario es, como se ha visto, el de reducir, exclusivamente, la función protectora de la declaración de prodigalidad al cónyuge, descendientes o ascendente que se encuentren en la situación descrita en el apartado 5 del art. 757 LEC. Con todo, existe algún fallo en el que parece detectarse un cierto “apartamiento” de este criterio llamémosle “monolítico” en cuanto al ámbito de esa función protectora.

Así, la SAP Granada 26 febrero 2010 (JUR 2010, 197438), afirma lo que sigue: “La prodigalidad, tradicionalmente, venía siendo configurada como la conducta desordena y ligera, habitual, que pone en peligro injustificado la conservación del patrimonio en interés de los herederos forzosos, de modo que, si perdía su último legitimario debía ser rehabilitado, ha perdido hoy en día el componente finalista de conservación del patrimonio en interés de los herederos forzosos, y se justifica en la necesidad de proteger AL PROPIO SUJETO de una situación de inminente necesidad por su inclinación al malgasto y al derroche, aunque INDIRECTAMENTE también se protege a los herederos forzosos – cónyuge y ascendientes y descendientes –obligados a la prestación de alimentos, esto es, debe existir una inclinación o tendencia irrefrenable al malgasto que, valorado en conjunto, muestre una razonable conclusión de que va a colocar AL SUJETO y a su familia en estado de necesidad. Por lo demás, la declaración de prodigalidad al ser una forma de protección de LA PERSONA AFECTADA POR ESE TRASTORNO DE CONDUCTA en el ámbito puramente patrimonial, es una medida susceptible de ser revisada...”.

Obviamente, ninguna duda puede existir en cuanto a lo certero del razonamiento cuando la conducta pródiga se ofrezca o muestre “inserta” en un supuesto de incapacitación, como formando parte de aquél, pero no parece sea ese el supuesto contemplado por la sentencia. De ahí su interés, por cuanto se aparta del criterio jurisprudencial prácticamente unánime.

3. Por cuanto se refiere a los activamente legitimados para instar la declaración de prodigalidad, resulta incuestionable que la enumeración que de los legitimados se contiene en el apartado 5 del art. 757 LEC es exhaustiva. Para el caso de que no pudieren accionar por sí mismos, lo harán sus representantes legales. Y “si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”.

La legitimación del cónyuge: La utilización del término “cónyuge” no deja lugar a dudas sobre que la legitimación activa a que se hace referencia presupone la existencia de una situación matrimonial “legalmente establecida y subsistente”. Lo que implica, lógicamente, que la dicha cualidad ha de tenerse en el momento en el que se inste o solicite la declaración de prodigalidad, careciendo así de legitimación alguna el que fue cónyuge, pero ya no lo es (disolución por divorcio), o quien nunca lo fue (por estar “vinculado” (aparentemente, se entiende) por un “matrimonio” luego

declarado nulo por sentencia civil o de tribunal eclesiástico declarada ajustada al Derecho del Estado por el juez civil competente).

¿Qué decir en cuanto a los supuestos de separación legal o de hecho? Presupuesta, de un lado, la subsistencia del vínculo entre cónyuges separados, no parece quepa duda en cuanto al mantenimiento de la legitimación activa. De otro lado, es cuestión pacífica la subsistencia del deber de socorro entre cónyuges separados, y ello dado que, en puridad, el único deber entre cónyuges que queda “suspendido” tras la separación, es el de convivencia, subsistiendo por tanto los de fidelidad (¿) y socorro (puesto que en lo atinente al de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo, parece materia propia a pactar en el convenio regulador (caso de que exista) o, en su defecto, objeto de decisión judicial.

Tampoco el reforzamiento de los efectos de la separación de hecho en el CC, tras la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, puede servir de argumento en contra del criterio expuesto, puesto que ese “reforzamiento” ha venido referido al ámbito de la sucesión por causa de muerte, privando así de la cuota legitimaria al cónyuge sobreviviente separado de hecho del premuerto.

Se plantea, no obstante, respecto de la legitimación activa del cónyuge, una cuestión de cierto interés: para que el cónyuge pueda instar la declaración, ¿es preciso que esté, efectivamente, percibiendo alimentos del presunto pródigo, o, al menos, en situación de reclamárselos?

Aunque la jurisprudencia con mucho mayoritaria [SSTS 17 junio 1988 (RJ 1988, 5114), 22 mayo 1990 (RJ 1990, 3830), 8 marzo 1991 (RJ 1991, 2084), 17 diciembre 1996 (RJ 1996, 8973)] se inclina por la afirmativa, quizá la solución más defendible sea la contraria: es decir, el cónyuge, en cuanto tal, gozaría de una legitimación “específica”, “desconectada” por así decirlo de la de los descendientes y ascendientes. Y ello, pura y simplemente, por la propia naturaleza de la relación jurídico-matrimonial, y de su entramado esencial de derechos y deberes (art. 68, deber de socorro (en cuyo ámbito resulta claro entraría la prestación de alimentos) y, en alguna medida, también el art. 67, que se refiere a la “ayuda mutua”, siquiera aquí el legislador previsiblemente parezca pensar en un tipo de ayuda “no material” sino de otro orden.

En la jurisprudencia inferior, recientemente, y en el sentido expuesto, SAP A Coruña 3 junio 2005 (JUR 2006, 6377): “En el presente caso no se le puede

negar a la demandante su legitimación activa, la cual de manera expresa le viene reconocida en el precepto legal citado, el cual ha sido interpretado erróneamente por la Juez “a quo” al entender que sólo se le reconocería dicha legitimación a la esposa, caso de recibir alimentos del marido cuando ello no es necesario para estar legitimada, lo que sí se le exige en el supuesto de que dicha petición sea instada por los ascendientes o descendientes o sus representantes legales; en consecuencia la esposa sí se encuentra legitimada activamente para pedir la declaración de prodigalidad del marido”.

Parece, pues, seguro afirmar que la legitimación activa del cónyuge podrá así coexistir con situaciones de normalidad matrimonial (viviendo ambos bajo el mismo techo), y con aquellas otras en las que se haya interrumpido la convivencia por la existencia de una separación legal o puramente fáctica.

Cabría entonces concluir que la legitimación activa se le confiere al cónyuge por su sola cualidad de tal, dado que tal cualidad implica o conlleva, comprende de algún modo la de alimentista del presunto pródigo, embebida en la más amplia de cónyuge.

Matices específicos (sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, así STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 3378) presenta, a su vez, la legitimación del cónyuge en orden a la reclamación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad no independizados personal ni económicamente de los padres.

4. Por cuanto se refiere a la legitimación de los descendientes o ascendientes alimentistas, está comprendida en ella cualquier persona emparentada en línea recta con el presunto pródigo. Nada importa desde luego que se trate de descendientes o ascendientes matrimoniales, no matrimoniales (siempre que esté determinada legalmente la filiación) o adoptivos.

La cualidad de descendiente o ascendiente deberá darse en el momento en el que se solicite la declaración de prodigalidad, y la legitimación de los descendientes o ascendientes viene subordinada a la circunstancia de que “estén percibiendo alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos”.

La circunstancia de “estar percibiendo alimentos” del presunto pródigo no parece presentar demasiadas dudas, por cuanto se ofrece, en principio, como fácilmente constatable. Cuando el perceptor de los alimentos los venga

percibiendo, siquiera no haya existido reclamación alguna previa, entiendo bastará tal circunstancia en orden a la legitimación activa del perceptor. El “hecho mismo” de su percepción será suficiente, pero no parece pueda predicarse otro tanto de la de “hallarse en situación de reclamárselos”. La cuestión que entonces parece se suscite es la siguiente: la legitimación activa ¿quedará, en tal caso, subordinada a que el demandante acredite haber hecho valer la petición de alimentos en cualquiera de las formas que arbitra el Derecho, o bastará con que la hipótesis se resuelva en “tener necesidad de los alimentos, aunque no se hayan pedido todavía”? Entiendo que, en ambos casos, la situación es “actual”. Es decir, en ninguno de ellos se estaría protegiendo una expectativa. Creo, en consecuencia, más acertado entender que bastará probar, demostrar de cualquier modo, que “se tiene necesidad de ellos”, en orden a la existencia de legitimación activa en orden a instar la declaración de prodigalidad, aún sin acreditar que se ha hecho valer la petición en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La exigencia de un tal requisito, en orden a admitir la existencia de legitimación, conduciría inexorablemente a la observancia o cumplimiento de requisitos en cualquier caso de algún modo “formales”, lo que no parece cuadre con la imperiosa necesidad de subvenir a su subsistencia que el legislador exige en orden a la legitimación activa.

El legitimado activamente ha de ser “alimentista” del presunto pródigo, o debe hallarse “en situación” de reclamarle alimentos a aquél. Pero es obvio que esa legitimación activa no existirá en el caso de existencia de otro/s pariente/s del necesitado, y obligados a prestárselos “con anterioridad” a aquél cuya declaración de prodigalidad se pretende.

Quedan, pues, excluidos en cuanto a la legitimación para instar la declaración de prodigalidad, de un lado, aquellos descendientes o ascendientes que en relación a una persona en concreto “puedan ser” posibles, o probables, alimentistas, “pero que no lo son”, puesto que no perciben alimentos del presunto pródigo ni se encuentran en situación de reclamárselos; de otro, quienes “siendo alimentistas”, no vean en peligro su percepción. No se protege, pues, expectativa alguna, por cuanto ha de ser “actual”, ya la percepción de los alimentos, ya la necesidad misma de aquéllos.

5. Por cuanto se refiere a la legitimación activa de los representantes legales y del Ministerio Fiscal, y para el caso de que el cónyuge, descendientes o ascendientes del presunto pródigo fueren menores o estuvieren incapacitados, el art. 757, apartado 5, LEC confiere legitimación activa en orden a instar la

declaración a sus representantes legales y, por excepción (si estos no la pidieren), al Ministerio Fiscal, por sí (porque tenga conocimiento de ello o a virtud de denuncia) o a instancia de algún pariente de aquéllos.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DE CONVIVENCIA: LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ARAGONÉS

AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

1. El 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón, en ejercicio de la competencia que les atribuye el art. 149.1.8 CE de 1978, aprobaron la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Según puede leerse en su Preámbulo, con dicha Ley se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, a través de la instauración de la custodia compartida como medida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura convivencial con hijos a cargo. Por ello, el núcleo esencial de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes, pero junto a ello el legislador procedió a regular los demás efectos derivados de aquella, abordando temas tan conflictivos como el tema que aquí nos ocupa, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar doméstico.

Con posterioridad, la Ley 2/2010 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Dc. Lgvo. de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la Sección 3ª del Cap. II del Tít. II del Libro 1º del referido cuerpo legal (arts. 75 a 84 CDFA).

La aplicación de estos preceptos exige la concurrencia de dos presupuestos: de una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial (ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada; vid. art. 305 CDFA); y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, incluidos tanto los menores como los mayores de edad carentes de recursos propios, así como los incapacitados.

2. En las situaciones de ruptura de la convivencia el art. 77 CDFA atribuye prioridad a los acuerdos de los padres (el “pacto de relaciones familiares”), en coherencia con el principio “standum est chartae” o de libertad de pacto que rige en Derecho civil aragonés. De este modo, cabe que ambos convengan sobre el uso -o, más ampliamente, el destino- de la vivienda familiar, pacto que si es aprobado por el Juez, por no ser contrario a norma imperativa o no resultar perjudicial al interés de los hijos, deberá respetarse (art. 77.5).

Sólo si los padres no llegan a un acuerdo o éste no es aprobado por el Juez, éste decidirá sobre esta cuestión conforme al art. 81 CDFA. En realidad, dicho precepto contiene tres normas diferentes. En primer lugar, fija los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar (aptos. 1 a 3). En segundo término, articula un sistema judicial de venta de la misma (aptdo. 4). Y, por último, regula el destino del ajuar familiar (aptdo. 5). Al examen de este precepto se dedican las siguientes líneas.

3. De acuerdo con el art. 81 CDFA, el objeto de la atribución del uso es exclusivamente la vivienda familiar y no otros bienes (SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012, adoptando el mismo criterio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 96 CC).

Es más, según resulta de la lectura de la doctrina del Tribunal Supremo, la única vivienda que puede ser objeto de atribución es la que tiene la condición

familiar en el momento de la ruptura y no otra que lo haya sido en un momento anterior; ni tampoco la que no haya llegado todavía a serlo, pese a estar destinada a ella, por no haberse llegado a instalar en ella la familia (STS de 31 mayo 2012). En la jurisprudencia aragonesa sigue este criterio la SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 para denegar el uso al hijo y la madre custodia de una vivienda propiedad del padre, aunque no deje de cuestionarlo, apuntando -que no adoptando- una posible interpretación más flexible del concepto de vivienda familiar que incluya “inmuebles que pertenecieron a la familia pero que no han sido habitados antes de disgregarse”, en atención al interés superior del menor y su derecho a acceder a una vivienda adecuada.

Partiendo de estas afirmaciones, interesa concretar qué debe entenderse por vivienda familiar, con base en las previsiones del CDFA. A este respecto debe señalarse a priori que el texto aragonés, como regla, aplica exclusivamente la noción de vivienda familiar y la protección inherente a la misma a los matrimonios, excluyendo a las parejas de hecho, según resulta de la dicción del art. 190 y de su propia ubicación sistemática en sede de efectos generales del matrimonio. De este planteamiento general se desvincula, sin embargo, el art. 81 que aquí nos ocupa. Este precepto se corresponde con el art. 7 de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, norma, que como se ha señalado, optó por regular los efectos de la ruptura de la convivencia, incluida la atribución del uso de la vivienda familiar, con independencia de su carácter matrimonial o extramatrimonial. Nos encontramos, por tanto, ante la paradoja que, en el caso de una pareja de hecho, su vivienda familiar carece de una específica protección mientras rige la convivencia y, en cambio, una vez rota, se le dispensa el mismo tratamiento que a los matrimonios en orden a la atribución de su uso.

Al margen de esta reflexión personal, lo cierto es que a la hora de delimitar la noción de vivienda familiar a efectos del art. 81 debemos acudir en primer lugar al art. 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la misma, identificándola con la vivienda habitual de la familia. Esta noción, sin embargo, puede concretarse algo más, en cuanto el mismo art. 81 se refiere indistintamente a la vivienda familiar y al domicilio familiar. De ello resulta que la vivienda familiar a que se refiere el art. 81 no es otra que la sede del domicilio familiar. A partir de ahí, la configuración de una vivienda como domicilio familiar dependerá del acuerdo de los progenitores o, en su defecto, del acuerdo de la Junta de Parientes -si ambos deciden acudir a la misma- o

de la decisión del Juez, según prevé el art. 184.1 CDFA. Dicho precepto, acto seguido, sienta la presunción de que el domicilio familiar es aquél donde los progenitores conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, con lo que se excluye la posibilidad de varios domicilios familiares simultáneos. En cualquier caso, como precisa la jurisprudencia (STSJ de Aragón de 13 junio 1991) la nota de habitualidad requiere una voluntad de permanencia en la vivienda, lo que excluye de la noción de vivienda familiar la ocupada ocasionalmente.

4. Interesa plantearse, asimismo, cuál es el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores con exclusión del otro.

Pues bien, desde el momento en que en Derecho aragonés esta medida se vincula a la existencia de hijos a cargo, bien puede afirmarse que estamos ante una manifestación del principio del interés superior del menor, según resulta de la lectura de la jurisprudencia aragonesa. Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 que atiende al interés prevalente del menor a la hora de decidir atribuir la vivienda familiar a la madre en un supuesto de custodia compartida. O la STSJ de Aragón de 21 diciembre 2012 que, de modo más genérico y con base en el art. 76.2 CDFA, afirma que el principio del interés superior del menor se trata de un principio general con carácter de orden público que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores.

Precisando más esta idea, no cabe duda que la atribución del uso de la vivienda se encuentra englobada en el deber de crianza y educación que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores con arreglo a lo dispuesto en el art. 63 CDFA y que no cesa por la ruptura de la convivencia ni porque los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan pareja estable (STSJ de Aragón de 12 marzo 2008).

5. En Derecho aragonés la atribución judicial del uso de la vivienda familiar viene condicionada por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos a cargo; esto es, los criterios de atribución a esgrimir por el Juez son diferentes según opte por la custodia individual o compartida.

Por añadidura, según precisa el art. 83.3.d CDFA, tal atribución debe tenerse en cuenta a la hora de fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria a satisfacer, en su caso, por el otro progenitor; no así a los efectos de la pensión de alimentos a satisfacer a los hijos, previsión complementaria que, a mi juicio, hubiese sido deseable.

En la CUSTODIA COMPARTIDA (opción prioritaria del legislador aragonés, de acuerdo con el art. 80.2 CDFA), el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el “de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda” (art. 81.1 CDFA). Según precisa el mismo art. 81.1 CDFA, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, siendo a tal efecto determinante para la jurisprudencia la desigual situación económica de los progenitores (STSJ de Aragón de 11 julio 2013) o el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda (STSJ de Aragón de 30 abril 2013). En cualquier caso, entiendo que este criterio debe supeditarse al del interés superior del menor que preside esta materia y, por ende, es prioritario.

De no resultar este criterio aplicable, el Juez podrá decidir el destino de la vivienda -ya sea la atribución del uso a favor de uno o ambos progenitores o, incluso, su venta-, en función del “del mejor interés para las relaciones familiares”, criterio que carece de precedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico y que constituye un concepto jurídico indeterminado, con los riesgos que ello implica [vid. en el mismo sentido BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, p. 225)]. Con todo, en la práctica se trata de un criterio subsidiario de atribución muy genérico, que confiere al Juez amplias facultades para resolver fundadamente sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, atendiendo a la situación existente en el momento de la ruptura [como afirma MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón”, en *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, (2013): El Justicia de Aragón, p. 334]. Tal interpretación, de hecho, es la que parece desprenderse de la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 cuando decide atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre para así mantener el arraigo y entorno familiar del hijo menor,

identificando el mejor interés de las relaciones familiares con el interés prevalente del menor.

Es más, la amplitud de la previsión legal parece posibilitar al Juez acordar la atribución del uso alternativo de la vivienda a ambos progenitores, fórmula que en la práctica han adoptado excepcionalmente algunas resoluciones judiciales, como la SAP de Zaragoza núm. 605 de 14 noviembre 2011.

En el caso de que se atribuya la CUSTODIA INDIVIDUAL a uno de los progenitores, el art. 81.2 CDFA dispone que “se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor”.

De ello resulta que, para el caso de custodia individual, dos son, de nuevo, los criterios a los que debe atender el Juez a fin de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar. Como criterio preferente, el de “atribución del uso al progenitor custodio” y, de modo subsidiario, el novedoso criterio fundado en “el mejor interés para las relaciones familiares”, que, como se ha indicado, concede un amplio arbitrio judicial.

Con todo, el examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses, en los casos que optan por el sistema de custodia individual, en su inmensa mayoría siguen atribuyendo automáticamente el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (normalmente, la madre). Entre todas ellas, interesa reseñar la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 marzo 2013 que, de modo discutible, decide prescindir del criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares para atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (en este caso, el padre), pese a que éste es titular de una segunda vivienda (un apartamento), mientras la madre carece de otra vivienda y se encuentra en situación de desempleo sin derecho a prestación, aunque -se afirma en la sentencia- que dispone en Zaragoza de una amplia red familiar.

Excepcionalmente cuatro sentencias de las examinadas excluyen la atribución del uso al progenitor custodio, aunque lo cierto es que la mayoría optan por no atribuir el uso de la vivienda al progenitor no custodio, prescindiendo así de lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA.

En concreto, la SAP núm. 109 de Zaragoza de 28 febrero 2012 -que resuelve una demanda de modificación de medidas- priva del uso de la vivienda

familiar atribuido mediante convenio regulador a la madre custodia e hija menor, en atención a la circunstancia de que ambas llevan más de siete años sin hacer uso de la misma por residir en el domicilio de los padres de aquella, situación ésta que, a juicio del Tribunal, se ha prolongado en exceso. No obstante, correlativamente la Audiencia incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio, a quien, por cierto, no atribuye el uso.

Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012 no atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (la madre) porque encontrarse alquilada a un tercero, sin acceda tampoco a su venta precisamente por esta circunstancia y dada la actual situación del mercado inmobiliario.

En tercer lugar, la SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012 estima más adecuado para las relaciones familiares (sin argumentar por qué) que el destino de la vivienda familiar se decida de mutuo acuerdo por ambos progenitores o, en su defecto, se ponga a la venta.

Tan sólo la SAP de Teruel de 20 mayo 2013 hace uso de la medida prevista en el art. 81.2 CDFA para atribuir el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna y a la propia intención del progenitor custodio de poner a la venta la vivienda familiar de serle adjudicada.

Por último, cabe cuestionarse si procede la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio cuando tenga otra vivienda donde conviva con su nueva pareja. Esta cuestión ha sido resuelta negativamente por la STS de 29 marzo 2011, por entender que en tal caso el hijo no precisa la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios. Y es que, a juicio del Alto Tribunal, “no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”.

6. En Derecho aragonés, tal y como resulta del art. 81.3 CDFA, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional en todo caso.

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen previsto en el Derecho civil estatal, cuyo art. 96 CC en su redacción actual no contempla la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, con la salvedad de su párr. 3º relativo a la atribución del uso en defecto de hijos menores. Por añadidura, dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 1 abril 2001, de 21 junio 2011 y de 26 abril 2012) en el sentido de excluir las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad.

En cambio, en Derecho aragonés, y conforme a lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

Con ello se pretende evitar, según declara la SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012, “la colisión con los legítimos derechos que al otro progenitor puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como en lo que respecta a su disposición”. En términos similares se expresa la SAP de Zaragoza núm. 314/2013 de 18 junio 2013.

Tal previsión legal ha sido interpretada por la jurisprudencia (entre otras, por la STSJ de Aragón de 4 enero 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 240 y núm. 242, ambas de 27 mayo 2014) en el sentido de que requiere el señalamiento de un plazo, dada la necesidad de certeza al respecto que conviene a ambas partes: por un lado, al favorecido con la atribución del uso, que de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo, tal como la búsqueda de otro alojamiento o la evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si es cotitular del inmueble; y por otro, al que se ve privado por el uso, que no sólo podrá ponderar las posibilidades de adjudicárselo, sino que sabrá con certeza a partir de cuándo podrá venderlo libre de esa carga.

No puede sino destacarse la importancia de esta sentencia del Tribunal Superior, ya que ha sentado doctrina sobre una cuestión que venía siendo resuelta por los tribunales inferiores (al menos en algunas sentencias) de modo muy incierto o indefinido. Así, podemos citar a título de ejemplo las

SSAP de Zaragoza núm. 103 de 28 febrero 2011 y núm. 126 de 13 marzo 2012 que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio hasta que se proceda a la liquidación del consorcio conyugal; o la SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012 que lo atribuye, igualmente, al progenitor custodio hasta que “en su caso, se produzca la subasta judicial del inmueble”.

En cualquier caso, y como ya se ha apuntado, en defecto de acuerdo de los progenitores, y en ausencia de previsión legal al respecto, la fijación del plazo es función exclusiva de los Tribunales de instancia, sin que sea revisable en casación, salvo que se revele absolutamente infundada o arbitraria, según declara el Tribunal Superior de Justicia en jurisprudencia reiterada (entre las más recientes, SSTSJ de Aragón de 7 febrero 2013 y de 11 julio 2013).

Así las cosas, el examen de la jurisprudencia revela que no existe un criterio jurisprudencial uniforme en orden al límite temporal del uso de la vivienda familiar, en cuanto como reconoce la SAP de Zaragoza núm. 240 de 27 mayo 2014 es una cuestión meramente discrecional del juzgador. En efecto, encontramos algunas sentencias -las menos- que extienden el uso de la vivienda familiar a la mayoría de edad de los hijos (SAP de Zaragoza núm. 108 de 28 febrero 2012) o, incluso, hasta su independencia económica (SAP de Zaragoza núm. 433 de 18 julio 2011 y núm. 163 de 26 marzo 2013, SAP de Teruel de 28 marzo 2012 y SAP de Huesca de 20 diciembre 2012). En cambio, otras prescinden de estas circunstancias (a mi juicio, determinantes) para fijar lapsos temporales más breves, entre uno a siete años, sin que ello siempre venga acompañado de un examen detallado de las concretas circunstancias familiares que lo justifique, lo que sería deseable en aras de una mayor seguridad jurídica. Así, fijan el plazo de un año la SAP de Huesca de 4 julio 2013 y la SAP de Zaragoza núm. 128 de 13 marzo 2013; el plazo de dos años la SAP de Teruel de 20 mayo 2013; el plazo de tres años la STSJ de Aragón de 30 abril 2013; el plazo de cuatro años la SAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012; el plazo de cinco años las SSAP de Zaragoza núm. 119 de 6 marzo 2013 y núm. 242 de 27 mayo 2014, y la SAP de Huesca de 17 diciembre 2012 -confirmada por la STSJ de Aragón de 11 julio 2013- y la SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013; el plazo de seis años las SSAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012 y núm. 314 de 18 junio 2013; y el plazo de siete años las SSAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013 y núm. 272 de 28 mayo 2013.

Con todo, entre las sentencias que ofrecen un examen ponderado de las circunstancias familiares pueden destacarse las que se reseñan a continuación.

La STSJ de Aragón de 7 febrero 2013 que confirma el criterio de la sentencia dictada en apelación de limitar el uso de la vivienda familiar por la madre custodia al plazo de un año por ser privativa del otro progenitor y estar gravada por una importante hipoteca, mientras la madre dispone de otra vivienda privativa que tiene alquilada; a lo que se añade la importante reducción de ingresos del progenitor.

La SAP de Huesca de 31 enero 2012 que, en un procedimiento de modificación de medidas acordadas en convenio regulador, desestima la pretensión del demandante relativa al cese del uso de la vivienda familiar por su exmujer e hijas, por aplicación del principio “standum est chartae” y dado que no habido modificación sustancial de las circunstancias respecto a lo acordado en el convenio.

La SAP de Zaragoza núm. 13 de 13 marzo 2012 que limita el uso de la vivienda a la madre custodia al plazo de un año, en atención a las siguientes circunstancias: la titularidad privativa del padre, la sujeción a ejecución hipotecaria por impago de préstamo -lo que, por cierto, no le ha impedido adquirir una nueva vivienda gravada con una hipoteca-; y la ausencia de ingresos de la madre.

La SAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012 que atribuye el uso de la vivienda a la madre custodia durante seis años en atención a la edad de los menores, a la situación económica de ambos progenitores y por no disponer ninguno de los dos de otra vivienda, sin olvidar las condiciones actuales del mercado inmobiliario.

La SAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2012 que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre custodia hasta la mayoría de edad de la hija, atendiendo a la circunstancia de que el padre es propietario de otro piso y que es necesario evitar más cambios a una menor de once años que ha pasado por un proceso penal contra su padre, por un divorcio muy conflictivo de sus progenitores y por el fallecimiento de su hermano.

La SAP de Zaragoza núm. 70 de 12 de febrero de 2013 que atribuye el uso de la vivienda al madre custodia durante cinco años en atención a su peor

situación económica, pese a que su uso es generador de conflictos, ya que una de sus plantas la ocupa el progenitor y sus padres.

La SAP de Teruel de 20 mayo 2013 que atribuye el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna.

Y finalmente, la SAP de Zaragoza núm. 319 de 11 junio 2013 que en un supuesto de custodia compartida, atribuye el uso de la vivienda a la madre custodia durante cinco años, dado el carácter consorcial de la vivienda, la diferencia de ingresos entre ambos progenitores y la edad de los hijos.

Ciertamente, la fijación por los órganos judiciales de estos límites temporales al uso de la vivienda familiar puede tacharse de muy restrictiva, con el dato añadido de que el CDFA no prevé su posible prórroga -lo que, sin duda, hubiese sido deseable, como advierte BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010”, cit., p. 228-, pero, en ningún caso, deja sin efecto el contenido del deber de crianza y educación de los hijos menores que corresponde a los progenitores, en el que se incardina su derecho de habitación a tenor de lo dispuesto en el art. 65.1.b CDFA. Por el contrario, la lectura de las sentencias revela una preocupación constante de los órganos judiciales por garantizar el derecho de habitación de los hijos. Así, en no pocas ocasiones el cese del uso de la vivienda familiar durante la minoría de edad de los hijos va acompañado de un correlativo incremento de la pensión de alimentos a satisfacer a éstos. Sirva de ejemplo la ya citada SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012 que, aunque priva del uso de la vivienda familiar atribuido mediante convenio regulador a la madre custodia e hija menor, por llevar más de siete años sin hacer uso de la misma, incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio.

Obviamente, una vez finalizado el plazo de uso fijado, el progenitor habrá de abandonar la vivienda sin posibilidad de prórroga, a fin de que el titular o titulares (si son ambos) puedan decidir acerca del destino de la vivienda familiar. A este respecto, interesa señalar que el Tribunal Supremo ha admitido la validez del señalamiento de una clausula penal por cada día en el retraso en el cumplimiento de la obligación de abandonar la vivienda familiar (STS de 17 octubre 2007).

7. La atribución del uso de la vivienda familiar sólo es eficaz cuando uno o ambos miembros de la pareja ostenten algún derecho que les posibilite el disfrute de la vivienda familiar, ya sea la propiedad u otros derechos tales como el usufructo o el arrendamiento.

No cabe, por contra, atribuir el uso de la vivienda perteneciente a un tercero que viniera usando la familia sin título alguno. Así lo viene afirmando el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (SSTS de 26 diciembre 2005, de 18 enero 2010, de 18 marzo 2011 y de 14 marzo 2013, entre otras). De ello resulta, como puede leerse en la STS de 18 marzo 2011, que los propietarios podrán recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con los ocupantes.

El problema se plantea, sin embargo, en el caso de que estén implicados hijos menores, ya que “su interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda” (STS de 10 octubre 2011). En tal situación considera la resolución indicada “que el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”. En el caso de autos la vivienda familiar del matrimonio y de la hija menor en el momento de la ruptura se encontraba ubicada en un piso cedido por los padres del marido a su hijo en precario, mientras que, por otro lado, el matrimonio era propietario de un piso que tenían arrendado a un tercero. El Tribunal Supremo confirma el fallo de la sentencia de primera instancia que, habiendo concedido la custodia individual a la madre, le atribuye como vivienda familiar la vivienda de sus suegros sólo hasta el momento en que cese el arrendamiento de la vivienda propiedad de ambos cónyuges, momento en el cual pasará ésta a convertirse en la vivienda familiar donde convivir con su hija menor. En fechas más recientes reproduce esta doctrina la STS de 17 junio 2013.

8. Cuando la vivienda familiar sea de titularidad conjunta de ambos progenitores (bien con carácter consorcial o en régimen de pro indiviso), la aplicación de los criterios del art. 81 CDFA determina la privación del uso a uno de los progenitores durante todo el tiempo que se mantenga la medida,

salvo que excepcionalmente el Juez decida acordar la atribución del uso alterno a ambos progenitores (lo que no es habitual en la práctica).

Cuestión aparte son los gastos derivados de la vivienda. Sobre este particular, en ausencia de previsión legal al respecto, los órganos judiciales aragoneses han determinado que los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (tales como los gastos de hipoteca, las derramas extraordinarias, el seguro del hogar o el IBI) seguirán siendo a cargo de ambos progenitores en su condición de cotitulares de la vivienda. En cambio, y como resulta lógico, los gastos derivados del uso de la vivienda (tales como los gastos de comunidad ordinaria y los relativos a suministros) serán a cargo exclusivamente del progenitor a quien se haya atribuido tal uso (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011, SAP de Zaragoza núm. 265 de 15 mayo 2012 y SAP de Huesca de 20 diciembre 2012).

9. Otra de las novedades más destacadas introducida por la Ley 2/2010 (actual art. 81.4 CDFA) radica en la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, siempre que concurran dos presupuestos:

1º) Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores.

2º) Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos.

Ambos presupuestos merecen un comentario aparte, en orden a delimitar en qué supuestos es factible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar.

1º) “Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores”

Por lo que se refiere el primer requisito, parece que debe interpretarse en el sentido de sólo es posible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que ésta sea de titularidad conjunta de ambos progenitores o, más exactamente, tenga la naturaleza de bien consorcial.

En cambio, con base en la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013, cuando la vivienda familiar sea titularidad exclusiva de uno de los

progenitores, la atribución del uso al no titular no priva de la facultad de disponer a su propietario, quien podrá venderla libremente, -habida cuenta de que el CDFA no contiene una limitación de disponer similar a la del art. 96.4 CC-, si bien en este caso el comprador adquirirá la vivienda con el gravamen del derecho de uso del progenitor no titular.

Es más, según la precitada sentencia, cuando la vivienda familiar pertenezca en régimen de pro indiviso a ambos progenitores, la atribución del uso a uno de ellos, no priva al otro de su facultad de pedir la división de la cosa común. Ahora bien, el ejercicio de la acción de división no extinguirá el derecho de uso atribuido a uno de los progenitores, de tal manera que igualmente será oponible a los terceros adquirentes.

Y es que, a juicio de la Audiencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular [reseñada por GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, RCDI (2013), núm. 737, pp. 1893-1912], resulta necesario distinguir los dos planos de eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar: uno inter partes, en el entorno familiar y otro “ad extra”, frente a terceros posibles adquirentes del bien. Así, en el primer plano, “nos encontramos no ante un derecho real, sino de carácter familiar (personal), cuya titularidad corresponde al cónyuge o miembro de la pareja al que se lo atribuya la resolución del juzgado de familia correspondiente. Pero, desde la óptica patrimonial, ese derecho de uso no impide la transmisión de la vivienda sobre la que aquél recae. Se puede vender o ceder a un tercero, o si hay copropiedad (como en el caso que nos ocupa), ejercitar la acción de división de la cosa común. Pero la defensa del titular de aquel derecho familiar de naturaleza personal puede oponerlo a terceros adquirentes. De aquí su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad”. Aplicando la doctrina transcrita al supuesto enjuiciado, la Audiencia entiende que el derecho de uso concedido a la madre custodia no constituye obstáculo para proceder a la división de la cosa común, si bien tal derecho será oponible a los terceros adquirentes.

En conclusión, para ninguno de estos supuestos se contempla la facultad de acordar la venta judicial de la vivienda, porque el titular exclusivo o cotitular de la vivienda siempre podrá venderla libremente o ejercitar la acción de división de la cosa común, aunque no se extinga por ello el derecho de uso atribuido al otro progenitor.

Por ello, la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar parece estar pensada únicamente para el caso de que la vivienda familiar tenga la condición de bien consorcial (como sostiene certeramente MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso”, cit., pp. 343-344). En tal caso, una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio, se producirá la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho (art. 244 CDFA). Será entonces cuando el Juez, sin tener que esperar a la liquidación del consorcio conyugal, podrá hacer uso de la facultad que le otorga el art. 81.4 CDFA y acordar la venta de la vivienda familiar si lo estima necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

2º) “Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos”

Con este segundo requisito parece restringirse la facultad del Juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida, no así a los de custodia individual, como, de hecho, así se ha reconocido expresamente por la STSJ de Aragón de 4 enero 2103. Y es que, como argumenta el Tribunal Superior, si se interpreta que cabe acordar la venta de la vivienda familiar en una custodia individual, quedaría vacío de contenido el art. 81.1 CDFA que ordena la atribución del uso (temporal) al progenitor custodio.

Ello no obsta que, una vez finalizado el plazo de atribución del uso concedido al progenitor custodio, pueda acordarse la venta de la vivienda, según resulta de la lectura de la jurisprudencia. Puede citarse a título de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012, confirmatoria de la sentencia dictada en primera instancia que atribuye a la madre custodia el uso de la vivienda familiar, si bien limitado a la fecha de la liquidación del consorcio conyugal y, en todo caso, acuerda que transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia sin que se haya repartido el patrimonio consorcial se pusiera a la venta la venta de forma inmediata.

Es más, según afirma la STSJ de Aragón de 4 enero 2103, en el caso de custodia compartida sólo es posible acordar la venta de modo inmediato o en fecha muy próxima a la sentencia y siempre que, de acuerdo con el art. 81.4 CDFA, el Juez considere que ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

Lógicamente, la apreciación de esta necesidad está dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al juzgador de instancia, sin que sea revisable en casación (tal y como precisan las SSTSJ de Aragón de 4 enero 2013 y de 11 julio 2013).

Ahora bien, en cualquier caso el examen de la jurisprudencia menor, revela el criterio restrictivo de los tribunales aragoneses a la hora de apreciar esta necesidad y, por ende, autorizar la venta de la vivienda familiar, ya no sólo en los casos de custodia individual, sino también los casos de custodia compartida. Puede citarse a título de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013 que deniega la venta de la vivienda familiar por no habiéndose acreditado suficientemente que la venta instada por uno de los progenitores custodios sea necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, “no valiendo decir simplemente a estos efectos que la venta o arrendamiento de la vivienda aseguraría la vida independiente de cada uno de los progenitores”. La Audiencia va más allá denegando, asimismo, la venta de una plaza de garaje, ya que, teniendo la condición de anejo de la vivienda familiar, su venta supondría la devaluación de la misma. Vid. en términos similares la SSAP de Zaragoza núm. 100/2014 de 25 febrero 2014 y núm. 249 de 3 junio 2014.

10. El aptdo. 5º y último del art. 81 CDFA regula una cuestión estrechamente vinculada con la atribución del uso de la vivienda familiar como es el destino del ajuar familiar. A tal fin establece reglas diferentes en función de que el uso de la vivienda familiar sea (o no) atribuida a uno de los progenitores.

Así, para el primer supuesto se prevé la permanencia del ajuar doméstico en la vivienda familiar, excepción hecha de aquellos bienes privativos cuya retirada solicite su titular en el denominado plan de relaciones familiares que, como es sabido, debe acompañar a la correspondiente demanda. En la práctica, según resulta de la lectura de la jurisprudencia (vid. p.ej. la STSJ de Aragón de 26 febrero 2013, confirmatoria de la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 12 mayo 2011 y la SAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2014), dicha medida suele acompañarse de la formalización de un inventario tanto de los bienes que permanecen en la vivienda como de los bienes retirados por el progenitor que abandona la misma.

Por el contrario, de no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, habrá que proceder al reparto del ajuar familiar entre ambos,

con arreglo a las reglas que sean aplicables a sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encuentre institucionalizada (o no) y, en el primer caso, estén casados o constituyan pareja estable no casada.

En cualquier caso, por ajuar familiar debe entenderse, de acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013, los enseres, mobiliario y equipamiento de la vivienda. No obstante, de esta noción parece que habrá que excluir los objetos de extraordinario valor, en atención a lo dispuesto en el art. 311.1 CDFA; e igualmente, los bienes muebles de uso personal o profesional de uno de los progenitores, con base en los arts. 266 y 267.2.b CDFA.

LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR COMO RECURSO DE PROTECCIÓN DE MENORES

JOSÉ GABRIEL ORTOLÁ DINNBIER

ABOGADO DE FAMILIA. VOCAL DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA. COORDINADOR DEL PUNTO DE
ENCUENTRO FAMILIAR DE VALENCIA.

1. Resulta notorio el dato de que en los últimos tiempos se ha producido un notabilísimo incremento de rupturas de pareja, matrimoniales o no, y con ello un aumento evidente de la conflictividad familiar. En tales situaciones, cuando concurren hijos menores, son estos quienes, pese a su completa inocencia en el conflicto adulto, reciben, con mayor virulencia e indefensión, los efectos del mismo.

Siendo ello así, y constatadas las gravísimas secuelas producidas en los niños, se ha venido considerando la necesidad de articular mecanismos que permitan apaciguar el conflicto y, en cualquier caso, minimizar su pernicioso impacto sobre aquellos. Si bien parece ciertamente inevitable que los menores se vean afectados emocionalmente, en mayor o menor grado, por la ruptura de sus padres, tenemos la obligación de procurar, en la medida de lo posible, que sus consecuencias se limiten al mero hecho de la ruptura, evitando que trascienda a otros aspectos como el de la relación con los miembros de su familia.

Visto lo anterior, resulta fácil colegir que los Puntos de Encuentro Familiar nacen con la fundamental vocación de atenuar el perjuicio y, por tanto, como un servicio especializado de apoyo a las familias que debe ser utilizado para facilitar el mantenimiento de las relaciones familiares de los menores.

La importancia de la herramienta, como no podía ser de otro modo, es reconocida por organismos internacionales y, concretamente, por el Consejo Europeo quien, en su Recomendación R98, de 21 de Enero, destaca su idoneidad a los fines de paliar los indeseables efectos colaterales de las crisis familiares sobre los derechos de relación de los menores con progenitores y otros familiares. También, en el ámbito supranacional, cabe destacar la “Carta Europea sobre los Puntos de Encuentro para el Mantenimiento de las Relaciones entre Hijos y Padres”, aprobada en Ginebra en enero de 2004.

Me resulta, por ello, sumamente acertado que el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia haya dejado espacio para el estudio y conocimiento de este recurso en el marco de las II Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, celebradas bajo el lema “La Protección del menor” los días 20 y 21 de noviembre de 2013 y que el Instituto de Derecho Iberoamericano me brinde ahora la posibilidad de publicar lo que en su día fue mi ponencia. Considerando el marco de dichas Jornadas, el modesto objetivo de este trabajo fue (y es) proporcionar una visión global del recurso Punto de Encuentro Familiar, como herramienta al servicio de la administración y los ciudadanos, pero focalizada en su perspectiva de recurso de protección de los menores. Es decir, no se pretende su estudio desde la óptica de los progenitores, parientes o allegados titulares del derecho de visitas, y en orden a procurar la satisfacción de su derecho, sino adentrarnos en él, y por tanto en el derecho de visitas/relación, desde la óptica del propio menor afectado en cuanto sujeto de protección.

2. A la hora de iniciar nuestro estudio lo primero que debemos conocer es la naturaleza de este tipo de recursos y, para ello, podemos considerar las definiciones que el legislador realiza de los mismos. Ante la sorprendente inexistencia de regulación estatal, carencia incomprensible que ya ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo, tenemos inevitablemente que ceñirnos a las diferentes regulaciones autonómicas sobre la materia y, a la vista de ellas, concluir que estas, en sus respectivas definiciones, son esencialmente coincidentes en resaltar determinadas notas características de los Puntos de Encuentro Familiar. Así, en dicha normativa se los define como un servicio social gratuito, universal y especializado, al que se accede por

resolución judicial o administrativa, cuyo objetivo principal es el de facilitar el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores, u otros parientes y allegados. Otra función de los Puntos de Encuentro Familiar, que es destacada en las diferentes regulaciones y debe ser fundamentalmente resaltada en el cometido de nuestro estudio, es su intención de preservar la seguridad en dichas relaciones.

Como ejemplo de tales regulaciones autonómicas, y por considerarla completa y acertada, podemos significar la definición contenida en el art. 2 de la Ley 13/2008, de 8 de octubre, de la Generalitat, reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunidad Valenciana, en la que se los define como “servicio especializado en el que se presta atención profesional para facilitar que los menores puedan mantener relaciones con sus familiares durante los procesos y situaciones de separación, divorcio u otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar, hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso. El Punto de Encuentro Familiar es un servicio social, gratuito, universal y especializado, al que se accederá por resolución judicial o administrativa, el cual facilitará el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores y/u otros parientes o allegados y su seguridad en dichas relaciones, mediante una intervención temporal de carácter psicológico, educativo y jurídico por parte de profesionales debidamente formados, al objeto de normalizar y dotar a aquellos de la autonomía suficiente para relacionarse fuera de este servicio.”

La anterior definición, como vemos, pone de manifiesto algunas de las notas características importantes de este tipo de recursos y sus principios de actuación. En primer lugar, y a fin de establecer diferencias con otros recursos administrativos que pudiesen incardinarse dentro del espectro de los servicios sociales, se subraya el carácter especializado del mismo. En un segundo término, se remarca la profesionalidad de su atención, a fin de que el personal adscrito a este tipo de centros resulte verdaderamente técnico en el espectro de materias que confluyen en su actuación (psicología, trabajo social, educación social, derecho).

Entre los principios de actuación de los Puntos de Encuentro Familiar, la definición expuesta nos avanza, destacándolos, el de “temporalidad” y el de “subsidiariedad”. Previene la norma, por tanto, que la actuación de los recursos, sin efectuar una exacta determinación de los lapsos, quede acotada temporalmente, al igual que reconoce la oportunidad de cesar sus actuaciones cuando desaparezcan los motivos que determinaron la necesidad de su utilización.

Desde un punto de vista eminentemente jurídico, el Punto de Encuentro es un órgano que tiene atribuida la función de ejecutar resoluciones a petición del órgano judicial o administrativo. Tal aspecto resulta también importante por cuanto que resulta sobradamente conocido el principio del “favor minoris”, inspirador último de cualquier resolución en materia a estos afectante, que permite, en consecuencia, considerar la bondad intrínseca de las mismas. Es decir, los Puntos de Encuentro Familiar son herramientas de ejecución de resoluciones a las que se presume siempre una inherente y especial protección de los menores, por encima de cualquier otro legítimo interés que pudiesen mantener los adultos.

Resulta también importante recordar las previsiones de nuestra Constitución Española, art. 118, cuando expresa la obligación de “cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”, y las que se disponen en la LOPJ, art. 2.1, en cuanto a la competencia en el ejercicio de la facultad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo resuelto, y el art. 18 sobre la ejecutividad de las sentencias en sus propios términos.

De ello se extrae la conclusión de que nuestro recurso tiene la función de auxiliar al órgano judicial o administrativo en la ejecución de sus resoluciones. No obstante, en el IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y en las VI Jornadas de Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales, se adoptó el acuerdo de otorgar a los Puntos de Encuentro cierta autonomía a la hora de modular el régimen de visitas establecido en la resolución judicial, sin alterar su contenido sustancial.

3. La definición y naturaleza de los Puntos de Encuentro Familiar anteriormente referidas ya nos permiten vislumbrar, aún de modo genérico, cuáles sean los supuestos fácticos en que resulta oportuna recurrir a su utilización y procurar su actuación.

En primer lugar, dentro de las situaciones idóneas de intervención, se valora adecuado atender el régimen de comunicación y visitas de los menores con el progenitor no conviviente en aquellos supuestos en los que se ha producido una ruptura convivencial y, sobre todo, relacional entre los progenitores. Es justamente la ruptura relacional, entendida como la incapacidad manifiesta de mantener unos mínimos estándares de comunicación consecuencia del

conflicto, la que determina la necesaria actuación de estos centros de modo que, a través de su intervención y el transcurso del tiempo, se procure el necesario enfriamiento de la contienda y, con ello, el restablecimiento de la comunicación y, por ende, la relación.

Otro supuesto tipo en que se aprecia la oportunidad de atender el régimen de comunicación nos viene ofrecido por aquellas situaciones en se opera una ruptura relacional de los progenitores con otros parientes y allegados del menor, con quienes este mantiene reconocido el derecho a relacionarse, y con la consiguiente imposibilidad de hacerlo y consecuente privación efectiva del mismo.

Un tercer supuesto tipo de conveniente intervención del recurso PEF nos viene dado por aquellas otras situaciones que se generan a raíz de la ruptura convivencial del menor con su propia familia biológica, consecuencia de la aplicación de una medida de protección administrativa o judicial.

No obstante esta triple clasificación genérica de situaciones tipo en que se considera adecuada la intervención de los PEFs, el “Protocolo de actuación y coordinación de los puntos de encuentro familiar con autoridades derivantes”, aprobado en las VIII Jornadas de magistrados de familia celebradas en Málaga del 29 de febrero al 2 de marzo de 2012, partiendo de un proyecto elaborado y presentado por los magistrados D. Juan Pablo González del Pozo y D. Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo, establece una relación fáctica más detallada.

Así, en su art. 3, entre los casos en que resulta aconsejable la derivación, sin que ello constituya una enumeración cerrada de supuestos, se considera conveniente la derivación en los casos siguientes: 1º. Supuestos en que los familiares con derecho a visitas posean alguna característica o circunstancia personal de riesgo para el menor que aconseje la supervisión de los encuentros. 2º. Los supuestos de menores que no convivan habitualmente con el familiar con derecho de visitas, siempre que éste, por circunstancias personales de residencia u otras, carezca del entorno adecuado para materializar las visitas. 3º. Los casos de menores, separados de sus progenitores, acogidos en la familia extensa o ajena. 4º. Los casos de familias en que los menores muestren una actitud negativa a relacionarse con el familiar que realice las visitas o un fuerte rechazo hacia éste, de modo que resulte imposible mantener encuentros normalizados.

¿Qué hacen los PEFs ante estas situaciones? Según el art. 5 del Decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento, estos centros se enfrentan a las mismas con los siguientes objetivos y cometidos: “a) Favorecer el derecho del o la menor a mantener la relación con ambos progenitores y/u otros familiares tras su separación, siempre que con ello se contribuya a su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional. b) Prevenir la violencia durante el régimen de visitas velando por la seguridad del o la menor y de la persona vulnerable. c) Mejorar la capacidad de las personas progenitoras para resolver los conflictos que afecten a los hijos e hijas, devolviéndoles la responsabilidad sobre su vida personal y familiar. d) Ayudar a mejorar las relaciones paterno-materno/filiales y las habilidades parentales en relación a la crianza de los hijos e hijas cuando sea necesario. e) Disponer de información fidedigna y objetiva sobre las actitudes y aptitudes parentales que ayude a defender en otras instancias administrativas o judiciales los derechos del niño y/o proponer las medidas que se consideren adecuadas. f) Proporcionar a los menores un lugar neutral donde poder expresar sus sentimientos y necesidades en relación a la situación familiar. g) Favorecer los acuerdos entre las partes en conflicto cuando ello sea posible y deseable para el bienestar del o la menor”.

El análisis de los diferentes supuestos de hecho que determinan la derivación judicial o administrativa a estos centros, ha procurado, como vemos, una diversidad de actuaciones de los PEFs. Todos los cometidos, sin embargo, se condensan, en la práctica, dentro de diversas modalidades de actuación o intervención que constituyen la “carta de servicios” de cada Punto de Encuentro. De tal modo, los Puntos de Encuentro Familiar no realizan siempre la misma atención sobre todos los supuestos, ofreciendo una intervención acorde a su tipología. Es decir, se ofrece una actuación diferenciada conforme a las diferentes situaciones que se les presentan y mediante la aplicación de la adecuada modalidad de trabajo. El art. 4.a) del citado Protocolo de Actuación y coordinación de los puntos de encuentro familiar con autoridades derivante habla de “Tipo o modalidad de actuación”, incluyendo la “visita tutelada, visita sin supervisión, intercambios y acompañamientos, con indicación, en su caso, del tiempo máximo de duración de la visita tutelada.”

De lo visto se infiere que el recurso PEF persigue, en esencia y a través del conjunto de sus cometidos, salvaguardar dos diferentes ámbitos de protección del menor: de un lado, la protección de su derecho relacional; de

otro, la protección de su integridad física y moral en el ejercicio de su derecho relacional.

4. Conviene recordar seguidamente, aún de modo escueto, cuál es el escenario legal que recoge el derecho de relación recíproco que mantienen los menores y sus progenitores, parientes y allegados, que es, en definitiva, el que da cobertura a la razón de ser de este tipo de recursos.

Como regulación supranacional debe significarse el art. 9.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 de Noviembre de 1989 en que se determina el derecho relacional de los menores: “Los estados parte respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con uno o ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Se trata pues de un derecho claramente subordinado al interés del menor.

En nuestra Carta Magna, art. 39.3, se reconoce 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 los que legalmente proceda”, considerándose que dentro de la asistencia referida se comprende aquella que tiene que ver con su desarrollo emocional y afectivo y, en consecuencia, el de la necesaria relación familiar.

En el art. 160 CC se contiene el derecho de relación de los progenitores en situaciones en que se haya acordado medidas de protección sobre sus propios hijos: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores”. Este precepto focaliza el derecho relacional en la esfera adulta.

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, conocida popularmente como “Ley de abuelos”, modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, de modo que, tanto en los casos de ruptura familiar como en caso de simple dejación de obligaciones por parte de los progenitores, reforzó su régimen de relación.

Resulta igualmente necesario recordar que la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recoge como principio jurídico clave de cualquier actuación judicial o administrativa el del interés del menor y, sobre este, proclama la bondad de procurar su mantenimiento en su medio familiar de origen. Esta priorización del medio familiar biológico determina, por

tanto, la necesidad de trabajar el vínculo en aquellos casos en los que las medidas de protección han provocado la separación física.

Destacar, dentro del ámbito autonómico de la Comunidad Valenciana, el contenido del art. 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia, en donde se proclama el derecho de cada menor, separado de un progenitor, “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular”, así como el derecho del menor “a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados”. Por su parte, el art. 4 de la Ley 5/2011, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece que “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. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos: a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación.”

Pese a que la redacción de la generalidad de la norma no deja lugar a dudas de que el beneficio de los menores es el foco de atención sobre el que gravita la construcción del referido derecho, los Puntos de Encuentro Familiar son usualmente considerados como un recurso favorecedor del derecho de visitas de los adultos sobre los menores. Así, el ciudadano suele conocerlo solamente desde la exclusiva óptica de quien tiene establecido y regulado un régimen de visitas o relación sobre los menores, quedándose, en consecuencia, en una percepción muy precaria del trabajo de los PEFs.

Esta visión estrecha ignora que, como decía, estos centros tienen en el interés superior de los menores su prioritario cometido, y sobre este pivota y queda condicionado el derecho de los adultos. El Documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro Familiar (aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia y Familias el día 13 de noviembre de 2008) se refiere al “Interés superior del menor” y a que “la intervención desarrollada en el Punto de Encuentro Familiar debe tener como objetivo principal velar por la seguridad y el bienestar del/la menor, siendo su protección prioritaria en caso de conflicto con otros intereses contrapuestos.

Siendo ello así, y dado que el PEF protege principalmente el beneficio del menor, es posible que este no sea coincidente con el derecho de relación de los adultos o que este último deba quedar gravado en su ejercicio y alcance como consecuencia de aquel, dado el posible riesgo en que se coloca al menor durante el ejercicio del derecho de visitas.

5. Consecuencia del lógico reconocimiento legal del derecho de los progenitores, parientes y allegados a relacionarse con los menores, cabe plantearse cuál sea la amplitud del mismo y, por tanto, si este presenta alguna limitación. Ciertamente, el derecho de relación de los adultos con los menores, incluso el propio derecho del menor a relacionarse con aquellos, está siempre supeditado a su propio interés, de modo que, en caso de que la relación no le beneficie, cabrá suspenderla en tanto permanezcan las circunstancias que determinan el perjuicio. Cabe, por otra parte, considerar las situaciones en que, aún considerándose el beneficio de la relación, quepa adoptar, a la vista de las específicas circunstancias y condiciones del progenitor, pariente o allegado titular del derecho de relación, determinadas medidas de protección del menor durante el tiempo en que se produce tal relación o comunicación.

Se trata de situaciones en las que hay que conjugar todos los derechos concurrentes: el del visitador a relacionarse con el menor, el del menor a relacionarse con el visitador, el de protección del menor frente al riesgo que entraña la propia relación. Pensemos en supuestos en las que existe una psicopatología grave en el visitador, supuestos en que se estén ventilando causas penales por violencia o agresiones sobre los menores, o aquellas otras situaciones en las que aquel presenta alguna adicción que le limite en el ejercicio del normal derecho de relación. Del mismo modo podemos encontrar supuestos en que se haya apreciado que la información que recibe el menor durante los tiempos de contacto con su visitador sea perniciosa para su desarrollo y, por tanto, se valore necesario el acompañamiento técnico durante esos tiempos, a fin de impedir la transmisión de la referida información. El común denominador de todas estas situaciones es, como decía antes, la existencia de algún tipo de riesgo para el menor en el desarrollo de su régimen de relación que aconseja que este no se lleve a cabo de forma “normalizada”. En todos estos supuestos, como veíamos, se valora idónea la intervención de los PEFs mediante la modalidad de Visitas Tuteladas (con control profesional), las que pueden efectivamente desarrollarse dentro o fuera de las instalaciones del centro.

En menores afectos por una medida de protección es esta la tipología de visita que, con mayor frecuencia, es valorada idónea por el órgano judicial o administrativo y es aplicada por el Punto de Encuentro Familiar.

Sobre este particular, debemos recordar que el art. 17 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece que "En situaciones de riesgo (...) la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia". Siendo ello así, sabemos que, en determinadas ocasiones, la administración se ve en la necesidad de adoptar medidas de protección de menores que pasan por la separación de estos de su ámbito familiar. El art. 172.1 CC expresa que "La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (...). Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material". Pese a la medida de protección acordada, y cuando el diagnóstico efectuado pasa por la futura reintegración del menor a dicho ámbito familiar biológico, debe promoverse el mantenimiento de las relaciones familiares. El art. 161 CC, previene que "tratándose de un menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor".

En tales casos, en los que existe pronóstico de retorno, se plantea un escenario en el que hay que conjugar dos derechos: El derecho del menor tutelado a sus relaciones familiares y el derecho de aquel menor tutelado a ser protegido de las propias relaciones familiares.

Para formular la conjugación de estos dos derechos, como ya hemos venido observando, aparece el recurso de PEF como herramienta fundamental. Con su intervención se posibilita, por un lado, la realización de la necesaria comunicación en un entorno protegido y controlado a través de la llamada

Visita Tutelada, y por otro, además de la protección, se ofrece la posibilidad de realizar un trabajo de intervención educativa. Tal intervención resulta absolutamente idónea en situaciones como la descrita en las que se aprecia, por la administración actuante, unas precarias capacidades en las funciones parentales que puedan haber determinado la medida de protección y, en último caso, la propia derivación al recurso.

6. Existe alguna controversia práctica suscitada con ocasión de la creación y funcionamiento de Puntos de Encuentro Familiar diferenciados con ocasión del órgano derivante. Así, es bastante usual encontrar Puntos de Encuentro Familiar, normalmente creados ad hoc por la propia administración pública, que se limitan a la atención de familias afectas por medidas de protección administrativas. De tal modo, se está produciendo una diferenciación en la atención de los recursos PEF, dedicándose unos a la de menores incurso en procedimientos judiciales y otros a la de aquellos que se encuentran incurso en procedimientos administrativos.

Parece evidente que tal diferenciación, aunque pudiese resultar práctica para alguna Entidad titular en materia de protección, contraviene elementales principios de igualdad. Debe considerarse que, en el fondo, puede considerarse que el usuario de cada PEF, y fundamentalmente los menores, están siendo catalogados subrepticamente por su ámbito socioeconómico.

También se oyen voces que plantean la conveniencia de la diferenciación de este tipo de recursos atendiendo al orden del órgano judicial, de modo que las derivaciones del orden penal (incluso violencia sobre la mujer) sean atendidos por Puntos de Encuentro especializados y al margen de aquellos que prestan su atención a las derivaciones efectuadas en el seno de los puros procedimientos civiles. Las críticas a esta posibilidad tampoco requiere de demasiada argumentación aunque, ciertamente, acogiendo aspectos organizativos y de medios (consecuencias de los protocolos de estos centros en materia de violencia) su formulación teórica pudiese resultar entendible. No debemos perder de vista, en ningún caso, que el Derecho de igualdad y la uniformidad en la respuesta debería impedir tales diferenciaciones. Antecedentes de diferenciaciones nos las ofrece la historia en los modelos educativos y sanitarios y, desde luego, parece un contrasentido que, en el ámbito que ahora tratamos, debiese o pudiese reproducirse.

7. Cerramos nuestro estudio poniendo de relieve un aspecto que nos preocupa gravemente y sobre el que consideramos que no se ha dado una respuesta

legal adecuada. Todas las regulaciones existentes en nuestro país al respecto de este recurso lo definen como lugar neutral en el conflicto de los usuarios. Debe considerarse que estos recursos informan periódicamente a los órganos derivantes, incluso a otros órganos que no son los derivantes, sobre la evolución de la relación y las visitas efectuadas, a fin de que todos estos órganos, judiciales o administrativos, adopten resoluciones que serán vitales en el devenir de la relación familiar. En algunos casos, serán determinantes incluso para considerar el mantenimiento del vínculo familiar.

Así, requisito necesario para el desarrollo de la intervención del PEF es que los usuarios conozcan y perciban de su neutralidad, de modo que si aquel la perdiese se vería imposibilitado de continuar la misma.

¿Cuál es, por tanto, el aspecto esencial que nos permite reconocer la neutralidad? A nadie escapa que para poder asentir con la neutralidad de un organismo debemos conocer su titularidad. Del mismo modo que parece evidente que un equipo de fútbol reconoce bien los campos de juego, y no tiene duda de cuando juega en casa y cuando lo hace en campo ajeno, el usuario debe tener la oportunidad de saber “donde juega”. Este aspecto, poco reflexionado, conduce en muchas ocasiones a que los usuarios se encuentren en campo ajeno sin saberlo. Ejemplo evidente de esta situación la podemos encontrar en los Puntos de Encuentro Familiar que son titularidad de la misma Administración que también es la titular en materia de protección. Cabe plantearse, aunque la respuesta no admite muchas dudas, si podemos considerar la objetividad de los Informes emitidos por estos recursos cuando existe un contencioso entre la administración y la familia biológica. ¿No está quebrado el principio fundamental de neutralidad que le es exigible al centro? ¿Está protegido suficientemente el interés del menor en este caso? Lo dicho, la respuesta es ociosa.

LA SUBSISTENCIA DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS EN EL CASO DE UN HIJO DISCAPACITADO MAYOR DE EDAD. COMENTARIO A LA STS NÚM. 372/2014, DE 7 DE JULIO (RJ 2014, 3540)

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. No son pocos los casos que hoy en día están llegando a nuestros tribunales, relativos a la modificación o extinción de determinadas medidas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, muy especialmente, las que afectan a la pensión alimenticia acordada a favor de los hijos comunes, ya sean éstos mayores o menores de edad.

La crisis económica que ya desde hace unos años viene sufriendo España está limitando de forma muy considerable los ingresos de las familias españolas, lo que puede afectar de manera significativa a aquellos padres a quienes se

les haya impuesto la obligación de satisfacer una pensión alimenticia a favor de sus hijos. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un padre, en paro y sin apenas recursos para subvenir a sus propias necesidades. Piénsese, además, que ese padre tiene varios hijos menores, a los que debe satisfacer una pensión de alimentos de, tirando por lo bajo, 200 euros mensuales. La situación, como se observa, no resulta nada alentadora.

Supuestos como el descrito están propiciando el incremento de solicitudes relativas a modificaciones o extinciones de pensiones de alimentos, con base en la incapacidad económica del alimentante, uno de los criterios que es tenido en cuenta a la hora de conceder una pensión de alimentos (evidentemente, no puede alguien cubrir las necesidades ajenas si no tiene, antes que nada, medios para cubrir las propias). Igualmente, la falta de medios sobrevenida constituye una causa de extinción de la obligación de alimentos (art. 152.I.2º CC).

2. La STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 3540), que es objeto de este comentario tiene su origen, precisamente, en una demanda de extinción de la pensión de alimentos a favor de dos hijos mayores de edad, solicitándose asimismo la extinción de la pensión compensatoria a favor de la ex mujer. La demanda formuló reconvención, interesando, no sólo el mantenimiento de las referidas pensiones, sino, además, un incremento en la pensión del hijo Avelino (de 27 años), quien, por su condición de discapacitado, habría padecido un incremento en sus necesidades. Necesidades que, según la madre, exigirían un incremento de 400 euros adicionales a los 521'22 mensuales que venía percibiendo.

Asimismo, solicita que el demandante reconvenido abone la mitad de los gastos extras de enfermedad y de tratamiento del citado hijo Avelino, no cubiertos por la Seguridad Social.

3. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas, al declarar extinguido el deber de abonar las pensiones de alimentos a los hijos mayores de edad, y subsistente el de satisfacer la pensión compensatoria establecida.

Contra dicha sentencia, tanto el demandante reconvenido como la demandada reconviniendo interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la Audiencia Provincial, confirmando así la sentencia de primera instancia en toda su integridad.

4. Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la demandada. El Supremo, en su argumentación, se centra en analizar la procedencia de la pensión de alimentos a favor del hijo discapacitado, obviando la de la otra hija que, como bien se intuye, entiende extinguida al igual que habían hecho las sentencias de instancia.

Así pues, respecto del hijo discapacitado Avelino, señala el Supremo que la petición de extinción de la pensión alimenticia había sido sostenida por el padre con base en el hecho de que Avelino “finalizó los estudios de BUP hace más de diez años, sin que haya realizado especialización alguna, encontrándose inscrito como demandante de empleo”. Alegación que fue contrariada en la contestación a la demanda, sosteniendo la madre, por el contrario, que el citado hijo padece un trastorno esquizofrénico paranoide, que le incapacita para cualquier tipo de trabajo, y que le hace absolutamente dependiente de ella, motivos por los cuales acaba interesando el incremento de 400 euros mensuales en la pensión alimenticia. Ambas partes convenían, con todo, en que Avelino sufre una discapacidad superior al 65%.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, continúa el Supremo, declararon extinguida la pensión alimenticia con apoyo en el hecho de que, con una discapacidad superior al 65%, Avelino goza de todos los requisitos especificados para acceder a una pensión no contributiva por invalidez, siendo dicha prestación suficiente para cubrir sus necesidades.

5. A la vista de lo anterior, la cuestión clave que hay que plantearse para resolver el recurso es: ¿impide a un hijo discapacitado mayor de edad continuar recibiendo la prestación alimenticia de su progenitor el hecho de haber acabado los estudios hace más de diez años y no tener empleo?

En línea de principio, la jurisprudencia menor ha sido muy estricta en la aplicación del art. 142.II CC, según el cual “Los alimentos comprenden

también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”. El precepto está contemplando el caso de los alimentos debidos a los hijos mayores de edad que estén cursando estudios superiores. No obstante, los alimentos se deberán únicamente cuando dichos estudios se cursen con provecho [así, la SAP A Coruña 26 marzo 2007 (Tol 1963566) supeditó la percepción de alimentos al hecho de que los hijos estudiantes “vengan manteniendo un razonable nivel de regularidad en el esfuerzo y en el resultado a través de él conseguido”], y no, en cambio, cuando se cursen con descuido y/o abandono.

A este respecto, diversas sentencias han declarado extinguida la pensión de alimentos por falta de provecho en el estudio, pudiéndose citar, entre otras, la SAP Vizcaya 16 junio 2004 (JUR 2004, 295911), que decretó la extinción de la pensión de alimentos a los hijos mayores de edad por el mantenimiento de una situación universitaria prolongada en el tiempo, y por constar que se habían incorporado al mercado laboral.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo hay que destacar la STS 1 marzo 2001 (Tol 25272), que denegó la percepción de una pensión de alimentos a dos hijas, licenciadas en Derecho y en Farmacia, porque “dos personas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad; no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un «parasitismo social»”.

Por tanto, como se observa, la prestación de alimentos a hijos mayores de edad puede cesar si no existe una causa que la justifique.

En cambio, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la pensión de alimentos a hijos menores de edad debe subsistir “de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios” [v. en este sentido las SSTs 5 octubre 1993 (Tol 1663192) y 24 octubre 2008 (Tol 1393347)]. Con todo, si los ingresos son suficientes y se pone de relieve el carácter innecesario de los alimentos, su prestación puede suspenderse temporalmente mientras dure la situación de autoabastecimiento del menor. A este respecto, la STS 24 octubre 2008 (Tol 1393347), que

acordó la suspensión temporal de la prestación de alimentos por parte del padre, al haber recibido la hija menor una beca de la Federación Española de Gimnasia que cubría sus gastos de alojamiento y manutención y le proporcionaba ingresos suficientes para atender a sus gastos personales, “convirtiendo en innecesaria para los mismos fines la prestación económica a cargo del padre en tanto subsista la situación de la menor”.

6. Del análisis de la jurisprudencia se deriva, prima facie, que el hijo mayor de edad que curse estudios con descuido o desinterés puede ver extinguida la pensión de alimentos que venía percibiendo. Sin embargo, tal afirmación debe ser matizada en un caso como el que nos ocupa, en el que el hijo mayor de edad es discapacitado. Tal discapacidad, superior al 65%, le impide llevar una vida normal y corriente, hasta el punto de requerir ayuda para realizar las actividades cotidianas.

Desde esta perspectiva, parece sensato equiparar la necesidad de alimentos de un hijo discapacitado (sea mayor o menor de edad) a la que tienen los hijos menores, que, por tener esta condición, es más amplia que la de los mayores de edad. Incluso, en determinados casos, será mayor la necesidad de alimentos de un discapacitado, al tener menos medios y recursos para proveerse alimentos por sí mismo que un menor de, por ejemplo, 16 años.

7. Al hilo de las consideraciones anteriores, el recurso de casación de la demandada se centra, precisamente, en desarticular el carácter de hijo mayor de edad del hijo discapacitado a los efectos de los arts. 142 y ss. CC, al considerar que un hijo con las características que presenta el suyo no puede verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes; es decir, no puede tener el mismo régimen que los alimentos a otro hijo mayor de edad o emancipado.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, analiza el recurso de casación, planteándose, principalmente, si procede la privación de los alimentos por el simple hecho de haber alcanzado el hijo la mayoría de edad y ser posible perceptor de una pensión no contributiva por invalidez por parte de la Seguridad Social, equiparando este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del art. 93 CC.

En este sentido, considera el Supremo que la obligación de alimentos “se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios”, y que “aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral. Y lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor”.

Para finalizar, abunda el Tribunal Supremo en que “La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención”.

Por todo ello, el Supremo decide estimar el recurso de casación y mantener la pensión alimenticia que venía percibiendo el hijo discapacitado, debiendo el padre afrontar asimismo el 50% de los gastos extras de sanidad y formación no cubiertos por la Seguridad Social.

Concluye el Supremo estableciendo como doctrina jurisprudencial la siguiente: la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.

Desde luego, la solución a la que llega el Supremo no puede menos que compartirse, pues la situación de discapacidad es perfectamente equiparable a la minoría de edad, siendo, en algunos casos, incluso superior la necesidad de alimentos de un hijo discapacitado (sea cual sea su edad) que la de un hijo menor.

Inciendiando más en la cuestión, no hay que olvidar que, como se ha puesto de manifiesto, la mayoría de edad únicamente conlleva la extinción de la pensión de alimentos en aquellos casos en que la necesidad persista por la propia conducta del alimentista. Desde esta perspectiva, no parece sensato concluir en este caso que es la propia conducta del hijo discapacitado la que hace que persista la necesidad, y ello desde una doble perspectiva.

Desde un primer punto de vista, porque no parece posible exigir que consiga un trabajo a quien no tiene los recursos suficientes como para desarrollar correctamente, por sí mismo, ni siquiera las actividades cotidianas más simples y comunes.

A ello, y ya desde un segundo prisma, hay que unirle el escenario de crisis económica en el que andamos inmersos, crisis que en mayor medida afecta, precisamente, a los más débiles, lo que implicaría que, aun cuando el hijo discapacitado pudiera desarrollar un trabajo y estuviera buscando activamente empleo en el mercado laboral, tuviera muy difícil la obtención de uno.

EL CONTROL SOBRE EL MERECIMIENTO DE TUTELA DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

GIOVANNI BERTI DE MARINIS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE
CAMERINO

1. Como resultado de las reflexiones realizadas por la doctrina científica, ha tenido lugar una reinterpretación del concepto de autonomía privada, que, si bien la sigue contemplando como un cauce para dar relevancia en el ámbito del Derecho al arbitrio individual de cada persona, no obstante, la sujeta a los principios esenciales que rigen en el ordenamiento jurídico.

De hecho, mientras que originariamente existía una tendencia a calificar todo ejercicio de la autonomía en la negociación como un poder omnímodo que el Derecho reconocía y garantizaba a los ciudadanos para determinar los efectos jurídicos en su propia esfera, hoy se reconoce generalmente la presencia de límites que condicionan el ejercicio de dicho poder. En esta evolución, la autonomía de la negociación, perdiendo su carácter absoluto, adquiere, con cada vez mayor consistencia, la apariencia de un instrumento que resulta legítimo, sólo en la medida en que sea idóneo para materializar los valores que caracterizan el sistema de Derecho interno expresado, particularmente, en las normas constitucionales.

Esto ha justificado, no sólo el surgimiento de numerosas normas técnicas que, con disposiciones específicas, han impuesto limitaciones a la autonomía contractual con el fin de reequilibrar posiciones jurídicas genéticamente desequilibradas (por ejemplo, las normas relativas a la protección del consumidor o del cliente de las entidades bancarias, de los intermediarios financieros o de las compañías aseguradoras), sino que también ha llevado a afirmar que las normas constitucionales pueden afectar directamente a la suerte de los actos de la autonomía privada (condicionando su eficacia).

Durante mucho tiempo, de hecho, se consideró que las disposiciones constitucionales en Italia no afectaban directamente a las relaciones entre particulares, sino que sus destinatarios eran, exclusivamente, los poderes públicos, limitándose a proporcionar al legislador herramientas interpretativas y límites, que no podía violar al promulgar normas ordinarias.

Recientemente, por el contrario, se ha observado que las disposiciones constitucionales son normas, en sentido estricto, a todos los efectos, aplicándose a todo hecho jurídicamente relevante (sea de la esfera pública o de la privada), con capacidad, pues, para influir en los efectos y en la validez del mismo.

La incidencia de esta evolución a nivel contractual es particularmente acusada en el control jurisdiccional de la causa de los contratos.

2. Sin embargo, antes de que veamos cómo este control se va a llevar a cabo, estimamos conveniente reconocer, aunque sea muy brevemente, cómo se ha desarrollado el propio concepto de causa del contrato en el ordenamiento jurídico italiano.

Actualmente, se entiende por causa del contrato la función económico-individual del mismo, desde el momento en el que se vincula la función del acto de autonomía contractual a los intereses concretos y recíprocos que, en cada caso, entren en juego. Esta concepción de la causa ha sustituido a la concepción precedente, que al calificar la causa como una función económica y social, abstraía el perfil funcional de la peculiaridad del negocio, para dar cabida a la verificación de la aplicación de intereses a un tipo de contrato abstracto.

Tal evolución tiene una relevancia determinante ya que, si se entiende la causa como función económico-individual, se incluirán en la valoración de

la misma todos los factores particulares del caso concreto. En términos de causalidad, será relevante, por tanto, aquellos elementos que a primera vista pudieran resultar totalmente ajenos al equilibrio funcional del contrato, como, por ejemplo, la naturaleza de los sujetos, las modalidades de contratación, la tipología de los bienes objeto del contrato y las características de los mismos.

Así reelaborado el concepto que nos ocupa, se deberá verificar en qué grado pueden incidir las normas constitucionales a nivel causal.

Desde esta perspectiva, en realidad, la causa se convierte en el objeto de un control que, en particular, requerirá que el intérprete verifique si los intereses concretos que entran en juego en una negociación específica (función económico-individual) son compatibles con los principios que emanan del ordenamiento jurídico.

Dicho control sobre la causa del contrato viene legitimado en el segundo párrafo del art. 1322 CC italiano, el cual señala que las partes pueden estipular contratos que no estén regulado en el mismo código (contratos atípicos), siempre que por medio de los mismos se persigan “intereses merecedores de tutela”.

La norma ha sido objeto de amplio debate por parte de la doctrina, puesto que, desde una visión tradicional, el control de meritoriedad de los actos de autonomía de negociación resultaba totalmente análogo al control de legalidad impuesto por el art. 1343 CC, según el cual la causa es ilícita, cuando sea contraria a normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres, resultando aquella expresión de las mismas exigencias que ésta tutela.

No obstante, un sector de la doctrina ha sostenido que estas dos formas de control no pueden ser consideradas completamente superponibles. Desde este punto de vista, mientras el control de legalidad se materializa, comprobando que el negocio no contraviene las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres (control negativo), el control sobre si causa es merecedora de tutela tiene por objeto verificar que el contrato esté acorde con los principios y valores de nuestro ordenamiento (control positivo)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo recientemente la jurisprudencia ha comenzado a aplicar, aunque de manera no uniforme, este tipo de control. Probablemente esto se debe a la dificultad con la que se encuentran los jueces para comprobar la conformidad de una concreta reglamentación contractual a

unos principios, que, por su propia naturaleza, son generales y, en su caso, extraer las radicales consecuencias que de ello pueden derivarse.

3. Sin embargo, la aplicación efectiva de esta idea, de control del “merecimiento” de tutela de la causa, es posible encontrarla en el sector de los mercados financieros. Dentro de este segmento económico, de hecho, es particularmente evidente el desequilibrio de las posiciones contractuales, que a menudo conducen al intermediario a preparar esquemas de negociación injusta y altamente perjudiciales para la parte más débil.

Podemos encontrar ejemplos significativos en los llamados contratos “4You”, los cuales, bajo la apariencia de una novedosa forma de ahorro, en realidad, ocultan unas negociaciones complejas con un ánimo especulativo y excesivamente desequilibrado en favor del agente financiero.

En virtud de este contrato, el inversor contrata un préstamo por una suma de dinero de la que el cliente no puede disponer, la cual será utilizada por el intermediario para adquirir productos financieros. El intermediario, por tanto, adquiere dos tipos de títulos: títulos de tipo fijo – que, como inversión de bajo riesgo, deberían asegurar una renta igual al importe de las cuotas debidas por la extinción del préstamo- y participaciones en fondos de inversión a alto riesgo, que constituyen el aspecto lucrativo de la inversión. Al mismo tiempo, sin embargo, el intermediario retiene los títulos adquiridos, constituyendo sobre los mismos una garantía pignoratícia del abono del préstamo que el cliente ha contratado, precisamente, para adquirir esos instrumentos financieros. Durante el término de vigencia del contrato (en el caso que examinaremos, treinta años) el cliente, no puede disponer de la suma concedida en concepto de préstamo, ni de las rentas garantizadas por los títulos adquiridos; y si quiere extinguirlo anticipadamente, no tendrá más “certeza” que la de obtener el importe del capital invertido. El intermediario, por el contrario, se beneficia, de inmediato, tanto por la concesión del préstamo, como por las comisiones sin soportar ningún tipo de riesgo económico.

Se trata, pues, de un contrato mixto que, a través de la combinación de varios negocios, constituye una figura negocial atípica autónoma y unitaria, cuyo merecimiento de tutela se debe verificar.

La cuestión fue abordada, entre otros, por el Tribunal de Nápoles, en sentencia de 22 de enero de 2013 (*Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 555), que,

analizando de manera específica los intereses que subyacen a la negociación en cuestión (función económico-individual del contrato) ha puesto de manifiesto el insubsanable desequilibrio de las posiciones negociales asumidas por las partes. La conformación del contrato, en realidad, tiene el efecto de desplazar todo el riesgo de la transacción al cliente, generando así una “aleatoriedad unilateral”, por lo que el negocio estipulado no es digno de tutela [en sentido contrario, sin embargo, el Tribunal de Santamaria Capua Vetere, en sentencia de 21 de noviembre de 2012 (*Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 555), considera el contrato válido y eficaz].

La solución adoptada por el Tribunal de Nápoles es de suma importancia, ya que el tipo de negocio del que el juez tiene conocimiento era acorde a todos los efectos con las normas imperativas del sector que regula los mercados financieros en Italia. Desde este punto de vista, por lo tanto, el contrato “4You” no contravenía las normas imperativas (juicio de legalidad), pero no contribuía a materializar los valores expresados a nivel constitucional, dado que sacrificaba el derecho al ahorro del cliente (art. 47 Const.) y frustraba la realización del principio constitucional de solidaridad previsto en el art. 2 Const., que debe materializarse de forma concreta incluso dentro de las reglas de negociación (juicio sobre el merecimiento de protección).

En tales circunstancias, por lo tanto, es evidente que el control sobre el “merecimiento” de tutela de la causa ha sido una herramienta adecuada para eliminar los efectos de un contrato que, a pesar de ajustarse a las normas ordinarias, estaba fuertemente desequilibrado y que, por tanto, afectaba a los intereses constitucionalmente relevantes de uno de los contratantes.

4. Del mismo modo, la jurisprudencia más sensible, ha valorado el control del “merecimiento” de tutela de las cláusulas contractuales en el ámbito del leasing. Como es sabido, esta figura negocial entra en juego frecuentemente para obtener el disfrute de bienes que se suelen utilizar en una actividad empresarial. Con esta finalidad, el “usuario” se dirige a la sociedad de leasing (“concedente”), para que, por cuenta de aquél, adquiera o encargue un bien a un “proveedor”. El concedente, por tanto, adquiere formalmente la propiedad del bien objeto del leasing del proveedor, quien, sin embargo, hace entrega del mismo al usuario, el cual adquiere su posesión y disfrute, obligándose frente al concedente (que anticipa el dinero necesario para adquirirlo) a pagar las cuotas acordadas.

A pesar de que aún está abierto el debate en la doctrina acerca de la causa del contrato de leasing, la misma parece inclinarse por considerarlo como un contrato con función de intercambio, y no como un contrato con función de financiación. El anticipo económico realizado por la sociedad de leasing para adquirir por cuenta del usuario el bien objeto del contrato resultaría, así, un mero instrumento para garantizar a aquél la posibilidad de gozar de él y de utilizarlo, previo pago de la respectiva cuota.

En este caso, el problema surge, porque, en la práctica, suelen insertarse en los modelos contractuales cláusulas que hacen recaer sobre el usuario el riesgo de falta de entrega o de entrega defectuosa del bien objeto del leasing. Por lo tanto, como consecuencia de estas cláusulas, el usuario que no recibe el bien del proveedor o lo recibe viciado – y, en consecuencia, inhábil para el uso esperado –, debe continuar pagando las cuotas del leasing al concedente (que, formalmente, es propietario), sin que, sin embargo, pueda ejercitar acciones contra el proveedor.

En realidad, el proveedor (que vende o produce el bien objeto del leasing) tiene una relación contractual sólo con el concedente (que formalmente es propietario del bien), y no con el usuario (que adquiere el disfrute del mismo a través del concedente). Desde esta perspectiva, el usuario no puede actuar directamente contra el proveedor para solicitarle la resolución del contrato por incumplimiento, pero, además, como consecuencia de las cláusulas de inversión del riesgo, tampoco puede dirigirse contra el concedente, por la falta de entrega o entrega defectuosa del bien.

Dado el evidente desequilibrio que estas cláusulas ocasionan, la Corte de Apelación de Milán, en su sentencia de 21 de diciembre de 1999 (*Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 322), ha tenido ocasión de controlar su validez, precisamente, desde el punto de vista del “merecimiento” de tutela de la causa del contrato, ya que sacrifican íntegramente el interés del usuario de disfrutar del bien, privándole de cualquier oportunidad real de reaccionar ante posibles incumplimientos [más recientemente, se inclina por la nulidad de dichas cláusulas, la Corte de Casación, en sentencia de 29 de septiembre de 2007, n. 20592 (*Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 356); en contra, sin embargo, Tribunal de Cagliari, en sentencia de 28 de junio de 2012 (en curso de publicación en *Rivista giuridica sarda*)].

Podemos deducir entonces que el control sobre el “merecimiento” de tutela de la causa, no conduce necesariamente a la nulidad de todo el contrato, sino que podrá determinar, exclusivamente, la invalidez de concretas cláusulas del

mismo, que habrán de ser invalidadas, con el fin reequilibrar el contenido negocial aplicando, también en este caso, el principio de solidaridad.

5. Desde esta nueva perspectiva, se puede observar claramente cómo los principios expresados en nuestro ordenamiento representan límites positivos, cuya finalidad es la de encauzar cualquier actividad jurídicamente relevante, que, para encontrar encaje en nuestro ordenamiento, deberá necesariamente ser un instrumento de materialización de los valores consagrados en el mismo.

En consecuencia, el control sobre el merecimiento de tutela de la causa, al verificar la adhesión de las manifestaciones de la autonomía privada a los principios constitucionales, sancionará no sólo aquellos contratos que se opongan a los valores fundamentales, sino también a todos los negocios en los que no se hayan aplicado los mismos y que impidan que el ordenamiento pueda discurrir por la senda trazada por las normas constitucionales.

Esto demuestra la importancia actual de un control judicial de la función económico-individual de los contratos, el cual, en un sistema jerárquicamente ordenado en cuya cúspide se encuentran las normas constitucionales, no puede limitarse al solo aspecto de la verificación de la legalidad de los actos de autonomía privada, sino que deberá ir más lejos, valorando la aptitud de los mismos para ser instrumentos de actuación de los valores del ordenamiento jurídico.

En la renovada jerarquía de las fuentes, los principios expresados en las normas constitucionales no pueden ser considerados, exclusivamente, como límites de actuación del legislador (que, al emanar normas ordinarias, deberá respetarlos), sino que habrá que reconocer que también se dirigen a las particulares, obligando a los ciudadanos a orientar su propia conducta hacia dichos principios en sus actos de autonomía privada.

Desde este punto de vista, el control sobre el “merecimiento” de tutela de los actos de autonomía negocial presenta – a pesar de las evidentes diferencias – puntos de contacto con el control de constitucionalidad de las normas ordinarias.

Cambia el órgano encargado de efectuar el control (Tribunal Constitucional para las leyes y Juez Ordinario para los actos de autonomía privada) y la naturaleza del acto sujeto al mismo (disposición válida “erga omnes” en las

leyes y actos con eficacia “inter partes” en los contratos), pero es común el parámetro normativo de referencia y la función de dicho control: que no existan disposiciones vinculantes que produzcan efectos que vayan a entrar en conflicto con los principios y valores que inspiran nuestro sistema normativo.

En consecuencia, si el contrato resulta contrario a las disposiciones constitucionales será nulo, debido a que su causa (entendida siempre como función económico-individual) carecerá de un requisito que en ella necesariamente debe concurrir, esto es, que la misma sea digna de tutela.

Parece entonces conveniente remarcar la evidente necesidad de un control de “licitud”, como de un control del “merecimiento” de tutela de la causa, de forma que se reconozca relevancia jurídica y eficacia concreta sólo a los actos de autonomía privada que efectivamente lo merezcan.

BREVE ESTUDIOS DE LOS REQUISITOS DE LA USUCAPIÓN, EN PARTICULAR, DE LA ORDINARIA

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. La usucapión puede ser ordinaria y extraordinaria: a) la ordinaria exige justo título y buena fe por parte del adquirente, valorándose, pues, su confianza en que el transmitente era propietario del bien y podía enajenarlo; b) la usucapión extraordinaria no requiere, ni justo título, ni buena fe, sino sólo la posesión continuada durante un plazo de tiempo, que es más largo que en el caso de la ordinaria. En este supuesto, se atiende, tan sólo, a la pura apariencia de titularidad del derecho real que deriva de la posesión.

Ahora bien, para que pueda tener lugar la usucapión, tanto ordinaria como extraordinaria, se ha de poseer en concepto de dueño, de manera pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 CC).

Examinemos, en primer lugar, cada uno de estos presupuestos comunes a ambos tipos de usucapión, para después examinar los de la ordinaria.

2. La adquisición por usucapión, como también confirma el art. 447 CC, requiere que se posea civilmente o en concepto de dueño, es decir, con intención de haber la cosa como propia (art. 430 CC), para cuya constatación, como recalca la STS 18 septiembre 2007 (Tol 1146791), ha de atenderse a

actos objetivos, a través de los cuales el poseedor se comporte socialmente como propietario o titular del derecho real de que se trate.

Por lo tanto, como observa la STS 18 octubre 1994 (Tol 1665555), para que pueda entenderse que existe posesión en concepto de dueño “no es suficiente la intención (aspecto subjetivo)” de quien la alega, sino que, como explica la STS 30 diciembre 1994 (Tol 1665247), la posesión que se invoca “ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico”, por lo que no es suficiente la simple tenencia material de la cosa, sino que a ella ha de añadirse el “plus dominical de actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios”.

La jurisprudencia ha considerado como una actuación inequívocamente dominical el hecho de edificar, cuando no se tiene un derecho de superficie sobre el suelo que se construye. Así, según la STS 22 septiembre 1984 (Tol 1738065), actúa en concepto de dueño, “mereciendo el trato público de tal”, quien, por más de 30 años, paga a su nombre la contribución territorial urbana, contribuye a la instalación de una red eléctrica, recibe una notificación administrativa de deslinde y edifica sobre la finca respecto a la que no tiene derecho de superficie.

Tratándose de situaciones de comunidad, el hecho de que uno de los partícipes cobre las rentas del bien común y pague la contribución territorial del mismo no autoriza a concluir necesariamente que posee en concepto de dueño la totalidad de aquél, pudiendo ser considerado dicho hecho como un mero acto de administración de la comunidad. Véase en este sentido STS 29 febrero 1992 (Tol 1661515). Naturalmente, un comunero puede adquirir por usucapión las cuotas del resto de los partícipes, pero, para ello, como observan la SSTS 15 diciembre 1993 (Tol 1656343) y 27 abril 2011 (Tol 2108650), se requiere que posea “en concepto de propiedad exclusiva”, y no en “concepto de mera copropiedad”, es decir, que en el tráfico jurídico actúe como único propietario del bien.

Tampoco la certificación catastral, según la jurisprudencia, puede ser, por sí misma, prueba de una posesión. La SSTS 2 diciembre 1998 (Tol 72866) y 26 mayo 2000 (Tol 1575) dicen, así, que “Si las certificaciones catastrales no prueban la propiedad, no pasan de ser meros indicios que necesitan conjugarse con otros medios probatorios [...] con más razón no pueden ser tampoco por sí mismas prueba de una posesión a título de dueño”.

En orden a la prueba de si se posee, o no, en concepto de dueño, habrá, sin duda, que tener en cuenta la razón por la cual se tiene la cosa. Por ello, en principio, hay que entender que no posee en tal concepto el mero precarista (esto, además, en virtud del art. 1942 CC) o administrador de la finca, así como tampoco el que la recibe en virtud de un contrato que no tenga finalidad traslativa del dominio, sino la cesión del uso de la misma (arrendamiento o aparcería) o una actividad de gestión (mandato). Lo mismo cabe decir, respecto del usufructuario, que pretende haber poseído en concepto de dueño los bienes respecto de los cuales el título constitutivo (comúnmente, testamento) sólo le atribuye facultades de uso y disfrute, perteneciendo su nuda propiedad a los herederos. Véase en este sentido STS 10 abril 1990 (Tol 1729900).

Cabe que, iniciada la posesión, por ejemplo, como arrendatario o mandatario, posteriormente, se comience a poseer como dueño: es lo que se denomina inversión (o interversión) de la posesión. Sin embargo, el art. 436 CC presume que “la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”, afirmando, en consecuencia, la jurisprudencia, por ejemplo, en STS 18 septiembre 2007 (Tol 1146791), que “no basta el mero cambio de intención en el poseedor para modificar el concepto en que se posee”, sino que la inversión del concepto posesorio “ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico”. Véase, así, SSTs 16 mayo 1983 (Tol 1738598), STS 11 junio 2012 (Tol 2572734) y STS 5 noviembre 2012 (Tol 2690091).

La STS 19 junio 1984 (Tol 1737548) afirma que “la recurrente que se ha probado que pasó a ocupar la casa discutida como parte de su retribución por los servicios domésticos prestados al propietario de aquélla, es decir, por mera tolerancia del dueño, no puede a su arbitrio cuando lo crea conveniente alterar su título posesorio ‘alieno domine’ en posesión en concepto de dueño apta para adquirir por usucapión”. Por el contrario, la STS 14 junio 2012 (Tol 2573053) consideró que hubo inversión de la posesión de una finca, cuya titularidad formal había sido transmitida por los padres a un hijo y a su cónyuge, mediante un contrato de compraventa simulado, habiéndose reconocido en un contradocumento que la propiedad material del inmueble correspondía a los progenitores. Sin embargo, lo cierto es que el hijo y su mujer, posteriormente, empezaron a comportarse como dueños con el consentimiento de los padres, “explotando el negocio existente, que estaba ubicado en la planta baja de la edificación, e instalando su domicilio en la planta superior, realizando más tarde obras para instalar un camping, que explotaron en exclusiva, así como importantes inversiones para establecer el

actual negocio de apartamentos. También, con conocimiento de los padres, gravaron la finca e, incluso, realizaron diversos intentos de enajenación”. En definitiva, “consolidaron la situación creada por la aparente transmisión”.

La jurisprudencia ha afirmado que la inversión de la posesión, exige que los actos realizados en concepto de dueño no permanezcan ocultos, pero no es necesario que se comuniquen o se dirijan al propietario y sean recibidos por éste.

En tal sentido se orienta la STS 28 noviembre 2008 (Tol 1413578), que admitió la usucapión extraordinaria a favor de una Hermandad, respecto de diez cuadros atribuidos a Valdés Leal y dos ángeles lampareros de Martínez Montañés, que había recibido como depositaria en el año 1955, por el Real Consejo de las Órdenes de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa, que, en el año 1997, reclamó su restitución, la cual le fue denegada. El TS valoró el hecho de que la Hermandad depositaria había realizado importantes obras para la restauración de las obras y se había comportado socialmente como su propietaria, prestándolas para numerosos actos culturales a entidades públicas y privadas, que trataban con ella, considerándola dueña de las mismas. Constató que dichos actos de cesión y préstamo habían adquirido notoria relevancia pública y se habían realizado sin oposición conocida de los propietarios.

La posesión de quien pretende adquirir por usucapión ha de ser pública, porque, sólo así, el titular del derecho de que se trate podrá tener conocimiento de la situación de hecho (la posesión ajena), cuyo carácter prolongado le perjudica.

La posesión, además, debe ser pacífica: la adquisición violenta no sirve para la usucapión, mientras no cese la situación de coacción física o de intimidación. Así mismo, dicho carácter pacífico ha de darse durante todo el tiempo en que se posea, carácter que se pierde si sobreviene la oposición del titular del derecho.

La STS 29 marzo 2010 (Tol 1848756) se mostró contraria a que el Estado hubiera podido adquirir por usucapión la propiedad de un inmueble incautado en 1937 a una filial del PNV, al ser ilegalizado dicho partido político, señalando que el cómputo del plazo para la misma sólo había empezado a correr desde la fecha de la publicación de la Constitución de 1978; y, además, porque “no puede aceptarse que la posesión material del inmueble por el Estado en virtud de su incautación fuese apta para adquirir por usucapión

pues se trató de una adquisición forzada y unilateral por su parte frente a la que no cabía oposición alguna y en consecuencia asimilable a la posesión adquirida de modo violento”.

3. Por último, la posesión ha de ser ininterrumpida durante el plazo establecido en la ley. La interrupción significa, no la mera paralización del plazo, sino el comienzo de un nuevo cómputo desde su inicio.

La usucapión puede interrumpirse natural y civilmente.

A tenor del art. 1944 CC, “Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año”. El precepto debe ponerse en relación con el art. 460.4 CC, que establece como causa de pérdida de la posesión la adquisición de ésta, por parte de otra persona, “aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”. De lo que resulta que la posesión del titular, cuando le ha sido arrebatada con violencia, no se interrumpe hasta pasado un año, a contar desde el despojo, plazo durante el cual puede ejercitar la acción de recobrar la posesión.

Conforme al art. 1945 CC, “La interrupción civil se produce por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente”, a no ser que fuere nula por falta de solemnidades legales, el actor desistiere de la demanda o dejare caducar la instancia, o el poseedor fuere absuelto de la demanda (art. 1946 CC). Así pues, tal y como constatan las SSTs 20 septiembre 1984 (Tol 1738245) y 8 junio 1987 (Tol 1736720), a diferencia de lo que ocurre con la prescripción extintiva, para interrumpir la usucapión, no basta una mera reclamación extrajudicial.

La STS 28 septiembre 2012 (Tol 2690649) observa que la interrupción civil requiere que “se entable una acción plenamente contradictoria con la posesión que está llevando a cabo” quien pretende adquirirla por usucapión. Aquí, más que de interrupción de la posesión, habría que hablar de interrupción de la usucapión, porque la persona a la que se le hace la citación sigue poseyendo.

A tenor del art. 1947 CC, “También se produce interrupción civil por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada”.

Por último, dice el art. 1948 CC que “Cualquier acto de reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciese del derecho del dueño interrumpe, así mismo, la posesión”. La STS 5 marzo 1991 (Tol 1726776), corrigiendo el tenor del precepto, afirma que “hay que entender que lo interrumpido por el reconocimiento no es la posesión, sino la usucapión”.

4. La usucapión ordinaria, además de los requisitos expuestos (que son predicables respecto de todo tipo de prescripción extintiva), requiere el justo título y la buena fe (art. 1940 CC), los cuales, en cambio, no son exigibles para adquirir por usucapión extraordinaria (razón, por la que esta última exige plazos de posesión más largos).

Según el art. 1952 CC, se entiende por justo título “el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”. Lógicamente, no puede considerarse como justo título para la usucapión ordinaria una situación de mera tolerancia de la posesión por parte del dueño. La STS 7 de marzo 2011 (Tol 2061870) estimó la acción reivindicatoria ejercitada por una comunidad de propietarios contra un vecino, que indebidamente ocupaba una superficie de terreno existente frente a su local, utilizándola como terraza de bar, colocando en ella sillas, mesas y sombrillas. Afirma, así, que no “es posible computar el plazo para hacer efectivo su derecho por usucapión durante diez años en concepto de dueño, con buena fe y justo título, cuando se disfruta por la mera tolerancia de la Comunidad de Propietarios”.

Por lo tanto, se trata de un negocio jurídico que, objetivamente, hubiera servido para transmitir la propiedad o constituir el derecho real, si quien realiza el acto de disposición hubiere sido el propietario de la cosa que se vende o sobre la cual se constituye el gravamen. La STS 29 octubre 2007 (Tol 1174754) explica que “El justo título requiere simplemente la aptitud en abstracto para haber producido la adquisición de propiedad u otro real, si bien en el caso concreto no la hubiera producido por cualquier causa externa a él”. La falta de legitimación para disponer del transmitente es, en efecto, una causa externa al título.

Puede tratarse de un testamento o de un contrato con finalidad traslativa del dominio, como es la compraventa, la adjudicación en pública subasta, la donación, la transacción o la dación en pago; pero no, lógicamente un contrato con finalidad distinta, por ejemplo, la cesión del uso de un bien, como es el caso del arrendamiento o del comodato. Así pues, la función de la

usucapión ordinaria es subsanar la falta de titularidad del transmitente, posibilitando que el negocio jurídico otorgado por quien no tiene poder de disposición sobre la cosa, con el transcurso del tiempo, dé lugar a la adquisición (“a non domino”) del derecho real. Como observa la STS 28 diciembre 2001 (Tol 130718), “precisamente, ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción”.

El justo título, según el art. 1953 CC, ha de ser verdadero y válido, debiéndose probar por quien lo alega (art. 1954 CC). La exigencia de que sea verdadero excluye el contrato meramente simulado, absoluta o relativamente, como, por ejemplo, según constata la STS 20 octubre 1992 (Tol 1654973), las donaciones encubiertas bajo la apariencia de un contrato de compraventa con precio ficticio. La exigencia de que sea válido excluye los contratos nulos, por ejemplo, según observa la STS 25 enero 2007 (Tol 1040245), las donaciones de bienes inmuebles que no figuren en escritura pública.

La STS 28 mayo 1996 (Tol 217631) precisa que “el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo, no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio [...] sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir si se dan todos los requisitos legales”. En el caso litigioso, se había simulado una compraventa con precio ficticio, que comprendía la totalidad de los bienes del falso vendedor, con el fin de defraudar los derechos hereditarios de sus legitimarios, con quienes mantenía malas relaciones. Este contrato, al ser nulo y absolutamente simulado, no podía ser considerado justo título, pero sí las posteriores compraventas (contratos válidos y reales), celebradas por el titular aparente de los bienes con terceros de buena fe, quienes adquirieron la propiedad de los mismos por usucapión ordinaria.

En cambio, los contratos anulables (y, con mayor razón, los susceptibles de rescisión o resolución), sí son justo título, por lo que sirven para la usucapión. V. en este sentido SSTs 5 marzo 1991 (Tol 1726776), 22 julio 1997 (Tol 215184), 17 julio 1999 (RAJ 1999, 6771) y 28 diciembre 2001 (Tol 130718). La STS 27 octubre 2004 (Tol 513430) consideró, así, justo título, una escritura de partición en la que se adjudicaba un negocio de pastelería a la esposa del causante, que, por error, se había calificado como ganancial, cuando, en realidad, era privativo del marido. Constató, así, que, al ser dicha escritura anulable por error en el consentimiento, la viuda había poseído con justo título.

No obstante, hay que recordar que la función de la usucapión es subsanar la falta de legitimación del disponente, por lo que no convierte en válido el contrato que no lo es; en consecuencia, no puede ser invocada para paralizar la demanda de anulación, presentada dentro de plazo por la persona legitimada para ello, la cual, si es estimada, dará lugar a la restitución recíproca de las prestaciones ejecutadas.

A lo expuesto hay que añadir, que la jurisprudencia, expresada, entre otras, en SSTs 3 julio 1981 (Tol 1739575), 7 febrero 1985 (Tol 1735899) y 14 mayo 2004 (Tol 434222), exige la “perfecta identidad entre el bien poseído que se pretende adquirir por prescripción y el que refiere la escritura, toda vez que la usucapión sólo debe operar sobre lo que el título que se invoca comprende”. Por ello, la STS 8 mayo 1993 (Tol 1662902) afirma que “el título adquisitivo aportado lo es respecto a la superficie que refleja y no justifica en forma alguna el exceso de la misma”.

5. A tenor del art. 1950 CC, “La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”. Se trata, pues, de una concreción en materia de usucapión de lo previsto en el art. 433 CC.

A los efectos de la usucapión, por remisión del art. 1951 CC, rige la presunción del art. 434 CC, conforme al cual “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”. La STS 31 enero 1975 (RAJ 1975, 269) se refiere a “la exigencia jurisprudencial de que la ausencia de buena fe se pruebe de un modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas”.

La buena fe, que, según observa la STS 28 diciembre 2001 (Tol 130718), es un concepto jurídico, cuya valoración puede ser revisada en casación, ha de persistir durante todo el período de posesión, perdiendo tal carácter, desde el momento en que existan actos que acrediten que no se ignora que se está poseyendo indebidamente (art. 435 CC), por ejemplo, cuando se sabe que el dominio estaba inscrito a nombre de otra persona, distinta del transmitente. Véase en este sentido STS 28 marzo 1961 (RAJ 1961, 1798).

Quien sucede en la posesión a otra persona no ha de considerarse que tenga mala fe, por el mero hecho de que la tuviera aquélla, sino que, conforme a la regla general del art. 434 CC, se presume su buena fe, pero sólo, desde la fecha de la muerte de su causante (art. 442 CC).

6. El último de los requisitos de la usucapión ordinaria es la posesión durante 3 años, si lo que se pretende adquirir son bienes muebles (1955. I CC), o de 10 años, si se trata de derechos reales inmobiliarios, plazo que se amplía a 20 años, cuando el titular perjudicado esté ausente (art. 1957 CC), es decir, resida en el extranjero o ultramar (art. 1958.I CC). El precepto matiza, en su párrafo segundo, que “Si parte del tiempo estuvo presente y ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente”; añadiendo, en su párrafo tercero, que “La ausencia que no fuera de un año entero y continuo, no se tomará en cuenta para el cómputo”.

Los plazos son más largos en la usucapión extraordinaria, dado que ésta no exige, ni buena fe, ni justo título, sino, exclusivamente, el mero transcurso del tiempo. Así, a tenor del artículo 1955, II CC, “También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición”. Conforme al 1959 CC, “Se prescriben también el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539”.

La jurisprudencia tiene declarado que “para hacer el cómputo del plazo es indispensable que no existan dudas sobre la fecha inicial de la posesión”. Véase en este sentido SSTs 5 noviembre 1973 (RAJ 1973, 4066), 20 diciembre 1985 (Tol 1736260) y 24 enero 1992 (Tol 1661440).

Al objeto de realizar dicho cómputo existen una serie de criterios legales:

a) “El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante” (art. 1960.1º CC). El precepto presupone que, tanto en la posesión del causante, como en la de su sucesor (que puede serlo a título universal o particular), concurren los requisitos necesarios para la usucapión. Por ello, la STS 16 noviembre 1999 (RAJ 1999, 8612) negó que pudiera tenerse en cuenta el tiempo de posesión del causante de las demandadas, porque la misma no había sido en concepto de dueño.

b) “Se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario” (art. 1960.2º CC). Naturalmente, como constata la STS 22

diciembre 1987 (Tol 1738367), la presunción tiene carácter “iuris tantum”, por lo que admite prueba en contrario.

c) “El día en que comienza a contarse el tiempo se tiene por entero; pero el último debe cumplirse en su totalidad” (art. 1960.3º CC). El plazo para la usucapión es civil, por lo que en el cómputo hay que incluir los días inhábiles (art. 5.2 CC).

LA DIVISIÓN DE BIENES: REQUISITOS JURISPRUDENCIALES

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. El art. 400.I CC afirma que “Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad” y, en consecuencia, que “Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”.

La STS 4 octubre 2006 (Tol 1014532) precisa que el hecho de que haya varios bienes en indivisión, no impide que se pueda pedir la división, solamente, respecto de alguno de ellos. Ahora bien, lo que no cabe es pedir, exclusivamente, la división de una parte del bien, ya que, en este caso, la situación de comunidad sobre dicho bien se perpetuaría. Lógicamente, como explica la STS 2 julio 1994 (Tol 1665126), si se pretende la disolución de la entera comunidad, no es preciso el ejercicio separado de la acción en relación con cada bien, sino que procede la acumulación de todas ellas en un mismo procedimiento.

La STS 15 junio 2011 (Tol 2152534) observa, además, que la estimación de la demanda por la que uno de los comuneros pide la división de la cosa común debe subordinarse a la certidumbre sobre la copropiedad de la finca a favor de las partes en el proceso. Concretamente, desestimó la demanda, porque la finca estaba también inscrita a nombre de un tercero, que la había adquirido en virtud de una compraventa.

2. El art. 400.I responde a los esquemas de la comunidad romana, en la que se basa la regulación de nuestro CC, que se caracteriza, porque en ella a cada comunero corresponde una cuota ideal sobre cada uno de los bienes sobre los que existe la titularidad conjunta, la cual es una expresión aritmética de la medida de su concurrencia en el todo. Cada partícipe tiene la propiedad exclusiva de su cuota, pudiendo, en consecuencia, enajenarla a un tercero o gravarla, mediante la constitución de un derecho real limitado sobre la misma, como el usufructo o la hipoteca.

El comunero puede, además, pedir la división de la cosa común, en cualquier momento, mediante el ejercicio de la “*actio communi dividundur*”, que, como, entre otras, recuerdan las SSTS 15 junio 2012 (Tol 2567088) y STS 17 julio 2012 (Tol 2660106), es imprescriptible (art. 1965 CC) e irrenunciable. La STS 19 octubre 2012 (Tol 2666526) observa, así, que la “facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y debe entenderse subsistente mientras dure aquella”.

Este tipo de organización responde a una concepción individualista, que ve en la comunidad una forma negativa de utilización de los bienes, por lo que la contempla como una situación transitoria, que debe resolverse en la atribución a cada comunero de la propiedad exclusiva de los bienes que en función de su cuota le corresponda tras la división.

Contrasta con la llamada comunidad germana o en mano común la cual se caracteriza porque en ella no hay cuotas ideales sobre los bienes, por lo que los comuneros no pueden disponer de su participación en ellos; y tampoco pedir la división de la misma. Este tipo de organización, que ve en la comunidad una forma adecuada de utilización de los bienes, responde a una concepción colectivista de la propiedad. El CC, según he dicho, sigue el modelo de la comunidad romana, reconociendo a cada comunero la plena propiedad de su cuota y el derecho a enajenarla o gravarla (art. 399 CC), así como el de pedir la división de la cosa en cualquier momento, salvo en los casos de indivisibilidad pactada o legal (art. 400 CC).

Sin embargo, en nuestro Derecho hay comunidades de tipo germano. El ejemplo más característico lo constituyen los aprovechamientos comunales de pastos y leñas y los montes vecinales en mano común, en los que la condición de comunero se tiene por razón de ser vecino de un municipio, sin

atribución de cuotas, y no es transmisible a otras personas, sin que, además, ninguno de los comuneros pueda pedir la división de la cosa común.

La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, en su art. 2.1, dice, así, que “los montes vecinales en mano común son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables”. La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en su art. 2.1, mantiene la legislación específica de los montes vecinales en mano común, afirmando el art. 11.4 de la misma que tienen “naturaleza especial derivada de su propiedad en común, sujeta a las limitaciones de indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad”.

Se suele citar también como caso de comunidad germana la sociedad de gananciales, ya que, durante su vigencia, ninguno de los cónyuges puede disponer de su cuota y sólo al ponerse fin a la misma se les adjudica, bien a ellos, bien a sus herederos, el 50 % del valor de los bienes gananciales.

3. La posibilidad de pedir la división de la cosa común, característica de las comunidades de tipo romano, tiene, sin embargo, sus límites:

a) En primer lugar, la buena fe. El art. 400.I CC dice que cada comunero puede pedir la división en “cualquier tiempo”. Sin embargo, parece que esta facultad deberá ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, en particular, cuando se constituya una comunidad de bienes con carácter voluntario para desarrollar una actividad económica, por ejemplo, si se adquiere un local para instalar un restaurante, no parece conforme a la buena fe que uno de los comuneros pueda exigir en cualquier momento la división de manera arbitraria.

b) En segundo lugar, la división se supedita, además, a que no exista pacto en contrario, el cual no podrá superar los diez años (art. 400.II CC), límite que también se aplica a las prórrogas que posteriormente pudieran pactarse. Si lo superara, el pacto de indivisión sería nulo, pero solamente en cuanto al exceso, por aplicación de la doctrina de la nulidad parcial del negocio jurídico. Parece, sin embargo, que aun habiendo pacto de indivisión, ésta podría pedirse si concurre justo motivo para ello.

La STS 23 julio 2002 (Tol 203018) distingue entre el pacto de indivisión y el de división condicionada, en este caso, al hecho de que no se concediese licencia municipal para construir en el solar común o a que, concedida la licencia, no se optara por proceder a la construcción en el plazo de un año.

c) En tercer lugar, la división tiene, lógicamente, como límite la indivisibilidad material de la cosa, teniendo en cuenta que, cuando la comunidad recaiga sobre varios bienes, la indivisibilidad debe valorarse, teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno de ellos, dado que en la comunidad romana los partícipes tienen cuotas sobre cada uno de los bienes de titularidad conjunta. Por lo tanto, si se trata de dos pisos, uno de ellos no puede imponer al otro una división, consistente en adjudicarse cada uno un piso, compensando en metálico a quien se le adjudique la vivienda de menor valor. Así lo constata la STS 19 octubre 2012 (Tol 2666526), la cual afirma que, al ponerse fin a la indivisión, cada comunero “tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, como pretende la recurrente, a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio entre los condueños”.

Dice el art. 404 CC que “Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible [por ejemplo, una vivienda, un vehículo o una nave industrial] y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio” (lógicamente, en proporción a sus respectivas cuotas). La STS 10 enero 2008 (Tol 1235308) afirma que, si se ha pedido la división material de la cosa y la misma es imposible, el juez puede acordar la venta en pública subasta, sin incurrir en incongruencia.

En ocasiones, la imposibilidad de división viene establecida por leyes especiales, para evitar, por ejemplo, la dispersión de la propiedad rústica (respeto de la unidad mínima de cultivo) o por la legislación del suelo, por razones urbanísticas. Véase a este respecto SSTs 23 septiembre 1994 (Tol 1665548), 15 diciembre 2009 (Tol 1768868) y 11 de abril 2011 (Tol 2093577).

La STS 30 abril 2009 (Tol 1956519) considera indivisible un conjunto monumental histórico-artístico formado por una iglesia, instalaciones conventuales domésticas y un claustro. Afirma que “el ordenamiento jurídico parte, en principio, del carácter indivisible de los Bienes de Interés Cultural dada su integración en un conjunto administrativo calificado y protegido

como tal, siendo así que cualquier obra de división material afectaría indudablemente de modo negativo al conjunto”. Deduce tal principio del art. 19 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, conforme al cual “En los monumentos declarados bienes de interés cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los organismos competentes”.

La acción de división no procederá, obviamente, para hacer cesar una situación de propiedad horizontal (art. 4 LPH). La STS 28 mayo 2009 (Tol 1547701) observa que esta prescripción rige también, por aplicación del art. 2 LPH, para las comunidades, que, de hecho, funcionen como una propiedad horizontal, aunque no se haya otorgado título constitutivo, lo que es aplicable, no sólo respecto de bloques de pisos, sino también respecto de las urbanizaciones. Concretamente, afirma que no cabe pedir la división de los viales o terrenos puestos al servicio del conjunto, como las instalaciones recreativas o deportivas.

d) En cuarto lugar, la indivisibilidad puede ser, no sólo material o esencial, sino también funcional, es decir, motivada por criterios económicos (a este tipo de indivisibilidad la jurisprudencia suele denominarla “indivisibilidad jurídica”).

En este sentido, el art. 401.I CC, afirma que “los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina”. Según la jurisprudencia, expresada, entre otras, en SSTs 22 enero 2013 (Tol 3006992) y 19 julio 2013 (Tol 3853679), hay también indivisibilidad funcional cuando la cosa desmerezca mucho por la división.

La STS 10 mayo 1990 (Tol 1729883) constata “el desmerecimiento grave que experimentaría la cosa a dividir, una casa de labranza aunque sita en un núcleo urbano integrada por las dependencias destinadas a vivienda de sus moradores y por otra serie de dependencias (cochera, corral, pajar y cuadra) propias de un inmueble habitado por personas dedicadas a la agricultura en una zona agrícola, pues al quedar separadas estas dependencias de los espacios dedicados a vivienda se producirá el consiguiente demérito del conjunto constitutivo de una unidad orgánica atendido el destino que siempre ha tenido”.

La STS 8 marzo 2013 (Tol 3249200) consideró también indivisible, desde un punto de vista funcional, una pequeña isla, situada al norte de Formentera, dedicada desde hacía ochenta años al esparcimiento y recreo de sus dueños, respecto de la cual existía una oferta de compra de 30.050.000 euros. Hace suya, la declaración del perito de que “quien está dispuesto a pagar una cantidad tan grande por una isla lo hace en razón a un valor añadido cual es la exclusividad y la privacidad, que desaparece si se divide, admitiendo la dificultad de alcanzar la cantidad ofertada en caso de división, por lo que el detrimento económico que se produciría en la finca por su división y adjudicación parcial a los condóminos afectaría sin duda a su valor en venta, y obvio es que ello comporta una suerte de indivisibilidad jurídica”.

En estos casos, a falta de acuerdo de los partícipes, deberá procederse, pues, a la venta de la cosa común. La STS 22 febrero 2013 (Tol 3239793) observa que “declarada la indivisibilidad y la necesidad de la venta en pública subasta con admisión de terceros licitadores, no pueden admitirse condicionamientos para la subasta acordados por una parte de los condóminos sin presencia de los restantes, y particularmente la fijación de un precio de venta que, en caso de ser cubierto por cualquiera de ellos, excluiría la celebración de la subasta, pues tal fijación puede ser perjudicial para la comunidad al impedir la eventual obtención de un precio mayor; de modo que, a falta de acuerdo unánime, es necesario que la subasta se celebre sin limitación alguna pudiendo concurrir a ella los condóminos junto con los terceros con el fin de poder lograr la obtención del precio más alto que sea posible”.

4. A tenor del art. 401.II CC, “Si se tratare de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396”.

No obstante, la jurisprudencia condiciona el éxito de esta petición de división horizontal, que el precepto quiere promover, a que la misma sea posible desde un punto de vista estructural o arquitectónico, es decir, a que las características del edificio permitan, no sólo la adjudicación de pisos o locales independientes con salidas a elementos comunes o vía pública, sino también a que esto no suponga la necesidad de realizar obras importantes y caras, que deberán ser pagadas por todos los partícipes. Véase, así, entre otras, SSTs 13 julio 2007 (Tol 1116444) y 10 enero 2008 (Tol 1235308).

La STS 30 junio 1993 (Tol 1663147) consideró infundada la petición de división de propiedad horizontal de un edificio perteneciente a cinco comuneros, hecho por uno de ellos, porque ello implicaba realizar “costos de gran envergadura” (32.000 pesetas por metro cuadrado y “obras de enorme importancia”, “que significan un cambio total, conceptual y físico del inmueble”, entendiendo el TS que “más que dividir un inmueble divisible se está ante el deseo de construir uno distinto para dar satisfacción a uno de los comuneros, sin que sea momento ni necesario aludir a las enormes dificultades de llevar a cabo ese proyecto imponiendo a todos la inversión”.

Así mismo, se considera posible la oposición a la petición de división en régimen de propiedad horizontal, cuando, por razón de la gran desigualdad de las cuotas, la posibilidad de adjudicar pisos o locales a cada comunero suponga la necesidad de realizar elevadas compensaciones en metálico. La STS 26 septiembre 1990 (Tol 1730721) desestimó la petición de división de propiedad horizontal de un edificio perteneciente a nueve copropietarios, que tenían participaciones de porcentajes muy distintos (3,707 %, 14,814 % ó 12,036 %, según los casos). En el edificio, de ocho plantas, había once viviendas, dos locales comerciales, una vivienda para el portero y doce cuartos trasteros. El TS afirmó “la imposibilidad práctica de adjudicar un piso o local independiente en propiedad a cada uno de los nueve condueños, pues dado el distinto valor de cada pieza y el diferente porcentaje que detentaban, ello sólo podía efectuarse a base de importantes compensaciones en metálico”.

5. Por la división se extingue la comunidad y se atribuye a cada comunero la propiedad exclusiva de los bienes a él atribuidos. La división produce sus efectos respecto de los comuneros y sus herederos. Sin embargo, no perjudica a terceros titulares de derechos reales o personales sobre la cosa. Por ello, no es necesario demandarlos en el juicio de división. Véase a este respecto SSTs 28 octubre 1994 (Tol 1656865) y 6 junio 1997 (Tol 215180).

El art. 405 CC dice, en efecto, que “La división de una cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad”.

El precepto, como es obvio, se aplica no sólo cuando la división se realiza mediante asignación material de partes de la cosa común a los partícipes, sino

también, cuando, al ser indivisible el bien, hay que venderlo en pública subasta y repartir el precio entre aquéllos. Por eso, como resolvió la STS 22 febrero 2012 (Tol 2480908), si el bien común subastado está hipotecado, el adjudicatario deberá soportar la hipoteca.

Entre los otros derechos reales de los que habla el precepto se halla el usufructo, aunque sea sólo de una cuota de la finca en común, el cual subsistirá sobre la parte que se adjudique al condueño; igualmente permanece el derecho al uso de la vivienda común atribuido a uno de los cónyuges tras el divorcio, que no se extingue por la venta de aquélla, tal y como constatan SSTS 27 diciembre 1999 (Tol 170918) y 27 febrero 2012 (Tol 2468857).

La división no extingue tampoco los derechos personales, como el arrendamiento de la cosa común; no provoca la cancelación del embargo que sujeta la finca al pago de la deuda que lo produjo, según constata STS 13 junio 1994 (Tol 1656651), ni puede perjudicar a los acreedores en cuyo favor se haya pactado una reserva de dominio, tal y como expone la STS 28 octubre 1994 (Tol 1656865).

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA USUCAPIÓN “SECUNDUM” Y “CONTRA TABULAS”. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO), DE 21 DE ENERO DE 2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. De repente, la usucapión ha suscitado un interés inusitado en la doctrina y, más concretamente, la que tiene lugar “contra tabulas”. Llama la atención que una institución tan antigua y estudiada por nuestros clásicos, a la par que tan poco entendida por los prácticos del Derecho, se halla puesto de moda, aunque, con toda seguridad, de manera pasajera.

La razón de esta imprevisto interés se halla en una reciente STS (Pleno) 21 enero 2014 (Tol 4102054), la cual constata algo evidente, esto es, que el art. 36 LH derogó, en su día, el art. 1949 CC. Esta declaración judicial parece que llega tarde, pero, en realidad, no hace sino constatar algo, desde mi punto de vista, muy claro, por más que la presencia escrita del art. 1949 en nuestro venerable CC resultara “chocante” y “perturbadora”.

Esto sentado, voy a realizar unas breves reflexiones, tratando de clarificar conceptos sobre las que algunos consideran “misteriosas” formas de usucapión, la “secundum” y “contra tabulas”.

2. La usucapión se regula en el Título XVIII del Libro IV del CC, cuyo capítulo primero contiene disposiciones generales para todo tipo de prescripción, refiriéndose, específicamente, el capítulo segundo de dicho Título a la prescripción adquisitiva o usucapión.

La regulación conjunta de la prescripción adquisitiva y extintiva se justifica porque ambas suponen el reconocimiento de efectos jurídicos a una mera situación de hecho: la inactividad del titular del derecho, en el caso de la extintiva, o la actividad de quien, sin serlo, se comporta como tal, en el caso de la usucapión.

Además, la usucapión puede provocar la pérdida del derecho del titular antes del transcurso del plazo establecido para la prescripción extintiva, cuando éste sea mayor que el de aquélla, lo que es posible que ocurra en la usucapión ordinaria de bienes muebles o inmuebles, cuyo plazo es de 3 y 10 (ó 20, entre ausentes) años, respectivamente, frente a los de 6 y 30 años de la prescripción extintiva. A esto es a lo que se refiere el art 1962 CC cuando dice que “Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio conforme al artículo 1955” (esto es, por la posesión, con justo título y buena fe, durante 3 años).

Es también, por ello, que la STS 6 marzo 1991 (Tol 1728144) afirma que la usucapión “lleva ínsita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro”, considerando “una y otra prescripción, así contempladas, vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico”, en el sentido “de que no puede haber usucapión sin prescripción extintiva del derecho, ya que ejercitado éste, aquélla no se produce, implicando que si se alega la prescripción adquisitiva se está alegando, a su vez, la extintiva, siquiera pueda cuestionarse el fenómeno inverso”.

La usucapión es un modo originario de adquirir derechos reales derivado del mero hecho de poseer, en concepto de dueño, de manera pública, pacífica e

ininterrumpida durante los plazos de tiempo previstos por la ley. Es un modo originario, porque el dominio o derecho real se adquiere siempre por efecto de la posesión: en la usucapión ordinaria, el justo título no determina la adquisición, porque en ella no se adquiere del titular real, sino frente a él y a su pesar.

La usucapión puede ser ordinaria y extraordinaria: a) la ordinaria exige justo título y buena fe por parte del adquirente, valorándose, pues, su confianza en que el transmitente era propietario del bien y podía enajenarlo; b) la extraordinaria no requiere, ni justo título, ni buena fe, sino sólo la posesión continuada durante un plazo de tiempo, que es más largo que en el caso de la ordinaria. En este supuesto, se atiende, tan sólo, a la pura apariencia de titularidad del derecho real que deriva de la posesión.

3. La usucapión, como observa la STS 11 junio 1960 (RAJ 1960, 2091), no tiene un fundamento subjetivo, como pudiera ser la sanción a la negligencia del titular que no ejercita su derecho, ni tampoco la presunción de abandono de aquél, ya que la misma produce sus efectos en perjuicio de menores e incapacitados. Ello no impide que estos últimos puedan dirigirse contra sus representantes legales, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, cuando su negligencia hubiera sido la causa de la pérdida de su derecho (art. 1932 CC).

El fundamento de la usucapión es objetivo, hallándose su explicación, según enseña la STS 6 marzo 1991 (Tol 1728144), en la necesidad de seguridad jurídica en la titularidad de los derechos reales, provocando la consolidación de las situaciones de hecho no contradichas durante cierto tiempo, “en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege”.

Es, además, una manera de resolver los conflictos, entre los titulares reales y aparentes de los derechos, en favor de quien posee el bien sobre que aquéllos recaen y en perjuicio de quien no lo explota, lo que, sin duda, constituye una opción que protege la utilización productiva del bien, en la cual existe un evidente interés social. La STS 27 febrero 1964 (RAJ 1964, 1152) se refiere, así, a la usucapión, como una “institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica”. Téngase en cuenta, no obstante, que, a tenor del art. 1.956 CC, “Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por quienes las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no

haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta”.

4. Al tratar de las relaciones entre el Registro de la Propiedad y la prescripción adquisitiva, se distingue entre la usucapión “secundum tabulas” y la usucapión “contra tabulas”, según que la misma juegue en favor (la primera) o en contra (la segunda) del titular registral del derecho real de cuya prescripción se trate.

La usucapión “secundum tabulas” significa que el titular de un derecho inscrito se beneficia de la presunción de que posee con justo título, “pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa” (art. 35 LH).

La STS 18 junio 1992 (Tol 1659960) explica que en nuestro Derecho hipotecario, la inscripción, por regla general, tiene carácter declarativo, “el hecho de aparecer registralmente inscrita a nombre de otra persona la propiedad, no envuelve justo título para usucapir, existiendo tan sólo una presunción ‘juris tantum’ a su favor, que cede al producirse una colisión entre la situación real y la registral, por la prueba en contrario”.

La finalidad del art. 35 LH es, pues, como afirma la STS 18 febrero 1987 (Tol 1736397) facilitar la prueba de la posesión, así como la concurrencia de los demás requisitos necesarios para la usucapión ordinaria a la persona, a cuyo nombre figura inscrito un derecho en el Registro.

Obviamente, la presunción del art. 35 LH sólo será útil, cuando el titular registral no sea un tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH, porque, si lo es (por haber adquirido el derecho real inscrito, a título oneroso y de buena fe, de una persona, que, según el Registro, tenía facultades para transmitir), la inscripción provocará a su favor una adquisición a “non domino” automática, que sanará de manera inmediata la falta de titularidad del disponente (quien, por ejemplo, por no ser dueño del bien que vendió, no podía transmitir la propiedad del mismo), sin necesidad de tener que esperar al transcurso de los plazos de la usucapión.

Por lo tanto, sólo tiene sentido acudir a la usucapión “secundum tabulas”, cuando el titular registral del derecho inscrito no reúna alguno de los requisitos exigidos por el art. 34 LH para ser protegido por el principio de fe

pública registral, por ejemplo, porque no es un adquirente a título oneroso (comprador), sino a título gratuito (donatario).

Pongamos un ejemplo: “A” vendió a “B”, en documento privado, un campo. Posteriormente, “A”, a pesar de no ser ya propietario de dicho campo (el contrato de compraventa fue seguido de entrega material), lo donó a “C”, esta vez, en escritura pública. “C”, creyendo de buena fe que “A” era el propietario del campo (porque así constaba en el Registro de la Propiedad, al que no había accedido la anterior venta), inscribió a su nombre en el Registro la propiedad del mismo, presentando al efecto la escritura pública de donación. Dado que “C” no es un comprador, sino un donatario, no estará protegido por el art. 34 LH. Luego la única manera posible de adquirir la propiedad del bien donado será la usucapión (recuérdese que el donante no era ya dueño del campo en el momento de donarlo). La inscripción registral facilitará la prueba de los requisitos de la misma, mediante la presunción de que, durante todo el tiempo en que el derecho estuvo inscrito en su favor, poseyó el campo, de buena fe, de manera pública, pacífica e ininterrumpida.

La jurisprudencia, expresada, entre otras, en SSTs 18 febrero 1987 (Tol 1736397), 18 junio 1992 (Tol 1659960) y STS 11 julio 2012 (Tol 2666315), ha reiterado que la presunción establecida por el art 35 LH es “iuris tantum”, por lo que es susceptible de prueba en contrario, de modo que no produce sus efectos, “cuando se acredite que la posesión en la realidad jurídica viene siendo realizada por otra” persona distinta, como sucedió en el supuesto resuelto por la STS 28 marzo 1980 (Tol 1740655); y, así mismo, según constara la STS 11 julio 2012 (Tol 2666315), que en “ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión” (p.ej. la buena fe del poseedor, si se demuestra su mala fe).

5. La usucapión “contra tabulas” se refiere al problema de si puede ser usucapido, a través de la posesión, un derecho que conste inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de otra persona.

Es evidente que sí: es posible adquirir por usucapión un derecho real que aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de otra persona (pensemos que se trata del verdadero dueño del bien), si ésta no la interrumpe. La STS 23 junio 1998 (Tol 14794) estimó, así, producida la usucapión a favor de los adjudicatarios de unos terrenos, cuyo vuelo aparecía

inscrito a favor de una asociación, la cual, sin embargo, “consintió a ciencia y paciencia cómo se vallaron los terrenos y se levantaron las edificaciones”.

La usucapión, por lo tanto, perjudica al verdadero dueño, aunque éste tenga inscrito su derecho en el Registro, si alguien posee en concepto de dueño, con los requisitos y en los plazos legalmente previstos para que tenga lugar la prescripción adquisitiva a su favor. En definitiva, la inscripción no impide la usucapión en favor de otra persona, aunque, como ha sido dicho, el titular registral tendrá a su favor, por aplicación del art. 35 LH, la presunción (que deberá ser desvirtuada mediante la correspondiente prueba) de que fue él quien poseyó, de buena fe y de manera pública, pacífica e ininterrumpida, durante todo el tiempo de vigencia de la inscripción.

Es ilustrativa la STS 25 enero 2007 (Tol 1040245). En el origen del pleito se halla una donación de un inmueble, realizada a un Ayuntamiento, con la finalidad de que se construyera en él una escuela, lo que efectivamente hizo, pero ocupándose, no sólo el terreno donado, sino también otros colindantes, los cuales continuaron inscritos a nombre del donante y, posteriormente, de sus herederos, uno de los cuales reclamó su propiedad, alegando (entre otros motivos) que, al haber sido titular registral de los mismos por más de 10 años, los había adquirido por usucapión “secundum tabulas”. El TS desestimó la demanda, constatando que la presunción de posesión que establece el art. 35 LH a favor del titular del derecho inscrito es meramente “iuris tantum”, por lo que debía ceder ante la prueba de que el terreno discutido había sido poseído de manera ininterrumpida por el Ayuntamiento por más de 30 años (adquiriéndolo, pues, por usucapión extraordinaria “contra tabulas”) y seguía siéndolo, a pesar de que el edificio de la escuela se encontrara en estado ruinoso.

6. Cuestión distinta es la que se plantea cuando un tercero, en el que concurren los requisitos del art. 34 LH (por lo tanto, un tercero hipotecario), adquiere un inmueble de quien en el Registro aparece como dueño del mismo, pero cuya propiedad ha sido usucapida (o está a punto de ser usucapida) por una persona distinta al transmitente, esto es, el poseedor actual del bien.

En este caso, se está ante un conflicto entre la protección de la apariencia que surge de la inscripción en el Registro y la que deriva de la posesión, conflicto que el art. 36 LH resuelve, como regla general, en favor del titular registral,

por ser la publicidad que resulta del Registro más depurada y técnicamente más perfecta que la que tiene su origen en la posesión.

Por el contrario, en el caso de que el titular registral no tenga la condición de tercero hipotecario, porque, por ejemplo, sea adquirente a título gratuito, como sucedió en el caso resuelto por la STS 28 diciembre 2001 (Tol 130718), o tenga mala fe), la usucapión sí le perjudica. Es así como debe interpretarse el art. 36, III LH, según el cual “En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil”.

Por lo tanto, según el art. 36.I LH (precepto de redacción un tanto confusa), en principio, la usucapión, que, como afirma la STS (Pleno) 21 enero 2014 (Tol 4102054), puede ser, tanto ordinaria o extraordinaria, no puede perjudicar al titular registral protegido por el art. 34 LH, a no ser que dicha usucapión se halle consumada o pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición de aquél, en alguno de los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el titular registral “conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente”.

No basta que el titular registral conociera que otra persona estaba poseyendo la finca que compró, sino que es preciso que creyera que la estaba poseyendo, precisamente, en concepto de dueño. La STS (Pleno) 21 enero 2014 (Tol 4102054), negó, así, que la usucapión pudiera perjudicar al tercer adquirente protegido por el art. 34 LH, porque, si bien éste había sabido que la finca era poseída por otra persona, en el contrato de compra de se había especificado que dicha persona era arrendataria, “lo que excluye la posesión en concepto de dueño, y buena prueba de ello viene dada por el compromiso que adquirirían los vendedores de lograr su desahucio para poner al comprador en la definitiva y libre posesión de todo el inmueble”.

Por lo tanto, quien compra una finca en estas condiciones (que deberán ser demostradas por quien las alega), aunque en él concurren todos los requisitos del art. 34 LH (cosa difícil, en relación con el de la buena fe del adquirente), quedará siempre perjudicado por la usucapión que ya haya sido consumada al tiempo de adquirir el inmueble; y también, por la usucapión que pueda

consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, a no ser que la interrumpa antes de que venza el plazo legalmente previsto para la prescripción adquisitiva.

La STS 23 abril 2012 (Tol 2540591) consideró que el demandante que invocaba a su favor el art. 34 LH tenía mala fe y quedaba perjudicado por la usucapión consumada de los demandados, en virtud de lo dispuesto en el art. 36.I a) LH, porque se trataba de una sociedad mercantil con sede en el lugar donde radicaba una de las fincas litigiosas, donde, además, vivía su representante, “por lo que es difícil aceptar que no conociera ni hubiera podido conocer fácilmente la posesión de los demandados sobre ese terreno y su adquisición se produjo precisamente constante un pleito de sus transmitentes contra los usucapientes en reivindicación de las fincas, lo que hace aún más inverosímil que no tomara conocimiento de la real situación posesoria y registral de la finca”.

b) El segundo de los supuestos, en que el tercero protegido por el art. 34 LH puede verse perjudicado por la usucapión que se halle consumada o pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición de aquél, tiene lugar “siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer” tal posesión de hecho en dicho momento, la conozca después, consintiéndola, “expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición”.

En este segundo supuesto, a diferencia de lo que acontecía en el anterior, el titular registral podrá oponerse eficazmente, tanto a la usucapión que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, como a la que se haya ya consumado en dicho momento, pero, siempre que no consienta, expresa o tácitamente, la posesión en concepto de dueño de otra persona “durante todo el año siguiente a la adquisición”.

Pensemos en el siguiente supuesto escolástico, pero ilustrativo: “A”, residente en Madrid, donó al Ayuntamiento de Gandía una finca para que construyera en ella una escuela, como así hizo, ocupando para ello, sin embargo, además de la finca donada, otra limítrofe, propiedad de la misma donante. Pasados 33 años, “A” vendió la finca que no había donado al Ayuntamiento y que, por ello mismo, figuraba a su nombre en el Registro de la Propiedad a “B”, también residente en Madrid, para instalar en él una fábrica. Otorgada la correspondiente escritura pública de compraventa, “B” inscribió la propiedad de la finca comprada en el Registro de la Propiedad, desplazándose de Madrid a Gandía para comprobar el estado físico del

terreno y poder empezar los trabajos de construcción de la factoría. Pero, al llegar, observó con estupor que la finca comprada estaba ocupada por una escuela, que tenía una antigüedad de 31 años.

En este caso, es posible que “B”, confiando en el Registro de la Propiedad y creyendo en la buena fe de “A”, no se hubiera desplazado de Madrid a Gandía para comprobar el estado del inmueble antes de comprarlo. Sería después, cuando, al querer empezar los trabajos de construcción de la fábrica, se daría cuenta de que sobre la finca adquirida había construido una escuela municipal y de que esta construcción tenía una antigüedad superior a los 30 años, por lo que el Ayuntamiento de Gandía había adquirido la propiedad del inmueble por usucapión extraordinaria. Dicha usucapión consolidada perjudicaría a “B”, a pesar de concurrir en él los requisitos del art. 34 LH, si no se opusiera, expresa o tácitamente, a la posesión del Ayuntamiento en el plazo de un año, a contar desde la fecha de su propia adquisición (la de “B”).

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO POR PRESCRIPCIÓN DEL PLAZO PARA RECLAMAR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A LA ADMINISTRACIÓN

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
BECARIO DE INVESTIGACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. Hace ya algunos años era infrecuente reclamar responsabilidad civil a los abogados. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra abogados se han multiplicado, lo que ha propiciado que se desarrolle un cuerpo doctrinal y jurisprudencial que no sólo admite, sino que proclama, la necesidad de exigir responsabilidad civil al profesional cuya conducta haya sido negligente. Tal tendencia, por así decirlo, expansiva del instituto de la responsabilidad civil tiene su continuación en otras materias tradicionalmente ajenas también al ámbito de aquélla, entre las que debe citarse, de forma destacada, el Derecho de Familia.

La conducta del abogado, por tanto, ha carecido tradicionalmente de un reproche en los tribunales. Así, el abogado solía mostrar desinterés por ciertos pleitos, en casos de clientes poco rentables en términos económicos o

en casos en que el letrado actuaba de oficio, desinterés que se traducía en una falta de dedicación a la hora de analizar y preparar el proceso.

Se fomentaba, de esta forma, un comportamiento descuidado y pasivo del abogado, amparado en la impunidad que le concedía el hecho de saber que el resultado negativo (o no tan positivo como se cabría esperar) del proceso, que trajera causa manifiestamente de su desinterés o negligencia, no iba a ser fiscalizado judicialmente.

Sin embargo, con el cambio de tendencia, y la consiguiente reclamación de responsabilidad civil al abogado que actúa negligentemente, se propicia, en general, un comportamiento deseable de aquél, cual es su mayor dedicación al proceso. Ello, no obstante, no es así en todos los casos, siendo buena muestra de ello el que da origen a la sentencia cuyo comentario es objeto de estas líneas.

2. Entre los supuestos que dan lugar a la responsabilidad civil del abogado, se suele distinguir según su error u omisión sea de fondo (esto es, por un conocimiento inexacto o incompleto del Derecho), o de plazo (es decir, por transcurrir el plazo estipulado para el ejercicio de una determinada acción o recurso).

El caso que da origen al litigio aquí comentado versa sobre una acción de responsabilidad civil ejercitada contra un abogado (y su aseguradora). En concreto, se le imputa haber actuado negligentemente en la defensa de los intereses de los demandantes en la obtención de las indemnizaciones que les hubieran podido corresponder por el fallecimiento de sus respectivos familiares (cónyuge e hija de cada uno) en el siniestro del camping ‘Las Nieves’ de Biescas, acaecido el 7 de agosto de 1996, por haber dejado prescribir el plazo para interponer una acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración.

Los demandantes contrataron al abogado para la defensa de sus intereses en la vía penal. Sin embargo, resultó que las actuaciones penales que se llevaron a cabo fueron objeto de sobreseimiento provisional y archivo por auto de 4 de octubre de 1999, reservándose a los perjudicados el ejercicio de las correspondientes acciones en la vía civil o en la vía contencioso-administrativa. Después de transcurrido el plazo de prescripción de un año (art. 142 Ley 30/1992, de 26 de noviembre) desde el archivo de la causa penal para que pudiera formularse reclamación por responsabilidad

patrimonial contra la Administración, el abogado demandado comunicó a sus clientes el cambio de curso de las actuaciones y, excusándose en su desconocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, les dijo que no continuaría con la llevanza del caso, recomendándoles, en tal sentido, a otro abogado, experto en tal jurisdicción, al que remitió toda la documentación del caso obrante en su poder el 8 de marzo de 2002. Finalmente, el 21 de diciembre de 2005, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia reconociendo la indemnización correspondiente a quienes habían ejercitado oportunamente la acción.

Las reclamaciones de los demandantes ascienden a 420.000 euros, repartidos del siguiente modo: 360.000 euros por daños materiales y 60.000 euros por daños morales. La cuantía solicitada en concepto de daño material coincide con la concedida a quienes sí pudieron reclamar a tiempo, mientras que los daños morales solicitados se justifican por la angustia y el padecimiento derivados de ver que otros perjudicados sí eran indemnizados, tras diez años de espera, y empezaban a cobrar las indemnizaciones judicialmente reconocidas.

El abogado demandado contestó a la demanda, alegando variedad de defectos procesales, a los que sumaba, en cuanto al fondo, el hecho de entender no prescrito el plazo de la acción para acudir a la vía contencioso-administrativa, pues dicho plazo comenzaba a correr, no la fecha del auto dictado por la Audiencia Provincial de Huesca desestimando el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas (como parecían entender los demandantes), sino en el momento en que tal auto fuese notificado personalmente a las partes, notificación que aún no había tenido lugar.

Por su parte, la aseguradora opuso también la falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil suscrita por el abogado demandado.

3. La sentencia de primera instancia no estimó la demanda, al entender, como hacían los demandados, que no podía considerarse prescrita la acción para reclamar en la vía contencioso-administrativa, pues, a pesar de ser una cuestión ciertamente controvertida, de conformidad con el art. 160 LECrim. (referido a sentencias pero también aplicable a autos de sobreseimiento y archivo) debía entenderse que el plazo de prescripción anual del art. 142 Ley

30/1992 comenzaba a correr desde la notificación personal a los interesados del auto de archivo y sobreseimiento penal, lo cual no se había producido.

La misma suerte corrió el recurso de apelación de los demandantes, afirmando la Audiencia Provincial, igualmente, que no había prescrito el plazo de un año del art. 142 Ley 30/1992. Por ello, entiende la Audiencia que no puede considerarse como cierto el perjuicio invocado, en tanto en cuanto no se dicte sentencia apreciando la prescripción de la acción.

4. Los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, poniendo nuevamente de manifiesto la prescripción del plazo para reclamar en la vía contencioso-administrativa, e insistiendo en la falta de diligencia del letrado contratado, que redundó en la pérdida de la oportunidad de obtener una indemnización como la que sí obtuvieron otros perjudicados que pudieron reclamar a tiempo.

En su argumentación, el Tribunal Supremo comienza recordando que el contrato entre el abogado y su cliente es una figura atípica, que se construye por la jurisprudencia tomando elementos tanto del arrendamiento de servicios como del mandato. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones nacidas de dicha relación contractual, observa el Supremo que deberá ajustarse “a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias”.

Dicha diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que asume el abogado para con su cliente se debe traducir en un respeto escrupuloso a la “lex artis” propia de la profesión de la abogacía, de la que deben destacarse, como algunos de sus extremos más importantes (y sin que en ningún caso se trate de una enumeración cerrada), los siguientes: realizar un análisis previo para informar al cliente sobre el estado de la cuestión; valorar la conveniencia o no de acudir a la vía judicial, así como de los gastos en que se incurriría y de las posibilidades de éxito de la acción eventualmente ejercitada; cumplir con la labor que se le encomienda respetando los códigos deontológicos, en particular, la lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; o aplicar a la cuestión los conocimientos jurídicos que sean requeridos.

En cualquier caso, la obligación que asume el abogado es de medios (y no de resultado), lo que significa en que no se puede exigir al letrado contratado para la defensa en juicio un resultado concreto; en particular, la estimación de

la acción o una resolución favorable a las pretensiones del cliente, algo que depende de muchos factores, entre otros, la pericia del abogado de la contraparte y la convicción del juzgador que decida el asunto. Sí que se podría exigir un resultado concreto, no obstante, cuando la propia configuración de la relación abogado-cliente así lo estableciera, como ocurre cuando se contrata a un abogado para la elaboración de un dictamen, siendo éste, precisamente, el resultado que se le puede exigir.

5. Explicada, como paso previo a su análisis en el caso concreto, la cuestión de la responsabilidad civil del abogado, el Supremo entra a valorar la conducta del abogado. Con independencia del hecho de que hubiera o no transcurrido el plazo de prescripción de un año fijado en el art. 142 Ley 30/1992, el Supremo considera indiscutible que el interesado se vio privado de conocer puntualmente el estado del procedimiento por causa únicamente imputable a su letrado, quien vulneró las reglas de su profesión al incumplir con la obligación de informar al cliente, “no advirtiéndole a tiempo de la notificación hecha al procurador ni de su contenido, privándole en definitiva del conocimiento del cierre del proceso penal y de la posibilidad de encauzar desde ese instante su reclamación por otras vías, en particular la consistente en la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración como hicieron los demás perjudicados”.

Añade el Supremo en este sentido que “no se justifica la absolución del letrado por la circunstancia de que al tiempo de formularse la demanda fuera posible discutir, con apoyo en criterios doctrinales razonables, sobre si la acción para exigir responsabilidad a la Administración se encontraba o no prescrita”. Lo determinante es, a juicio del Supremo, “la falta de diligencia del letrado, que al no comunicar puntualmente a sus clientes el estado de las actuaciones penales dio lugar a que éstos se vieran privados de la oportunidad de reclamar en su momento”, perdiendo así la oportunidad de obtener la indemnización que sí obtuvieron los otros perjudicados por la tragedia de Biescas.

6. Por último, el Supremo aborda la cuestión de las sumas reclamadas al abogado y a su aseguradora. En la demanda, se reclamaban exactamente 360.607'26 euros para cada demandante, cantidad que el Supremo considera adecuada habida cuenta que coincide con la que, “con toda seguridad, habrían obtenido si, debidamente aconsejados por el abogado demandado, hubieran

formulado a tiempo reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración”.

Frente a la postura tradicional, de considerar que el daño causado por el abogado con su actuar negligente lo constituía la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de la pretensión entendida como privación del acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Supremo sigue aquí la línea de sus sentencias más recientes, que han considerado que la pérdida de la posibilidad de obtener la estimación de una pretensión debe encauzarse como un daño patrimonial, cuya cuantía dependerá, principalmente, de la prosperabilidad del asunto, o, lo que es lo mismo, de las posibilidades de éxito de la acción que se habría ejercitado de no mediar la negligencia del abogado.

Esta última postura es, a mi juicio, criticable, en la medida en que sólo se resarcirá a aquellos clientes, cuya pretensión tuviera ‘altas’ posibilidades de éxito y, no, sin embargo, a aquellos cuya pretensión no tuviera visos favorables de éxito, lo que, en cualquier caso, ya supone realizar una operación de cálculo siempre complicada y en absoluto exacta, que provocará que se resuelvan de forma diferente supuestos de hecho idénticos.

Además, no se puede olvidar que, resarciendo únicamente a los clientes cuya pretensión tuviera, “ex ante”, ‘altas’ posibilidades de éxito, lo que se está haciendo implícitamente es resarcir, no por la pérdida de la posibilidad, sino por la frustración de la pretensión, algo que, ya tiempo atrás, doctrina y jurisprudencia excluyeron que pudiera ser considerado como el daño causado al cliente. Y ello, porque esta interpretación del concepto de daño planteaba problemas, en la medida en que en muchos supuestos no se podría conectar causalmente la conducta del abogado con el daño sufrido por el cliente, debido a la propia configuración del proceso y su resultado, ciertamente indeterminado y aleatorio. Es decir, no se puede asegurar, *ex ante*, que la frustración de un determinado proceso sea imputable exclusivamente a la negligencia del abogado, pues, junto a ésta, puede concurrir una multiplicidad de factores; en particular, las escasas posibilidades de éxito de la pretensión.

Lo recién expuesto no es óbice, sin embargo, para realizar una serie de matizaciones a cuanto se ha dicho. Y es que ello es válido en aquellos supuestos en los que el resultado del proceso sea incierto “a priori”, por muy favorable que pueda parecer una u otra posición. Sin embargo, hay supuestos en los que, por uno u otro motivo, el curso del proceso es totalmente

pronosticable, lo que hace que las reflexiones realizadas deban completarse con lo que a continuación se dirá.

Así, existen casos en los que el actuar negligente del abogado causa un daño cierto al cliente que se concreta en la insatisfacción de un concreto interés estipulado en una determinada norma. Así ocurre, por ejemplo, cuando no se reclama, o se reclama de forma extemporánea, una indemnización a la que se tiene derecho (v.g., una prestación del FOGASA). En estos supuestos, el Supremo ha considerado que tal obligación del abogado no es de medios, sino de resultado, condenándole en consecuencia a abonar al cliente lo no percibido como consecuencia de no efectuar la reclamación (o de efectuarla tardíamente).

Junto a ello, puede ocurrir también que la pretensión tenga un porcentaje de viabilidad del cien por cien. El caso aquí estudiado cuenta con la particularidad, a diferencia de otros resueltos por el Tribunal Supremo, de que existe una sentencia que concede una determinada indemnización a la que podrían haber accedido los demandantes de no ser por la negligencia del abogado. Es decir, la solución resulta más sencilla porque no hay que hacer una valoración de las posibilidades de éxito de la acción que se hubiera ejercitado, sino que existe ya una sentencia que tomar como base de comparación. Por tanto, el Supremo, concediendo idéntica cantidad, está entendiendo, en cierta manera, que no ejercitar la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración constituye la frustración de la pretensión en sí misma, pues ha quedado patente su viabilidad atendiendo a las indemnizaciones concedidas a otros perjudicados.

Por lo que se refiere a los daños morales, el Tribunal Supremo considera que la petición de 60.000 euros es “adecuada y razonable” a efectos de compensar “la zozobra e incertidumbre” provocadas por la negligencia del abogado.

7. En cuanto a la exclusión de cobertura de la póliza suscrita por el abogado alegada por la compañía aseguradora, el Supremo considera que, del tenor literal de la cláusula de delimitación temporal de cobertura se desprende que “el hecho de que la negligencia origen de la responsabilidad fuera anterior a la vigencia de la póliza no determina la exclusión de cobertura de dicho riesgo, a menos que se pruebe que el asegurado tuvo conocimiento previo de la reclamación o incidencia mediante notificación del perjudicado al asegurado en cualquier forma, incluso mediante una simple declaración de intenciones”. Es decir -explica el Supremo-, “la falta de cobertura no se hace

depender del momento en que se produjeran los daños -pues quedan cubiertos con independencia de su fecha de producción-, sino de que la reclamación se hiciera dentro de la vigencia del seguro, a menos que el asegurado fuera conocedor no del hecho, sino de la reclamación”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo condena solidariamente al letrado demandado y a su compañía aseguradora al abono de las indemnizaciones solicitadas en la demanda.

8. Una última cuestión ha de ser tenida en cuenta antes de finalizar el presente comentario. Y es que llama la atención que el Supremo condene a un abogado a una cuantía tan elevada. Tradicionalmente, las condenas en los casos en que el Tribunal Supremo entendía que concurría negligencia del abogado eran de cuantía escasa, en relación con la pérdida potencial que había sufrido el cliente. La explicación a esta sentencia hay que encontrarla, no cabe la menor duda, en el hecho de que junto al letrado se haya demandado a su compañía aseguradora (algo que no era habitual), lo que, habida cuenta la mayor liquidez y capacidad financiera de éstas es, desde luego, un elemento muy a tener en cuenta para los eventuales perjudicados por una actuación negligente de un profesional de la abogacía.

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

DAVID G. VARGAS ARAVENA,
PROFESOR DE DERECHO CIVIL EN LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN, CHILE

1. El objetivo de este artículo es efectuar una revisión de las primeras sentencias dictadas por los tribunales chilenos, concernientes a la posible aplicación de las normas de responsabilidad civil en el ámbito matrimonial, a fin de que el lector pueda conocer, cuál es el estado de la cuestión sobre esta materia, y el fuerte debate de los diversos argumentos que en ellas se contienen.

2. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 25 de octubre de 2007, causa rol N°909-2007; esta es la primera sentencia dictada sobre la materia en nuestro país, y en ella se limitó a resolver a quien correspondía la competencia de las acciones indemnizatorias ejercidas entre cónyuges, resolviendo en su oportunidad, en su considerando cuarto, “que, por consiguiente, si tales son las relaciones de familia de orden personal que el matrimonio genera entre los cónyuges, forzoso es concluir que una demanda, aunque sea de indemnización de perjuicios, que se funde en la infracción de alguno de los deberes antes señalados, es de competencia del Juzgado de Familia. Otra cosa es lo que el tribunal pueda resolver sobre los aspectos de forma, fondo y procedencia de la acción”; en otras palabras, este Tribunal

resolvió que si se puede demandar el daño moral derivado del incumplimiento de los deberes matrimoniales, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva. Respecto al tema de la competencia para el conocimiento de estas materias, se debe tener presente que, con la modificación introducida por la Ley 20.286 de 15 de septiembre de 2008 al art. 8 de la Ley 19.968, no cabe duda que el ejercicio de las demandas por daños entre cónyuges es ante los juzgados civiles respectivos.

3. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 29 de octubre de 2007, causa rol N°672-2007, quien, resolviendo una demanda reconventional de divorcio por culpa e indemnización de perjuicios expresó en su considerando tercero que “cabe señalar que este rubro no lo contempla la Ley 19.947, razón suficiente para que sea rechazado su pago, tanto más si en la especie no se dio ni se dará lugar al divorcio por la causal culposa invocada por aquélla. La extrapolación que pretende la apelante del pago del daño moral en los términos que señala el artículo 2329 del Código Civil al ámbito de familia, no resulta pertinente, puesto que, situado dicho pago sólo en el ámbito extracontractual, recientemente se ha extendido a la responsabilidad contractual, integración que aún no alcanza a aquellas situaciones que por el cese de la vida en común puedan afectar seriamente a uno o a ambos cónyuges recíprocamente, y que impliquen aquellos sufrimientos a que se refiere el apelante”; de lo dicho, se desprende que a juicio de este Tribunal, a la fecha de la sentencia todavía no es posible sostener la reparación en esta materia, pero nada impide que a futuro esa integración si se produzca.

4. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de noviembre de 2009, causa rol N°7738-2007, donde conociendo de un recurso de apelación, el citado tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de una acción de indemnización de perjuicios patrimoniales y morales interpuesta por el marido en contra de su mujer y un tercero, fundado en la responsabilidad civil extracontractual de éstos por causa del ilícito civil de adulterio, el que además provocó una confusión de paternidad, ya que el demandante reconoció y tuvo por hija suya, a una menor que resultó ser ajena, decidiendo en definitiva confirmar la sentencia de primer grado, y rechazar la demanda interpuesta, fundado en una regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, permitiendo aplicar sólo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador, como por el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; estos fundamentos serían la consecuencia de los tres principios que estructurarían al Derecho de familia,

como son que sus normas sean de orden público, la limitación del principio de autonomía de la voluntad, y el carácter *intuitu personae*. Así se observa en su considerando cuarto, al decir, “los derechos de familia, y esta es la opinión de la teoría moderna y los tribunales aceptan, no pueden cumplirse forzosamente. Para su incumplimiento hay otras sanciones establecidas por la ley para cada caso particular”; mucho más claro y categórico resulta el considerando décimo noveno, donde se señala que “los diferentes ordenamientos jurídicos han tratado de mantener los conflictos matrimoniales dentro de cierto grado de discreción, por lo cual, los legisladores, anticipándose al conflicto, han precisado las consecuencias de la infracción, como en el caso de autos, al deber de fidelidad. Es decir, el derecho de familia por su especialidad, contempla sus propias sanciones, no siendo aplicable en consecuencia, las normas generales sobre responsabilidad civil y por ende no corresponde –en un caso como el de autos- solicitar ni mucho menos conceder la reparación del daño moral”.

En la misma sentencia se agregó en su considerando décimo quinto que en virtud “de las opiniones de los juristas Arturo Alessandri y Roberto de Ruggiero, las relaciones de familia tiene un fuerte componente ético que sobrepasa, con mucho, el ámbito estrictamente jurídico”; en efecto, citando a Roberto de Ruggiero, según da cuenta el considerando cuarto, los sentenciadores hacen suyas las palabras del autor italiano donde expresa que “antes que jurídico, la familia es un organismo ético. De la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho, o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentido ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social”.

Por último, en el considerando décimo cuarto, señalaron “que, del análisis de los tres principios recién comentados –orden público, limitación de la autonomía privada o autonomía de la voluntad y, carácter *intuitu personae*-, se puede concluir que, los actos de familia, no solo por su naturaleza sino que por sus particularidades se distinguen absolutamente de los actos jurídicos patrimoniales”. Conforme a lo expuesto, los sentenciadores finalmente concluyen que “el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en consideración a la naturaleza de la institución del matrimonio, piedra fundamental del derecho de familia, no

permite considerarlo fuente de responsabilidad extracontractual como lo pretende el demandante, pues las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial, motivo por el cual no resulta jurídicamente procedente acoger la presente demanda” (considerando vigésimo primero).

5. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 04 de noviembre de 2010, causa rol N°890-2010; en este caso, la cónyuge pretendió mediante la compensación económica la indemnización de los malos tratos que padeció durante la convivencia conyugal, los cuales, si bien se tuvieron por acreditados al acogerse la demanda de divorcio por culpa, no eran posibles ser reparados en la forma pedida, ya que según se resolvió en su considerando quinto, “no es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicio y puede la actora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en la sede y de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habrían irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizados por la vía del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil”. En otras palabras, los sentenciadores descartaron que la compensación económica sea el medio idóneo para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que uno de los cónyuges haya padecido a consecuencia de los malos tratos ejercidos por el otro, agregando que los reclamos de esta naturaleza deben hacerse de acuerdo a las normas generales del Código Civil, esto es, las normas de la responsabilidad civil y no otras.

6. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 20 de diciembre de 2010, causa rol N°181-2010, quien, pronunciándose sobre la causa como elemento del pacto por medio del cual la cónyuge indemnizó el daño moral causado a su marido por el ilícito de adulterio, señaló en su considerando décimo cuarto que “pretender una indemnización por daño moral por una presunta relación extramatrimonial de uno de los cónyuges, es contraria al orden público, ya que aún en el caso de ser comprobada estaríamos frente a lo que el artículo 132 del Código Civil considera una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio lo que según el mismo artículo da origen a las sanciones que la ley prevé, entre las cuales por cierto, las normas de orden público que regulan el matrimonio, no ha considerado la indemnización por daños morales al otro cónyuge”.

En esta sentencia se agregó que “existe objeto ilícito en todo pacto en que los cónyuges pretendieren obligarse unilateral o recíprocamente al pago de una indemnización por daño moral para el caso de faltar al deber de guardarse fe, por así disponerlo el artículo 1462 del Código Civil” (considerando décimo séptimo); en otras palabras, sostienen que es nulo un pacto de esta naturaleza y finalidad por adolecer de objeto ilícito, ilicitud que consistiría precisamente en ir contra las normas de orden público del Derecho de Familia, y que frente a la infracción de los deberes conyugales, sólo permitiría la aplicación de las consecuencias o efectos especialmente previstos por el legislador, entre las cuales no se encuentra la reparación del daño moral.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt entiende que si la causa que motivó el pacto por el cual se acordó entre los cónyuges el pago de una suma de dinero fue por incumplimiento del deber de fidelidad, la normativa aplicable al caso concreto serían las normas de responsabilidad civil contractual, ya que estamos frente al incumplimiento de una obligación contractual, y que “como la mayoría de la jurisprudencia y doctrina lo ha sostenido, en nuestro ordenamiento jurídico el daño moral en materia de incumplimiento contractual no es indemnizable, pues no existe en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil, una disposición como la del artículo 2329 del mismo Código para el caso de la responsabilidad extracontractual, de manera que debemos estarnos al artículo 1556 que limita la responsabilidad al daño emergente y lucro cesante” (considerando décimo tercero), de manera tal, que el pacto celebrado entre los cónyuges por el cual se indemnizó el daño moral carecería de “causa real”.

7. Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 30 de agosto de 2012, causa rol corte N°133-2012; en ella, el citado tribunal, abordó expresa y abiertamente el problema de la responsabilidad civil en el seno familiar, y en específico en el ámbito matrimonial, manifestándose en definitiva partidaria de la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por incumplimiento de los deberes matrimoniales. Se debe tener presente que en este caso fue la cónyuge quien presentó demanda de indemnización de perjuicios por daños materiales y morales en contra de su marido, fundada en la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de haberla contagiado del virus del papiloma humano (HPV), producto de sus repetidas infidelidades matrimoniales, lo cual la llevó finalmente a someterse a una histerectomía total, truncando su vida a los cuarenta y tres años de edad.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Talca se manifestó contraria al argumento de la especialidad defendido anteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de 10 de noviembre de 2009, señalando en su considerando noveno que, en este sentido “no puede invocarse el argumento de la especificidad y carácter completo de las normas del Derecho de familia, para sostener que la infracción de los deberes conyugales hallan su propia y exclusiva sanción en las medidas típicas en ellas previstas, como son la separación y el divorcio, ya que la naturaleza, función y límites de estas medidas, hacen evidente que éstas no son incompatibles con la tutela de los derechos constitucionalmente garantizados, no pudiéndose excluir que un solo hecho pueda dar lugar a la separación o divorcio, y al mismo tiempo, pueda ser generador de responsabilidad aquiliana, si concurren los requisitos para ello”.

De la misma forma agregó, que pese a que los deberes conyugales son incoercibles directamente, son “auténticos deberes jurídicos exigibles legalmente” (considerando décimo), contrariando de esta forma la posición adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Es más, se manifestó partidaria de aplicar el estatuto de responsabilidad civil siempre que por incumplimiento de un deber conyugal se cause un daño al otro cónyuge, al decir en su considerando octavo, que “seguimos a la doctrina comparada que sobre el particular se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por el incumplimiento de los deberes matrimoniales. No se vislumbra ninguna buena razón para impedir, a priori, una posible indemnización por el incumplimiento de los deberes matrimoniales”.

Por último, se debe tener presente, que si bien los sentenciadores se manifestaron seguidores de la doctrina comparada que se inclina mayoritariamente por la posibilidad de indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan por incumplimiento de los deberes conyugales, en este caso particular la acción reparatoria se rechazó porque no se acreditó la relación de causalidad entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado, al decir que “en la especie, no ha podido comprobarse supuestos que descartan en su esencia que pueda darse por establecida la relación de causalidad entre las infidelidades (verdaderas o conjeturadas del marido) y el contagio de la mujer del virus del papiloma humano” (considerando duodécimo).

8. Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, de fecha 03 de abril de 2014, causa rol N°507-2013, la que si bien aún no se encuentra firme y ejecutoriada por existir pendiente recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, en ella se acogió la acción indemnizatoria presentada por la mujer en contra de su ex cónyuge después de haber obtenido a su favor el divorcio por culpa, confirmando la sentencia de primer grado, agregando que si bien es discutible que la indemnización de perjuicios en el ámbito matrimonial sea aplicable para todas las causales de divorcio por culpa contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, ya que “habría que analizar el caso concreto, con todas sus circunstancias”, de lo que “no existe duda alguna, es que tal indemnización resulta del todo procedente cuando el motivo que dé lugar al divorcio afecta a la persona del otro cónyuge, independientemente si estaban o no unidos por el lazo matrimonial, como lo es, el atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge víctima, cuyo es el caso de autos” (considerando décimo cuarto).

En otras palabras, el tribunal de segunda instancia para confirmar la sentencia de primer grado que acogió la acción indemnizatoria interpuesta por la mujer, lo hizo poniendo el acento en los daños causados por la lesión de derechos fundamentales más que en la existencia del vínculo matrimonial que existió entre víctima y victimario, aunque advertimos que en los considerandos décimo quinto al décimo noveno, el sentenciador si tuvo en cuenta la existencia de los hechos que dieron origen al divorcio por culpa, y con ello, el incumplimiento grave de los deberes y obligaciones que imponía el matrimonio, al concluir que la sentencia ejecutoriada que declaró el divorcio por culpa “produce una cosa juzgada material”, “que alcanza inmutabilidad, conforma una realidad jurídica y material que recae en las propias partes y que tiene la fuerza suficiente para desatender la prueba rendida por la contraria” en el proceso civil indemnizatorio, y que “en todo caso, de conformidad al artículo 427 inciso final del Código de Procedimiento Civil, los hechos declarados en otro juicio (juicio de divorcio), se deben reputar verdaderos”, cuestión que permitió dar “por establecidos los malos tratamientos graves, imputables al demandado, contra la integridad psíquica de la actora, acciones que fueron de tal entidad, que dieron lugar a la terminación del matrimonio por decisión jurisdiccional”.

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE GRUPO EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL

PABLO GIRGADO PERANDONES

PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL, UNIVERSIDAD DE TARRAGONA,
ESPAÑA

1. El objeto del presente comentario versa sobre el significado del grupo de sociedades en el Derecho concursal. Un estudio general y más amplio del concepto en nuestro ordenamiento ha sido objeto de nuestra atención recientemente en la Revista Boliviana de Derecho (nº 18, 2014, pp. 76 ss.), al que nos remitimos. En esta ocasión, centramos nuestro análisis en el ámbito concursal, en relación con el interés que viene suscitando, últimamente, la delimitación del grupo en sede judicial a los efectos de la aplicación de determinadas normas concursales (en especial, las correspondientes a la subordinación de créditos titularidad de una sociedad del mismo grupo).

2. Con carácter preliminar, cabe indicar que el fenómeno de la insolvencia no distingue a las sociedades entre aisladas e integradas en un grupo, por lo que, inicialmente, no se observan diferencias entre los procedimientos a aplicar en uno y otro caso. No obstante, a medida que se analiza la insolvencia en la sociedad integrada en un grupo se percibe que la participación en éste y su vinculación con el resto de miembros está estrechamente ligada a la situación concursal en que se encuentra. Así, nos podemos encontrar ante diversos escenarios, entre los que se pueden destacar, la persecución de interés del grupo y no el específico de la filial, la realización de complejas operaciones

internas del grupo, el riesgo de “contagio” de una sociedad a otra como consecuencia de su política financiera, las aventuras financieras de la matriz que perjudica a la filial y ocasiona su deriva concursal. En definitiva, son múltiples los supuestos reveladores de la influencia del grupo en la insolvencia societaria.

Las soluciones de política jurídica posibles a los problemas derivados de los grupos en el ámbito concursal se orientan en dos direcciones. Conforme a la primera, la concurrencia de determinadas circunstancias implica la extensión de la situación de concurso de la sociedad inicialmente afectada a la matriz y al resto de integrantes del grupo. Es la respuesta dada en ordenamientos como el francés, el italiano o el argentino. Conforme a la segunda, sobre la base de la personalidad jurídica independiente de las sociedades del grupo, se considera que cada sociedad tiene su propio concurso con su patrimonio separado de los demás integrantes del grupo. Así, tal planteamiento se fundamenta en la ausencia de concurso del grupo de sociedades, pues sólo lo será de las sociedades que lo integran. Tal planteamiento deriva del incumplimiento del presupuesto subjetivo requerido dada la ausencia de personalidad jurídica del grupo (art. 1 Ley Concursal española, en adelante LC). Este planteamiento es seguido por el ordenamiento español, objeto de nuestro estudio, y también, entre otros, por el alemán. La formulación de un concurso separado para la sociedad no impide –como ocurre en el ordenamiento español– que se admita la acumulación en un único Juzgado de los integrantes del mismo grupo de sociedades (los llamados concursos conexos, art. 25 LC). El procedimiento se conducirá conjunta y coordinadamente, si bien no habrá consolidación de las masas activa y pasiva de cada concursado (art. 25ter LC). En esta segunda dirección, la protección de los acreedores en los supuestos que en la primera conducían a la extensión del concurso, ahora se articula mediante diversas medidas, como por ej., la calificación de los créditos titularidad de las sociedades del grupo como subordinados (art. 93.2 LC), determinadas presunciones en las acciones de reintegración (arts. 71 y 71bis LC) o la aplicación de un régimen grave de responsabilidad concursal a la matriz en cuanto administrador de hecho (art. 172.bis LC). En este sentido, en el Derecho alemán, se observa una evolución jurisprudencial en la aplicación de la responsabilidad de la sociedad dominante, desde la técnica del levantamiento del velo hacia la responsabilidad derivada de la propia normativa societaria (así, en las conocidas sentencias Vulkan -2001- y KVB -2002). En esta última, el tribunal alemán, pone de manifiesto la necesidad de que la sociedad –filial– conserve su propio patrimonio a fin de que responda frente a sus posibles acreedores (en conexión con el § 13.2 de la Ley alemana de Sociedades de

Responsabilidad Limitada, *GmbHG*). La respuesta judicial -como puede fácilmente deducirse- nos ofrece, sin duda, una mayor eficacia que la siempre compleja técnica del levantamiento del velo, cuyo carácter excepcional dificulta su aplicación en tales supuestos. Entre nosotros, antes de la reforma del 2011, que luego mencionaremos, se había resaltado, con “virtualidad metafórica” que el supuesto contemplado en el art. 3.5 LC era “una especie de levantamiento del velo de la personalidad jurídica de los sujetos de Derecho afectados” [EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* (2006), núm. 4, p. 72].

3. La consabida ausencia de un régimen completo sobre los grupos de sociedades en el ordenamiento español también se refleja en el ámbito más específico de la legislación concursal; sin menoscabo de ello, la realidad del grupo emerge en diversos apartados del texto legal. Por tanto, no cabe deducir automáticamente la falta de atención al fenómeno de los grupos en la Ley concursal; pues, al contrario, su presencia se manifiesta -aunque dispersa- a lo largo del articulado. Sin ánimo de ser exhaustivo, se puede destacar entre otros: 1) En la solicitud de declaración de concurso por el deudor, exigiendo que se documente la identidad de las sociedades integradas en el grupo y, si tiene obligación de consolidar, las cuentas y el informe de gestión consolidados (art. 6.2 LC); 2) En la declaración conjunta de concurso de varios deudores, reconociendo legitimación tanto a las sociedades deudoras integradas en un grupo como a sus acreedores (art. 25 LC), así como permitiendo solicitar la acumulación de concursos en un único Juzgado a cualquiera de los concursados o de las administraciones concursales (art. 25 bis); 3) En las acciones de reintegración del art. 71 LC en un doble sentido: primero, declarando que, salvo pacto en contrario se presume perjuicio patrimonial -y, por tanto, son rescindibles- aquellos actos dispositivos realizados a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (entre las que se incluye las sociedades integradas en el mismo grupo que la deudora en concurso); y, segundo, atiende a las relaciones intragrupo en la baremación de aquellos acuerdos de refinanciación que no se consideran rescindibles (art. 71 bis LC); 4) En la calificación como subordinados a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (art. 92 LC), entre las cuales se considera a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso (art. 93.2.3º LC); 5) Y, de manera destacada, en la remisión al art. 42.1 Código de Comercio (Cdc) para determinar qué se

entiende por “grupo de sociedades” a los efectos de la normativa concursal (D.A. 6ª LC).

Sin menoscabo de la importancia que tiene el análisis de cada uno de estos supuestos, la extensión del presente comentario y la finalidad inicialmente manifestada nos conduce a atender a este último apartado relativo al concepto de grupo.

4. Las referencias al grupo en sede concursal se caracterizan por una falta de precisión terminológica; así, unas veces aparece como “grupos de sociedades” (arts. 25, 25bis, 71bis D.A. 6ª LC), otras como “grupos de empresas” (arts. 6, 28 LC), igualmente con los sujetos que lo integran con referencias genéricas a “sociedades”, “personas jurídicas” o “empresas”, sin distinguir si forman parte o no de un grupo [DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Art. 3.5 LC”, en AA. VV.: *Comentarios a la legislación concursal*. Madrid (2004): Dykinson, T. I, p. 199]. Todo ello implica no sólo problemas formales sino que tiene también consecuencias de orden material (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., pp. 74 ss.). Las reformas continuas en la legislación concursal, han optado principalmente por el término grupo de sociedades, en clara coincidencia con lo estipulado en la normativa societaria (art. 18 Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC) y contable (art. 42.1 Cdc). Si bien puede tener sentido en ámbitos societarios, no parece tan acertado este planteamiento en una normativa como la concursal que presume de su aplicación a toda clase de personas física y jurídica (en concreto, se obvia a las fundaciones o a las personas físicas como matrices del grupo).

No obstante, en relación esta cuestión suscita un cierto interés la existencia o no de un concepto propio de grupo. En tal sentido, compartimos la afirmación de la falta de necesidad –y de justificación- de tal especificidad en sede concursal (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., p. 78). Además, entendemos que la sede natural para la regulación del grupo es la societaria –que no la contable, como equívocamente acontece con el art. 42 Cdc-, no siendo el legislador concursal competente para abordar la regulación de los grupos de sociedades [SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: “El presupuesto subjetivo en la Ley concursal”, en AA. VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal libro homenaje a Manuel Olivencia*. Madrid (2005), vol. I, p. 1217].

5. Volviendo sobre la D.A. 6ª LC, su actual redacción se introduce en nuestro ordenamiento a través de la importante reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011. Hasta entonces, la cuestión de la noción de grupo no estaba suficientemente clara en las decisiones de los Juzgados de lo Mercantil, que se alternaban entre partidarios de la aplicación del art. 42.1 Cdc (entre otras, el auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2009 y las sentencias de 10 de octubre de 2010 -Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid- y de 9 de septiembre de 2011 -Juzgado de lo Mercantil de Oviedo) y aquellos que no lo consideraban suficientemente comprensivo de la realidad del grupo (así, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 14 de enero de 2010, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 febrero de 2011). Desde esta última postura, se ponía de manifiesto que el art. 42.1 Cdc dejaba al margen los llamados grupos por coordinación y algunos fácticos y contractuales, como por ejemplo los de matriz no societaria. En este sentido, alguna decisión judicial ya reconocía tal evidencia y se mostraba favorable a atender más que a un criterio formal a la finalidad perseguida por la normativa concursal correspondiente.

Además, la redacción del art. 3.5 LC –derogado en la citada reforma- atendía a la figura de los grupos, ya que en los supuestos señalados –identidad sustancial entre sus miembros y de dirección- legitimaba para solicitar la tramitación conjunta de sus respectivos concursos. Esta identidad sustancial reclamada por el art. 3.5 LC había permitido especificar que el concepto de grupo al que se refería se correspondía con el de los llamados grupos centralizados (el “destinatario” del art. 3.5 LC, v. EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., p. 72).

La reforma concursal soluciona, aparentemente, la controversia en torno al concepto de grupo, mediante su breve remisión al art. 42.1 Cdc, opción del legislador, que pretendía poner fin a las diversas interpretaciones existentes en la práctica judicial. En la doctrina, se ha calificado tal resultado como una restricción del concepto de grupo hasta entonces existente [SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y FUENTES NAHARRO, M.: “El concepto estricto de grupo en la Ley concursal”, *Revista de Derecho Mercantil* (2014), núm. 291, pp. 595 ss.]. Con el fin de conocer el alcance real del concepto de grupo en esta sede concursal, conviene que, a continuación, abordemos algunos puntos de la remisión legislativa.

5.1. La opción por el art. 42.1 Cdc implica la necesidad de una relación de subordinación entre la matriz del grupo y el resto de sociedades (grupos

jerárquicos). La relación se fundamenta en la existencia de un control – potencial o efectivo, directo o indirecto- de una sociedad sobre el resto de miembros, que no se debe confundir con la derecho de veto (así, v. en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de octubre de 2012). De tal modo, los grupos basados en una relación de coordinación entre sus miembros quedan al margen de la noción de grupos en la legislación concursal (grupos horizontales). Así, se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 24 de septiembre de 2013, que contiene interesantes reflexiones sobre los grupos horizontales y su ausencia de un “control estable de la gestión social”. La sentencia, además, diferencia la presencia del control en los grupos jerárquicos como “control total de la gestión social” y, en cambio, en los horizontales se presenta como el “efecto económico de la colaboración entre empresas o empresarios”. No obstante, en nuestra opinión, el control es extraño a los grupos horizontales y no se presenta como efecto de tal colaboración interempresarial sino como instrumento útil para alcanzar una dirección unitaria, si bien, únicamente, en los grupos jerárquicos.

En cualquier caso, las situaciones de concurso pueden tener lugar tanto en los grupos jerárquicos como en los paritarios (EMBID IRUJO, J. M.: “Sobre el concepto”, cit., pp. 65 ss.); sin embargo, el legislador concursal ha olvidado atender a estos últimos y dotarlos de herramientas útiles en caso de devenir el concurso de alguna de sus sociedades.

5.2. La segunda nota restrictiva que implica la remisión al art. 42.1 Cdc consiste en que sólo se trata de “sociedades”, obviando la existencia de otras personas jurídicas como integrantes de un grupo, no sólo como filial, sino –lo que es más relevante- como matriz del mismo.

En este sentido, cabe recordar el Auto del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2009 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de diciembre de 2012, que no consideraban como grupo a los efectos concursales aquellos supuestos en que la matriz es una persona física. No obstante, se ha planteado si en la remisión al art. 42.1 puede desempeñar alguna función el apartado sexto del art. 42 Cdc, según el cual “... se aplicarán estas normas –de consolidación contable- a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo” (art. 42.6 Cdc). Este criterio no sólo serviría para las personas físicas sino que también cumpliría un papel relevante en los grupos dirigidos

por una persona jurídica no societaria (por ej., una fundación). Es cierto que la remisión se circunscribe y concreta en el 42.1, pero el mismo apartado in fine, menciona –a fin de computar los derechos de voto que implican el control- los derechos de voto de la “entidad” dominante. Sin menoscabo del alcance de tal apunte no se puede negar el reconocimiento por el legislador de otras formas –no societarias- de articular el grupo. Al mismo tiempo, es preciso buscar cuál es la finalidad perseguida por el legislador concursal, que, en todo caso, no puede incumplir el principio de igualdad de tratamiento a todos los acreedores. En cierta media, la sentencia antes citada, que no reconoce la concurrencia de un grupo de sociedades a los efectos concursal, no tiene tan clara su decisión, especialmente, si valoramos las razones alegadas para no imponer las costas a ninguna de las partes.

A la vista de lo expuesto, y en conexión con el régimen anterior a la reforma (en especial, el ya derogado art. 3.5 LC), entendemos que es discutible valorar como restrictivo el “nuevo” concepto de grupo de la D.A. 6ª. Más bien, en determinados supuestos, puede haber ocurrido el fenómeno contrario, pues como reconocía la LC antes de la reforma, un acreedor podía instar la declaración conjunta de varios de sus deudores en situaciones de confusión de patrimonios entre ellos “... o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones” (art. 3.5 LC). Doble identidad –sustancial y de dirección- que tiene un alcance más restringido que el simple control expresado por el art. 42.1 Cdc. Pues, aunque ahora stricto sensu sólo comprende “sociedades” y excluye a los grupos horizontales, parece más difícil la concurrencia del grado de centralización requerido por la mencionada doble identidad, especialmente en estos últimos. Ahora basta con la existencia de una situación de grupo, entendido en la redacción del art. 42.1 Cdc, que, como es sabido, tras su reforma en 2007, pasa de un concepto basado en la “unidad de dirección” a otro, más amplio, basado únicamente en el control, potencial o efectivo.

6. Como indicábamos al principio, la razón de este breve comentario viene motivada por las últimas decisiones judiciales en la delimitación del concepto de grupo con ocasión de la subordinación de créditos a sociedades integradas en él. Así, se planteaba si era correcta la actuación de los administradores concursales calificando como subordinados los créditos de determinados acreedores (sociedades del grupo de la concursada). Frente al reconocimiento positivo por los Juzgados de lo mercantil de la forma de proceder de aquéllos, las Audiencias adoptaban un criterio más restrictivo. Así, se oponían a la

calificación de tales créditos como subordinados y para ello, aun reconociendo la vinculación del acreedor con el concurso, recurrían a una interpretación formalista del art. 42.1 Cdc y de su concepto de grupo: “No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso. No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos” (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de diciembre de 2013; en la misma línea que las anteriores sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid -de 7 de diciembre de 2012- y de Tarragona -de 24 de septiembre de 2013).

De la sentencia entrecomillada, cabe resaltar el voto discrepante de uno de los magistrados más cercano a un criterio finalista del concepto de grupo en sede concursal: “En mi opinión, discrepante de la de la mayoría de la Sala, lo que debemos interpretar, atendiendo a la finalidad de la norma, tanto del artículo 42.1 CCom como de las normas concursales relativas a los grupos, es que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso. [...] el concepto de grupo sigue siendo un concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas. [...] Por todo ello considero que no es que la resolución recurrida haga una interpretación extensiva del concepto de grupo, para aplicarlo en un ámbito en el que la interpretación no puede tener ese carácter, sino que es la interpretación que hace nuestra resolución la que reduce de forma inadmisibile el concepto de grupo llegando a consecuencias indeseadas y que creo que no están amparadas por nuestro ordenamiento”.

7. Finalmente, y a pesar de la brevedad de este comentario, no queremos dejar de resaltar una serie de puntos a tener en cuenta en esta materia. Así, en primer lugar, que el acreedor que solicita la tramitación conjunta de varios concursos (concursos conexos) debe serlo de cada uno de los sujetos pasivos. En segundo lugar, y a pesar de su evidencia, se ha de resaltar la imposibilidad del concurso de grupo, dada su ausencia de personalidad jurídica, a diferencia de sus miembros. Y en tercer lugar, la situación de insolvencia es un presupuesto objetivo (art. 2 LC) esté la sociedad integrada o no en un grupo, y, por tanto, se exige a cada una de las sociedades que integran el grupo. No obstante la solicitud conjunta y la tramitación ordenada, no procede la consolidación de masas activa y pasiva, sino de manera separada, salvo circunstancias excepcionales (v. art. 25ter LC). Ello no ocasiona implicaciones substantivas en cuanto a la solicitud, es decir, sólo tiene, en principio, un alcance excepcional. Más adelante, sí podrá ser de aplicación la subordinación de créditos, el juego de las presunciones en la materia relativa a las acciones de reintegración e incluso el régimen estricto de responsabilidad concursal a la matriz como administradora “de hecho” de la sociedad en concurso.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INVERSIÓN

JOAQUÍN ALEGRE ZALVE

ASOCIADO DE CUATRECASAS, GONÇALVES-PEREIRA EN MADRID Y BARCELONA

1. El pasado 15 de abril de 2014 se aprobó en el Parlamento Europeo el texto definitivo de la próxima Directiva sobre Mercados de instrumentos financieros y servicios de inversión –conocida como MIFID II- además de un nuevo Reglamento MIFIR. Una vez aprobada oficialmente en el Consejo y traducida a las lenguas oficiales de la Unión Europea, se ha procedido a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con fecha 12 de junio de 2014, para entrar en vigor 20 días después.

Al tratarse de una Directiva, se prevé que los Estados Miembros tengan un plazo de 24 meses para incorporar la Directiva a sus ordenamientos internos –mediante transposición-. La propia Directiva fija el calendario de transposición, estableciendo que los Estados Miembros (i) adoptarán y publicarán las disposiciones legales, administrativas y reglamentarias para su transposición a más tardar el 3 de julio de 2016, de acuerdo con su ordenamiento interno, y (ii) aplicarán dichas disposiciones a partir del 3 de enero de 2017. Entretanto, la ESMA (la “European Securities and Markets Authority”) terminará de perfilar las normas técnicas.

Esta nueva normativa sustituirá a las anteriores Directivas 2002/92/EC y 2011/61/EU, estableciendo nuevas normas para la distribución de activos

financieros y asesoramiento sobre los mismos que ahondan en muchos campos de protección y regulación ya anticipados por la normativa anterior, así como en la introducción de directrices en terrenos menos explorados. En definitiva, recoge los principios de seguridad, eficacia y transparencia de los mercados en aras a la mayor protección de los inversores, los cuales vienen siendo tendencia desde hace algunos años, para darles una dimensión normativa más concreta. El nuevo Reglamento MIFIR, por su parte, incorporará principalmente nuevos requerimientos de información relacionados con el Reglamento (UE) 648/2012 –el conocido como EMIR-. MIFID II busca, pues, introducir medidas para paliar los problemas surgidos con motivo de la crisis financiera reciente –o más bien, los problemas que salieron a la palestra-, de manera que pueda trabajarse por unos mercados financieros más eficientes, sólidos y transparentes, mejorando, en particular, la protección del inversor.

A lo largo de esta nota, trataremos de abordar someramente las principales novedades que presenta la nueva normativa frente a la anterior, organizado temáticamente.

2. MIFID II regula un ámbito bastante más extenso que MIFID I. Ahora se extiende, además de, indudablemente, a la actividad y organización de las empresas de servicios de inversión y los mercados regulados, también, a los proveedores de servicios de “data reporting”, a los operadores de mercado, así como a las entidades extracomunitarias que presten servicios de inversión o lleven a cabo inversiones a través de una sucursal en la Unión Europea, las cuales regula. Respecto de los tres primeros, de hecho, establece requisitos de autorización para la constitución y/o funcionamiento, facultando a las autoridades competentes para su supervisión, cooperación y ejecución de medidas.

Sin ser novedad, quedan al margen, a modo de ejemplo, entre otro nutrido grupo de sujetos, las entidades de seguros, individuos que prestan servicios de inversión a nivel de grupo, aquellos que negocian instrumentos financieros por cuenta propia –salvo algunas excepciones, como los “market makers”-, o aquellos con obligaciones de “compliance” bajo la Directiva de emisiones de gases de efecto invernadero que negocien por cuenta propia derechos de emisión. Tampoco aplicará la Directiva a la prestación de servicios como contraparte en transacciones llevadas a cabo por organismos públicos negociando con deuda pública.

Ello no obstante, los Estados Miembros podrán optar por extender las exenciones a otros sujetos, con algunos matices y siempre que los regímenes establecidos sean análogos a la Directiva en lo referente a: 1º) Condiciones y procedimientos de autorización; 2º) Obligaciones de conducta; y 3º) Requisitos de organización.

3. Probablemente es uno de los puntos estrella de la nueva regulación, ya que afectará directamente a la práctica del asesoramiento en materia de inversión por ESIs (Empresas de Servicios de Inversión), con la potencialidad de condicionar su modelo de negocio, especialmente a aquellas que actualmente están cobrando retrocesiones o las que recomiendan “producto propio”. A nivel de mercado, esto será muy relevante puesto que pocas son las ESIs que presumiblemente podrán sobrevivir solo de la remuneración directa por el asesoramiento prestado. Al final, todo dependerá del movimiento conjunto de los participantes en el mercado, y de cuánto se popularice la figura del asesor independiente que está dispuesto a renunciar a los incentivos por esa “etiqueta”.

Este obligado ajuste de negocio se debe a que MIFID II crea las figuras del asesor independiente y el asesor no independiente, información que deberá ser comunicada al cliente desde el primer momento. Para ser asesor independiente, no sólo deberá emitir sus recomendaciones tras haber valorado una amplia gama de productos de diferentes proveedores, sino que tendrá prohibido el cobro de retrocesiones y/o incentivos. El asesor no independiente, por su parte, sí que podrá cobrar los incentivos –siempre ajustado como considere cada normativa nacional al transponer la Directiva-, pero deberá ampliar la información que da al cliente al respecto. Hasta ahora bastaba con comunicar la política general de incentivos, pero a partir de MIFID II deberá de comunicarse concretamente cómo los incentivos resultan de la materialización de las recomendaciones.

En definitiva, las entidades que prestan asesoramiento en materia de inversión deberán comunicar al cliente: a) Si se presta de manera independiente o no; b) El rango de instrumentos que se han tenido en cuenta, y c) Si se proveerá una evaluación periódica de la adecuación del instrumento recomendado; d) También deberá informar periódicamente al cliente de todos los costes que ha conlleva su inversión, incluyendo no sólo los derivados del mercado sino los específicamente causados por comisiones o cargos, de manera que el cliente pueda entender el efecto acumulativo global en sus

ganancias. Si el cliente lo solicita, esta información deberá presentarse de manera desglosada.

Y además, para calificarse como independiente: a) No puede recibir incentivos; b) Tiene que evaluar un rango suficiente de instrumentos financieros disponibles en el mercado, suficientemente diversos en cuanto a a) tipología y b) emisores/proveedores de los instrumentos, y c) que pueden asegurar conseguir objetivos inversión cliente.

Este rango de instrumentos no puede limitarse a: a) Emitidos o creados por la propia entidad o entidad con vínculos estrechos; b) O por entidad que tenga relaciones legales o económicas estrechas; c) o cualquiera que implique riesgo para la independencia del asesoramiento.

4. Conectado con lo anterior, la normativa derivada de MIFID II restringirá los incentivos, entendidos estos como beneficios monetarios y/o no monetarios percibidos de terceros por el intermediario. Así, no podrán percibir incentivos i) como se ha dicho, las entidades que prestan asesoramiento calificado de independiente, ni ii) las entidades que prestan el servicio de gestión discrecional de carteras.

Marginal y excepcionalmente, se permitirán beneficios no monetarios, de relevancia menor, siempre que se informe de su existencia al cliente y tengan la virtualidad de mejorar la calidad del servicio, nunca afectando al interés del cliente.

5. La nueva regulación MIFID abordará expresamente a las empresas de inversión que emplean sistemas de negociación algorítmica de alta frecuencia. La negociación de alta frecuencia –más conocida como HFT, por sus siglas en inglés-, es un tipo de negociación que ya está actualmente funcionando en los mercados financieros, la cual utiliza sofisticadas herramientas informáticas y/o tecnológicas para obtener información del mercado en tiempo real, procesarla a través de fórmulas matemáticas y tomar decisiones de inversión atinentes al intercambio de valores financieros tales como activos, opciones, etc. de manera inmediata.

Se trata de sistemas que desde hace un tiempo han venido sembrando creciente controversia, advirtiéndose de los peligros de su empleo. Al ser altamente cuantitativos y extremadamente veloces, pueden producir instantes

de desequilibrio. De hecho, se han relacionado con algunas alteraciones de mercados financieros como la alta volatilidad del 6 de mayo de 2010 en Estados Unidos, conocida como el “Flash Crash de 2010”, en el cual el índice “Dow Jones Industrial Average” sufrió su mayor caída intradía de la historia medida en puntos, recuperando, sin embargo, solo escasos minutos después la mayor parte de las pérdidas.

Por todo, se exigirá que las entidades que empleen HFT cuenten con sistemas efectivos de control de riesgos adecuados al negocio, de manera que se impida que creen desórdenes en el mercado en el que operan. Deberán asegurarse de que los algoritmos son: a) Sólidos y resistentes; b) tienen suficiente capacidad; c) se pueden limitar a determinados umbrales y límites para proteger órdenes erróneas; d) están monitorizados y supervisados informáticamente para evitar fallos y corregirlos en su caso.

6. Se prescribe que las entidades que a) crean, o b) distribuyen (colocador/distribuidor) productos financieros tienen que asegurarse de que: 1º) Los productos financieros están específicamente diseñados para satisfacer las necesidades de un grupo de clientes “target”; 2º) Que los mismos sólo se ofrecen o recomiendan a clientes de ese colectivo y no otros; y 3º) Que la estrategia de distribución es adecuada y consistente con lo anterior.

Se deberá verificar periódicamente, teniendo en cuenta cualquier evento que pueda afectar materialmente al riesgo potencial, viendo si continúa siendo consistente con las necesidades del “target”.

Para todo ello el creador del instrumento deberá facilitar información suficiente al distribuidor, sobre el propio instrumento financiero, el proceso de aprobación del producto y sobre el cliente objetivo.

7. Las empresas de inversión que proveen a sus clientes de acceso electrónico directo a sistemas de negociación deben contar con sistemas de control para asegurar la conducta adecuada de los clientes que utilizan este servicio, de manera que se eviten desórdenes en el mercado causados por su uso inapropiado, prácticas ilícitas, prevenirles de superar determinados umbrales o cometer errores en las órdenes, etc.

El acceso directo electrónico sin estos controles está prohibido.

8. MIFID II también concreta que podrá prestarse el servicio de “execution-only” sobre depósitos estructurados, salvo aquellos que incorporen una estructura que haga difícil para el cliente entender el riesgo asociado o el coste de cancelación de los productos.

Los UCITS (“Undertakings for collective investment in transferable securities”), en español, OICVM (Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios) estructurados definitivamente son considerados como productos complejos.

Los UCITS estructurados, tal y como los define el artículo 36 (1) subpárrafo 2 del Reglamento de la Comisión (UE) N°583/2010, han quedado calificados como productos complejos. Son UCITS estructurados los que ofrecen rentabilidad en fechas predeterminadas y vinculadas a la evolución de otros instrumentos o a la materialización de alguna condición.

Cabe destacar que algunos no UCITS también están expresamente calificados como productos complejos, como aquellos cuyas acciones/participaciones están admitidas a negociación en un mercado organizado.

Esto implica que quedan fuera del ámbito posible del servicio “execution-only”, que requiere que se presente a iniciativa del cliente y sobre productos no complejos. El servicio “execution-only” permitiría realizar ejecución o recepción y transmisión de órdenes sin realizar la evaluación de conveniencia.

9. MIFID II (art. 27), además de reiterar que la ejecución deberá realizarse buscando el mejor resultado posible para el cliente teniendo en cuenta precio, costes, rapidez, probabilidad, naturaleza del producto, etc. siempre que se siga el mandato del cliente, si es concreto, ahora también debe de evaluarse si es “la más favorable para el cliente” explícitamente en función de: a) Precio del instrumento financiero, y b) Costes relativos a la ejecución, incluyendo los gastos ocasionados al cliente por la ejecución, como los del sistema de negociación.

Está expresamente prohibido que se perciban remuneraciones, descuentos o beneficios no monetarios por el “enrutado” de las órdenes de un cliente a un particular sistema de negociación o ejecución, de manera que cause conflicto de intereses del mismo.

10. Los Estados Miembros deben establecer mecanismos para requerir a empresas de inversión u operadores de mercado que operen en un MTF (mercado multilateral de negociación) o OTF (mercado organizado de negociación) que suspendan la negociación de derivados en los casos en los que su subyacente haya sido también suspendido.

11. MIFID II obliga a los Estados Miembros a que establezcan límites a las posiciones en derivados de materias primas para: a) Prevenir abusos de mercado, y b) Evitar distorsiones en el precio, permitiendo la correcta formación de los precios de los subyacentes y sus fluctuaciones conforme a mercado.

12. También se regulará tanto la autorización como el funcionamiento de las entidades que prestan el servicio de “Data Reporting”.

En concreto, se crearán 3 tipos de entidades: 1º) APA (“Approved Publication Arrangement”): son los autorizados bajo la MIFID II para prestar el servicio de publicación de informes comerciales en nombre de las empresas de inversión; estos informes deberán ser de libre disposición gratuita en un plazo de 15 días. 2º) CTP (“Consolidated Tape Provider”): son los autorizados bajo MIFID II a prestar el servicio de recabar informes comerciales de instrumentos financieros de los mercados regulados, MTFs, OTFs y APAs y consolidarlos en un sistema continuo de flujo de información en vivo, que proporcione precio y volumen por cada instrumento financiero; y 3º) ARM (“Approved Reporting Mechanism”): son los autorizados bajo MIFID II para prestar el servicio de reportar los detalles de las transacciones a las autoridades competentes o a ESMA en nombre de las empresas de inversión.

13. Todas las entidades que prestan servicios de inversión –incluyendo a las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva- que realicen a) gestión discrecional de carteras, o b) asesoramiento, deberán asegurarse de que no se remunera al personal con criterio que genere conflicto con deber de actuar en mejor interés del cliente. Ej., en función de objetivos de venta, cualquiera que incentive vender un concreto instrumento a pesar de que haya otro que mejor satisface los intereses del cliente.

NOTAS SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL IMPLANTADO POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2014, DE 4 DE JULIO

EDUARDO E. TALÉNS VISCONTI
BECARIO DE INVESTIGACIÓN “ATRACCIÓ DE TALENT” EN EL DEPARTAMENTO DE
DERECHO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE
VALENCIA

1. El pasado 4 de julio de 2014 el Gobierno aprobó un Real Decreto-Ley para establecer una serie de medidas de diversa índole. Tal y como viene acostumbrándonos en esta legislatura ha venido a proclamar un texto compuesto por un batiburrillo de materias desconectadas entre si y con una gran disparidad. En concreto, este RDL 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, combina reformas tan heterogéneas como: el modelo y las formas de financiación de las empresas españolas, modificaciones en el ámbito del comercio minorista y en la unidad de mercado, amplias incorporaciones sobre el régimen legal de la aviación y del sector portuario, agregaciones a la normativa del sector de los hidrocarburos y en la eficiencia energética, una serie de medidas de carácter fiscal y algunas prevenciones en aras de facilitar la empleabilidad y la ocupación. Como se habrá podido apreciar, la miscelánea de materias contenidas en este RDL 8/2014, de 4 de julio, es excelsa y atañe al diferentes

disciplinas jurídicas, en esencia, relacionadas con el Derecho Mercantil, Administrativo, Tributario o Laboral. En suma, la Exposición de Motivos de este RDL lo extracta como “un paquete de medidas respetuosas con el objetivo de saneamiento fiscal, que impulsen el crecimiento y la competitividad presente y futura de la economía y la financiación empresarial” y lo sistematiza en 3 ejes: 1) fomentar la competitividad de la empresas y la eficiencia de los mercados; 2) mejorar el acceso de la empresas a la financiación; 3) fomentar la empleabilidad y la ocupación (que se centra principalmente en los jóvenes). Este modo de proceder no es nuevo pues en los últimos tiempos el Gobiernos nos tiene acostumbrados a esta singular manera de legislar, en concreto, podríamos citar el RDL 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que posteriormente pasó a Ley 11/2013, de 26 de julio, con el mismo nombre. En este último supuesto, las medidas relacionadas con el ámbito laboral se centraron en la creación de empleo, pero también se aprovechó para introducir diversas reformas fiscales, de pago a proveedores y otras relacionadas con los sectores ferroviarios y de hidrocarburos. Pero, este último RDL de 4 de julio de 2014 es, si cabe, bastante más denso, y abarca como acabamos de ver una serie más amplia de materias, donde de todas ellas, en este breve “excursus” se va a dar conocimiento solamente de una en concreto, relacionada principalmente con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (aunque estrechamente conectada también con el Derecho Administrativo). En este sentido, en las siguientes líneas se tratará de dar noticia de la instauración de un Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

2. Entre todas las medidas relacionadas con el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social que han sido abordadas por el presente RDL 8/2014, de 4 de julio, se erige la implantación de un Sistema Nacional de Garantía Juvenil (en adelante SNGJ). El resto de medidas laborales dispuestas por este RDL, pese a que también son de gran importancia no dejan de ser modificaciones o reformas sobre concretos preceptos de otra serie de normas, mientras que el referido SNGJ supone una regulación “ex novo” de un sistema que, no vano, proviene de un mandato del Consejo Europeo que compelió en 2013 a los Estados miembros a que presentaran un Plan Nacional de Implantación de Garantía Juvenil para poder tener acceso a los fondos europeos de la Iniciativa de Empleo Juvenil. España mandó a la Comisión Europea el referido Plan en diciembre de 2013. Finalmente, es en el RDL 8/2014, de 4 de julio, es donde se establecen las bases de este SNGJ que se presenta como una posible solución para corregir el elevado desempleo juvenil en España,

que por desgracia, asoma con 6 puntos porcentuales por encima de la media de Unión Europea en lo que se refiere a la tasa de jóvenes entre 15-25 años que ni estudian ni trabajan (los coloquialmente denominados como “ninis”). Tal y como se expresa por la propia Exposición de Motivos del RDL 8/2014, el SNGJ tiene como finalidad principal que el colectivo de jóvenes no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación y que sean mayores de 16 años y menores de 25 (o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento), puedan recibir una oferta de empleo, una educación continua, una formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o tras quedar desempleados.

3. El SNGJ extendiendo su ordenación a lo largo en el Título IV, Capítulo I del RDL 8/2014, de 4 de julio (en sus arts. 87 y ss.). En primer lugar, los sujetos que van a poder participar de este Sistema los podríamos dividirlos en dos partes:

a) De un lado tenemos a las Administración General del Estado, así como las administraciones de las Comunidades Autónomas y demás entidades de Derecho Público (donde se incorporan también las Administraciones Locales). Éstas primeras serán las encargadas de gestionar el fichero que contendrá los datos de los jóvenes inscritos. También van a participar del SNGJ los sujetos y entidades que actúen en el ámbito privado. Todos estos sujetos son los que deberán desarrollar en el ámbito de sus competencias programas educativos, formativos y laborales para los jóvenes que cumplan los requisitos para beneficiarse de este Sistema.

b) Del otro lado, nos encontraríamos como participantes de este SNGJ a los jóvenes que se encuentren entre las edades 16 y 25 años (o 30 para los casos de discapacitados del 33 por ciento o más).

El objetivo que se persigue la implantación de este SNGJ es el de posibilitar que los jóvenes que tengan entre 16 y 25 años de edad y que se encuentren desempleados y no estén integrados en un sistema educativo o formativo puedan recibir una oferta de empleo, recibir educación o participar de unas prácticas formativas. Por lo tanto, no podrán participar de este Sistema, como es lógico, las jóvenes que se encuentren desempeñando ya alguna actividad laboral, pero además, tampoco aquellos que se encuentren estudiando, bien sea en la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato, algún ciclo formativo o cualquier carrera universitaria. Por ende, a simple vista parece

que el objetivo que se persigue con este SNGJ es reintegrar a un ambiente laboral o educativo a los jóvenes que se hubieran “bajado” de la senda profesional o estudiantil. De este modo, mediante el SNGJ se pretende: a) mejorar la intermediación; b) mejorar la empleabilidad de los usuarios; c) fomentar la contratación de estos jóvenes; d) fomentar su carácter emprendedor. Veamos estas funciones o metas del SNGJ más en detenimiento.

a) Para dar cumplimiento a las actuaciones de intermediación laboral se ofrecerán acciones de orientación laboral, información y acompañamiento en la búsqueda de empleo, actuaciones con agencias de colocación o programas de movilidad o intermediación educación-empleo, así como otras de carácter similar. El RDL 8/2014 ofrece una serie de posibilidades que en ningún caso suponen un “numerus clausus” de medidas, pudiendo ser perfectamente ampliadas por la imaginación del órgano gestor del SNGJ en cuanto comience a rodar y a funcionar. Pero, lo que podemos extraer de este primer bloque de acciones sería que se tratarían de medidas que irían encaminadas al conocimiento del mercado laboral. Por lo tanto, bajo mi punto de vista, serían todas aquellas actividades que supongan técnicas de confección de currículum vitae, de afrontar entrevistas de trabajo, de dar conocimiento sobre páginas de intermediación o colocación y aprender su manejo etc.

b) Para mejorar la empleabilidad de los jóvenes se desarrollarán medidas de formación con compromiso de contratación, de formación en idiomas y en tecnologías de la información y la comunicación, el impulso de prácticas no laborales en empresas, promoción de la formación profesional dual, la obtención de certificados de profesionalidad, desarrollo de Escuelas-Taller y Casas de Oficios, programas mixtos de empleo-formación, así como programas de segunda oportunidad para jóvenes que hubieran abandonado prematuramente los estudios. En fin, el SNGJ trataría mediante estas medidas mejorar las competencias de aquellos jóvenes que no las posean, ya sea mediante formaciones de carácter general como serían los programas de segunda oportunidad o el estudio de idiomas o del manejo de las nuevas herramientas tecnológicas, como formaciones de carácter específico para un puesto de trabajo, como lo serían las prácticas en empresas, la obtención de un certificado que habilite para el desarrollo de una concreta profesión o el estudio y desarrollo de prácticas profesionales en Escuelas Taller y Casas de Oficios.

c) Para apoyar la contratación de estos jóvenes se van a proponer incentivos a los empresarios. En concreto el art. 107 del este RDL regula una serie de

bonificaciones para las empresas que contraten a personas beneficiarias del SNGJ. El estímulo desarrollado por el Gobierno consiste en una bonificación de 300 euros mensuales en la aportación de la empresa al Sistema de la Seguridad Social que se prorrogará durante 6 meses. Asimismo, para hacer más atractivo el incentivo, se permite su compatibilidad con cualquier otra clase de bonificación, siempre y cuando el importe mensual a cotizar por la suma de todos los alicientes no sea negativo. En especial, me gustaría resaltar su compatibilidad con cualquiera de las bonificaciones o reducciones contempladas para la contratación de jóvenes desempleados menores de 30 años instauradas por la Ley 11/2013, de 26 de julio. La empresa deberá mantener al joven contratado al menos durante estos 6 meses que dura la bonificación, puesto que de no ser así deberá proceder a su reintegro (entiendo que deberá reintegrar la totalidad de la bonificación y no el prorrateo por los meses de duración del contrato). Obviamente, la situación deseable es que el joven empleado persista como empleado en la empresa por más de 6 meses, de ahí que no se prevea una contratación temporal, sino que el contrato a celebrar con el beneficiario del SNGJ deberá de ser por tiempo indefinido (incluida la modalidad fija discontinua). Pero, pese a que el contrato sea por tiempo indefinido, la jornada podrá pactarse a tiempo completo a tiempo parcial (como mínimo, del 50% sobre un trabajador a tiempo completo comparable). En todo caso, si se realizar un contrato con jornada a tiempo parcial se prevé una reducción paulatina de la bonificación. De este modo, si la jornada a tiempo parcial es al menos equivalente al 75% a la de un trabajador a tiempo completo comparable será de 225 mensuales, y si lo es al menos del 50% será de 150 euros mensuales. En este sentido, entiendo que cualquier fracción inferior al 50% no sería permisible (a efectos de recibir la bonificación); cualquier fracción entre el 50% y el 74% será bonificada con 150 euros mensuales y cualquier fracción entre el 75% y el 99% supondrá un montante de 225 euros, mientras que solamente el contrato indefinido (incluido el fijo discontinuo) a tiempo completo obtendrá la bonificación máxima de 300 euros mensuales durante 6 meses. Esta escala es, por tanto, una tímida apuesta por la contratación a tiempo completo, que debe ser acogida con buenos ojos, aunque quizá hubiera sido deseable prolongar la permanencia en la empresa más allá de los 6 meses.

La empresa no sólo deberá mantener al joven procedente del SNGJ como mínimo 6 meses, sino que además deberá mantener el nivel de plantilla adquirido con esta nueva incorporación. El objetivo de esta previsión parece claro: evitar la sustitución de trabajadores por mano de obra barata. No parecería sensato que desde el Gobierno se permitiese insertar laboralmente a una persona a costa o en perjuicio de otro trabajador, que todo sea dicho,

probablemente costaría más dinero a las arcas del Estado por vía de una posible prestación por desempleo que la un joven con poca o nula experiencia laboral. En todo caso, sí que se permitirá el descenso del nivel de empleo en la empresa cuando sean debidos a despidos por causas objetivas y disciplinarias que no hayan sido declarados improcedentes. Tampoco será factible que, una vez finalizado el plazo de la bonificación, se despidan al trabajador y volverlo a contratar posteriormente ya que el art. 107 del RDL solo permite una aplicar una vez la bonificación por cada uno de los beneficiarios del SNGJ. Por el contrario, si que cabrían tantas bonificaciones como contratos con diferentes beneficiarios se firmen. Podría pensarse quizá en actuaciones fraudulentas tales como aguantar a un joven contratado durante el mínimo legal (6 meses) y despedirlo para contratar a otro beneficiario del SNGJ por otros 6 meses y enlazar así varias bonificaciones con diferentes jóvenes. Se estaría así manteniendo el empleo, pero sin embargo, esta práctica estaría vedada implícitamente por el art. 107.1 del RDL porque se en éste se dispone que con cada nuevo contrato se tendrá que aumentar tanto el nivel de empleo por tiempo indefinido como el nivel de empleo total, y con el modo de proceder acabado de exponer no se estaría incrementando el nivel de empleo de la empresa. Por lo tanto, la sustitución de contratos entre beneficiarios tampoco parece una opción viable para la empresa (si quiere resultar bonificada).

Junto con todas las consideraciones particulares esgrimidas con anterioridad, el empresario también deberá de estar al corriente de sus obligaciones tributarias. La forma de acreditar este extremo será con el debido certificado que, desde el momento en que sea enviado de forma telemática por el órgano competente tendrá una validez de 6 meses, y a todos los efectos se considerará cumplido si en el momento de alta del joven empleado este certificado es positivo. Por lo tanto, si en la fecha del alta la empresa tiene un descubierto con sus obligaciones tributarias no pasaría nada a los solos efectos de recibir la bonificación que aquí se está comentando, sino que serviría con que esté al corriente de las mismas con prueba en el certificado presentado, cuya vigencia, como se ha expresado es de 6 meses desde que se hubiera expedido.

Junto con la bonificación específica contemplada por el propio art. 197 del RDL 8/2014 con los requisitos y exigencias vistos con anterioridad, también se incluyen expresamente a los jóvenes beneficiarios del SNGJ entre las bonificaciones de otra serie de modalidades contractuales. En concreto, se ha incorporado en el art. 9.2 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendimiento y de estímulo del crecimiento y de la creación de

empleo un apartado e) que reza lo siguiente: “ser personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil”. Esta incorporación significa que con una persona beneficiaria del SNGJ se va a poder celebrar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa y obtener con ello la correspondiente bonificación, consistente en una reducción del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social del trabajador contratado durante 12 meses, con posibilidad de ampliación por otros 12 (para empresas con 250 trabajadores o más se prevé una reducción 75%, en lugar del 100%). Asimismo, también se modifica la duración de la jornada prevista para estos contratos a tiempo parcial con vinculación formativa cuando la persona contratada sea una persona beneficiaria del SNGJ. En este sentido, como se supone que esta modalidad contractual lleva aparejada formación académica, se prevé que la jornada de trabajo no podrá ser superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Ahora bien, si el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa ha sido celebrado con una persona inscrita en el fichero del SNGJ, la jornada se puede elevar hasta el tope del 75% respecto a la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. No se alcanza a comprender la razón de este incremento, ya que si se analizan el resto de causas de este contrato (no tener experiencia laboral o que esta sea inferior a 3 meses; proceder de otro sector de actividad; ser desempleado de larga duración con 12 meses de inscripción en el paro dentro de los 18 meses anteriores a la contratación; carecer de título oficial de enseñanza obligatoria o de formación profesional o certificado de profesionalidad), algunas podrían encajar con los requisitos de inscripción en el SNGJ. Es cierto que la edad máxima para celebrar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa es de 30 años, pero también lo es que una persona inscribible en el SNGJ podría caer perfectamente entre los sujetos con los que se podría celebrar este último contrato. Por lo tanto, el incremento de la jornada de trabajo parece que es una forma indirecta de fomentar que los jóvenes entre 16 y 25 años opten por la inscripción en el SNGJ.

La Ley 11/2013, de 26 de julio también dispuso una serie de incentivos para la contratación en prácticas (regulada por el art. 11.1 ET). En este sentido, junto con otras modificaciones, se convino una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes al trabajador en prácticas, en caso de que éste se celebre con una persona menor de 30 años. Si la persona contratada en prácticas proviniera de la realización de prácticas no laborales en la misma empresa el porcentaje se aumentó al 75%. En este sentido, el legislador optó por bonificar más la continuidad en la empresa de un estudiante que estuviera

realizando prácticas no laborales. El RDL 8/2014, de 4 de julio, aumenta estos porcentajes si los contratados en prácticas provienen del SNGJ. Se incorpora de este modo un tercer párrafo a este art. 13.2 de la Ley 11/2013 que supone una bonificación adicional del 50% para los casos del primer párrafo de este art. 13.2 y del 25% para el segundo, es decir, se prevé una bonificación del 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes durante toda la vigencia del contrato en prácticas cuando la persona contratada sea beneficiaria del SNGJ. Esta bonificación el 100% opera tanto para contratados en prácticas por primera vez en la empresa, como para aquellos que provengan de unas prácticas no laborales. En este sentido, al aplicar una bonificación adicional del 50% al primer caso y un 25% al segundo, el Gobierno ha equiparado ambas posibilidades. En todo caso, cabe precisar en este momento que el contrato en prácticas sólo le podrá celebrar con personas que, aunque sean beneficiarias del SNGJ estén en posesión de un título universitario, de formación profesional de grado medio o superior o equivalentes. Por lo tanto, no todos los jóvenes inscritos en el SNGJ van a poder resultar contratados en prácticas. Este incremento de la bonificación de los contratos en prácticas vuelve a ser una primacía que el Gobierno concede por las personas inscritas en el SNGJ, y también una clara apuesta por la contratación en prácticas de población cada vez más joven. En este sentido, con la Ley 11/2013, de 26 de julio se primó la contratación en prácticas de jóvenes menores de 30 años respecto de personas que superen ese umbral. Ahora, se vuelve a bonificar por encima de éstos a la contratación de menores de 25 años que, eso así, en este caso deben de estar efectivamente inscritos en el SNGJ (por lo que junto con la edad, deben de reunir otra serie de requisitos). En todo caso, estas mayores bonificaciones para los contratos en prácticas (también para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa) solamente se contemplan para contrataciones que se efectúen hasta el 30 de junio de 2016. El hecho de que

También se ordena al Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este RDL que modifique de la Orden ESS/25118/2013, de 26 de diciembre, para aumentar las cuantías máximas de las bonificaciones dirigidas a financiar las acciones de formación del contrato para la formación y el aprendizaje, así como una bonificación adicional para financiar los costes de tutorización de cada trabajador. Esta ampliación de bonificaciones se dará, como es de esperar, cuando el referido contrato sea celebrado con una persona beneficiaria del SNGJ.

d) La última de las medidas a desarrollar a favor de los jóvenes inscritos en el SNGJ es la del fomento del emprendimiento. En este sentido se entenderá

apoyar el espíritu emprendedor, fomentando la responsabilidad, innovación y emprendimiento por medio de una cooperación más estrecha entre los servicios de empleo, las entidades de apoyo a las empresas y los proveedores de financiación. Entrarían en este apartado incentivos a la creación de nuevas empresas vía reducciones o bonificaciones a las cotizaciones a la Seguridad Social de los autónomos. También subvenciones o ayudas al autoempleo, y en concreto, al emprendimiento colectivo en el marco de la Economía Social. Asimismo, mayores posibilidades de capitalización de la posible prestación por desempleo. Todos estos jóvenes ya se pueden beneficiar de ventajas fiscales demás bonificaciones a las cotizaciones a la seguridad social por su apuesta por el autoempleo, en concreto, la Ley 11/2013, de 26 de julio, estableció incentivos en esta dirección. Ya existen también posibilidades de capitalizar la renta de la prestación por desempleo. Pero, lo que se prevé en este punto, es que el órgano gestor del SNGJ desarrolle una serie de incentivos y mejoras especiales para aquellas personas que hayan sido debidamente inscritas en este Sistema.

4. Otra de las particularidades de este Sistema radica en que éste no va a alcanzar de oficio a los sujetos que pudieran reunir los requisitos, es decir, que no se aplica a todos los jóvenes censados o a aquellos que estén inscritos como desempleados, sino que solamente va a desarrollarse para aquellas personas que voluntariamente lo soliciten. Por lo tanto, serán los propios jóvenes interesados en entrar a formar parte de este SNGJ los que deberán de solicitar su ingreso y si cumplen los requisitos exigidos por la normativa (a los que más tarde se hará referencia) obtendrán un perfil y podrán beneficiarse de las actuaciones y de los programas integrados por el SNGJ.

Por ende, se postula como un requisito necesario de participación en el SNGJ la inscripción en un fichero administrativo, el cual ha sido creado por el propio RDL 8/2014. Se trata de un fichero de naturaleza administrativa, es decir, un archivo de carácter público cuya gestión no puede quedar en manos privadas. Tan es así, que contra la resolución de denegación de registro por parte del órgano responsable del fichero se podrá plantear recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Empleo, que podrá ser planteada en el plazo de un mes desde la resolución agotándose así la vía administrativa (art. 115 Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Las funciones de este fichero administrativo se contienen en el art. 93 del RDL 8/2014. Este último establece 7 funciones que sirven para llevar a buen puerto los fines y objetivos perseguidos por el SNGJ. En este sentido, el

fichero de carácter público creado por este RDL va a servir: 1) para que las entidades públicas encargadas de su gestión puedan conservar y acceder a los datos de las personas que de forma voluntaria han decidido inscribirse en el mismo; 2) para gestionar y planificar el Sistema con base a la información contenida en ellos; 3) como forma de garantizar que las acciones y medidas desarrolladas con base al Fondo Social Europeo se aplican exclusivamente a las personas inscritas en el fichero, que son las que, de otro lado además de querer beneficiarse del Sistema cumplen con los requisitos legales, con ello los esfuerzos se condensan en las personas a las que van dirigidos; 4) favorecer el desarrollo de acciones y medidas mediante la disponibilidad de información que permita el análisis de la situación y la evolución de los recursos ejecutados; 5) contar con un perfil básico de cada joven registrado. Este perfil básico podrá completarse por las CCAA; 6) favorecer la información necesaria para la elaboración de los itinerarios y la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigibles de conformidad al contenido de las convocatorias y acciones que se puedan desarrollar; 7) Permitir un seguimiento y evaluación de todas las actuaciones realizadas en el marco del SNGJ.

Los datos inscribibles en el citado fichero se encuentran regulados en los arts. 95 y 111 del RDL 8/2104 y vienen a coincidir, en esencia, con la información clásica que se suele mostrar en un currículum vitae. En este sentido, se deberán inscribir los datos personales (nombre, DNI, fecha de nacimiento, lugar de residencia y contacto), la formación recibida (estudios, idiomas, posesión carnés etc.) y la experiencia laboral (con los detalles del empleo, es decir, la empresa, actividades desarrolladas, duración etc.). Pero, junto con informaciones sobre el CV del solicitante, éste también deberá expresar en la solicitud sus intereses e inquietudes profesionales y personales así como firmar una declaración mediante la cual exprese la certeza de los datos facilitados y su compromiso de participar de forma activa en los itinerarios o medidas que se desarrollen y lleven a cabo desde el SNGJ. Se incorporará también una cláusula de autorización para la consulta de estos datos personales por organismos públicos y privados interesados. Una vez realizada el alta en el fichero también se deberán anotar con carácter sobrevenido y de forma progresiva las medidas o actuaciones que han sido ofrecidas al joven inscrito y el grado de desarrollo alcanzado. Éstas vendrían a ser como una ampliación del currículum vitae del beneficiario. En todo caso, el contenido concreto de los datos inscribibles en el fichero puede ser delimitado por la Dirección General del Ministerio de Empleo y Seguridad Social competente, pero siempre se deberá actuar conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de septiembre, de Protección de Datos de Carácter

General (se deberá notificar la constitución del fichero a la Agencia de Protección de Datos, para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos.

5. Los requisitos que deben de reunir los jóvenes para que puedan resultar inscritos en el fichero administrativo y por ende, participar del Sistema son los siguientes.

1) Ser de nacionalidad Española o de algún País de la UE, del Espacio Económico Europeo (incluida Suiza). También podrán inscribirse otra serie de extranjeros que estén en España con un permiso de trabajo, si bien, en todos los supuestos el sujeto debe de estar empadronado en alguna localidad española.

2) Tener más de 16 años y menos de 25 (salvo con discapacidad de más del 33% que se incrementa la edad a 30 años). El requisito de la edad se exige que se cumpla en el momento de la solicitud de inscripción. En este sentido, desde el techo mínimo se exige tener cumplidos los 16 años, es decir, la edad legal mínima general para poder trabajar. Desde el techo máximo se exige tener menos de 25 años, sin que esta última edad quede incluida dentro de los jóvenes inscribibles en el fichero. Por lo tanto, una persona que tenga 25 años en el momento de realizar la solicitud ya no podrá resultar inscrito ni ser beneficiario del SNGJ. Tanto es así, que una de las causas de baja en el Sistema es precisamente haber alcanzado la edad de 25 años, que sólo se prorrogará en el caso de que el beneficiario se encontrara disfrutando de alguna actuación del SNGJ en el momento de cumplir 25 años.

3) No haber trabajado en los 30 días naturales con anterioridad a la inscripción. Como vemos, en ningún caso se va exigir que el solicitante sea parado de larga duración. En este sentido, puede ser perfectamente que el solicitante haya venido trabajando con regularidad y hubiera perdido el empleo como tarde un mes antes de presentar la solicitud. Tampoco se va a exigir que el joven venga percibiendo una prestación por desempleo, ni que se encuentre inscrito como demandante de empleo en la correspondiente oficina del Servicio Público de Empleo Estatal. Por lo tanto, podemos deducir que no se ha querido esperar a que la situación de desempleo devenga patológica (más de lo que ya es en la actualidad) y parece que el Gobierno pretende atajar el problema de los “ninis” con prontitud.

4) Respecto a las actividades formativas se amplía este lapso temporal de inactividad y se va a exigir que el solicitante no haya recibido acciones educativas de más de 40 horas mensuales en los 90 días anteriores a la solicitud. Por lo tanto, debe haber estado como mínimo 3 meses sin recibir educación reglada. Con el límite de 40 horas mensuales pueden resultar perfectamente inscritos aquellos jóvenes que hubieran realizado en este periodo, por ejemplo, un curso de especialización o de idiomas etc. Por el contrario, como puede fácilmente colegirse, se tratará de jóvenes que no estén estudiando un módulo, ciclo formativo de grado superior, bachiller, grado universitario etc. Puesto que todos estos niveles educativos superan una las 40 horas al mes.

5) Respecto a las acciones formativas, el RDL 8/2014 acoge las horas de las acciones educativas (40 horas al mes) y el lapso temporal del empleo (30 días anteriores a la solicitud). Por acciones formativas debemos entender todas aquellas prácticas no laborales, laborales o contratos para la formación y el aprendizaje. Se trataría, en suma, de todas aquellas actividades de trabajo realizadas como aprendiz o en prácticas. En estos supuestos, el lapso temporal es como el del trabajo ordinario, es decir, el solicitante debe de haber estado por lo menos 30 días sin recibir más de 40 horas a la semana. En estos casos se incorpora el requisito de las 40 horas a la semana como una ficción legal, puesto que recibir 40 horas o menos al mes de formación práctica se considera tan insuficiente que es como si no se hubiera recibido formación.

6) En último término, el solicitante debe de prestar su declaración expresa de tener interés en participar en el SNGJ y en todas las actividades que se desarrollen en su seno.

6. Por lo que respecta al procedimiento de inscripción, cabe decir que es bastante sencillo y se debe de realizar por entero de forma telemática. Para ello, la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social dispondrá de la información pertinente y de una instancia que será la que deberán rellenar los solicitantes. En principio, esta inscripción telemática se hará con el DNI electrónico o cualquier certificado electrónico reconocido, si bien, para personas que no dispongan de estas herramientas informáticas se podrá cumplimentar rellenando un formulario alternativo mediante el cual se les dispensará un usuario y contraseña con el que poder entrar en la aplicación. En todo caso, para personas con riesgo de exclusión social (cuestión que se deberá acreditar por medio del correspondiente certificado

de los servicios sociales), así como para el caso de personas con un 33% de discapacidad o más, se puede excepcionar esta inscripción telemática, permitiéndoles que lo entreguen en mano mediante un formulario habilitado para tal propósito. Pero salvo estas contadas excepciones, la regla general es el de un procedimiento online, a través de la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Las Comunidades Autónomas también pueden desarrollar procedimientos de inscripción, aunque en todo caso: 1) nunca podrán alterar los requisitos de inscripción vistos con anterioridad, puesto que estos se toman como base para todo el territorio Español en aras de preservar la igualdad en todos los territorios. Por lo tanto, podríamos convenir que los requisitos de acceso al SNGJ son normas de derecho imperativas, que deben ser cumplidas por todas las personas solicitantes y sobre las que no caben concesiones. En todo caso, si con el paso del tiempo se percibiera que los requisitos son demasiado exigentes o que el éxito del SNGJ no fuera el esperado, sería tarea de nuevo del legislador de repensar estos requisitos, tal y como parece que está sucediendo en la actualidad en la tramitación parlamentaria de la Ley de Mutuas para el caso de la prestación social por cese de actividad de los trabajadores autónomos; 2) los datos recogidos por las CCAA no podrán quedar dispersos a lo largo y ancho del territorio Español, sino que deben quedar custodiados por un único sistema informático, que dependerá de los órganos de la Administración Central. Por lo tanto, las personas inscritas, bien sea a través de la sede electrónica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, bien sea a través de cualquier CCAA aparecerán en un único fichero común.

La resolución administrativa que acepte o deniegue la inscripción también se realizará a través de la aplicación informática de la página web donde se ha realizado la solicitud. En este sentido, si a la persona solicitante se le hubiere escapado acreditar algún requisito legal la administración le facilitará un plazo para subsanar. La administración resolverá sobre la inscripción también en la misma plataforma electrónica y aceptará la misma en el supuesto de que se reúnan y cumplan todos los requisitos para participar del SNGJ y la desestimarán en caso contrario. El plazo del que dispone la administración para resolver acerca de la inscripción es como máximo de 6 meses, entendiéndose denegada en caso de silencio administrativo. En cualquier caso, debido a la simplicidad de la verificación de los datos todo apunta a que debería de solventarse en un breve lapso de tiempo. De otro lado, esperar 6 meses para resolver parece contraproducente para el beneficiario. Como se ha comentado anteriormente, esta resolución podrá ser objeto de Recurso de

alzada en el plazo de un mes desde que se hubiera resuelto y será interpuesto ante la Secretaría de Estado de Empleo (no se contempla por tanto el recurso potestativo de reposición, sino que deberá plantearse directamente uno de alzada, que además, agotará la vía administrativa).

7. Modificaciones de datos y baja del sistema. Como es natural, los requisitos exhibidos no son perennes en el tiempo, más bien al contrario, lo deseable es que los datos académicos vayan mejorando. En este sentido, cada vez que se produzca cualquier incidencia respecto a los requisitos anteriormente comentados los sujetos participantes del Sistema deberán comunicarlo en un plazo de 15 días desde que acontezca.

Por lo que respecta a la baja en el SNGJ se puede producir por 2 vías, una potestativa y otra preceptiva:

La primera de ellas es por la propia voluntad del solicitante. En este sentido, si los jóvenes que reúnan los requisitos son libres para solicitar su inscripción en el SNGJ, también lo van a ser para darse de baja en cualquier momento. El SNGJ no es un Sistema obligatorio para los jóvenes, ni para pertenecer al mismo ni para permanecer en él. De este modo, la baja voluntaria también se deberá solicitar telemáticamente cumplimentando un formulario que se establecerá al efecto (excepto para las personas en riesgo de exclusión social y discapacitados que podrán hacerlo en papel).

La segunda de ellas -la baja preceptiva- se producirá de oficio por el propio órgano gestor del fichero cuando el joven cumpla la edad de 25 años (o 30 si es discapacitado). Por el contrario, los beneficiarios no serán dados de baja al cumplir la citada edad si en ese momento se encontraran a mitad disfrute de alguna concreta medida o acción desarrollada por el SNGJ, ni tampoco cuando éstos no hubieran sido atendidos todavía en ninguna actividad. En este sentido, se ha pretendido que los jóvenes inscritos puedan beneficiarse aunque sea una de las medidas desarrolladas por parte del SNGJ. En todo caso, si el beneficiario del SNGJ hubiera rechazado alguna medida implementada en el marco de este Sistema su baja será oficiada de forma inmediata al alcanzar la edad de 25 años.

Para poder recibir cualquiera de las medidas desarrolladas por el SNGJ, además de estar efectivamente inscritos, deberán cumplir de nuevo con algunos de los requisitos de inscripción, en concreto; no haber trabajado en los 30 días naturales anteriores al momento de recibir la actuación; no haber

recibido acciones educativas de más de 40 horas mensuales en los 90 días anteriores; y no haber recibido acciones formativas de más de 40 horas mensuales en los 30 días anteriores. En todo caso, para estas dos últimas consideraciones sí que se podrán llevar acciones relativas a la contratación o al emprendimiento. Por lo tanto, cuando un joven inscrito hubiera recibido acciones educativas de más 40 horas al mes en los 90 días anteriores o acciones formativas de más de 40 horas al mes en los 30 anteriores, se le vedará para recibir medidas de orientación profesional y de mejora de la empleabilidad, pero podrán beneficiarse de las bonificaciones a las empresas para resultar contratados en prácticas o temporalmente con vinculación formativa o por tiempo indefinido (en las condiciones vistas con anterioridad, vid. “supra”). Por su parte, si el joven inscrito en el SNGJ hubiera trabajado en los 30 días anteriores no podrá recibir ninguna atención o medida por parte del SNGJ. Se trata, en suma, de una medida de ponderar a los jóvenes y concentrar los esfuerzos en quiénes realmente más las necesiten. También serán criterios de ordenación y ponderación dentro del fichero único cuestiones tales como la edad, la experiencia laboral previa, nivel de cualificación o permanencia en situación desempleada. En este sentido, la atención se deberá desarrollar primeramente sobre aquellos inscritos mayores necesidades presenten, y priorizando también a aquellas personas que no hubieran recibido atención por parte del SNGJ y que estén más cerca de los 25 años.

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA Y MIGRACIONES INTERNACIONALES EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. UNA APUESTA POR LA EFICACIA.

MARIEL F. MOLINA DE JUAN

ABOGADA. DOCTORA EN DERECHO. DOCENTE DE DOCTORADO EN DERECHO,
FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO. MIEMBRO DE LA
SUBCOMISIÓN QUE COLABORÓ EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL, LIBRO II.

1. El mundo avanza hacia complejos procesos de integración regional entre los distintos estados nacionales. La permeabilidad de las fronteras y la conformación de bloques económicos interestatales facilitan las migraciones de hombres y mujeres que se desplazan de un país a otro, de una cultura jurídica a otra, en busca de mejores condiciones de vida y de desarrollo personal.

En este contexto se produce un intercambio personal, social y cultural que estimula la internacionalización de las relaciones familiares. La familia intercultural (o internacional) ha dejado de ser un caso excepcional para pasar a ser un fenómeno que durante los últimos decenios se consolida progresivamente. El traslado de las personas de un país a otro, produce una

gran cantidad de modificaciones que tienen implicancias en la esfera de sus relaciones afectivas y pueden dar lugar a una variedad de conflictos jurídicos afectando directamente la vida de los habitantes, e impactando en forma perjudicial en los miembros más vulnerables de los grupos familiares.

Las desavenencias entre los integrantes de las parejas (matrimoniales o convivenciales) presentan anomalías tan complejas que han llevado a los Estados a perfeccionar sus legislaciones y a suscribir convenios bilaterales o multilaterales con el objeto de proteger a las personas que se encuentran en situación de desamparo.

Una de las cuestiones más preocupantes de este fenómeno de internacionalización familiar, gira en torno de la eficacia del derecho alimentario. Más aún en América Latina, una región con alto porcentaje de niños, bajos ingresos per cápita y elevado nivel de emigración hacia países de mayor desarrollo que, en muchos casos, deja a los más vulnerables sin su debida manutención. Una mirada a la praxis judicial argentina demuestra que, en muchos de estos casos, quien tiene derecho a una prestación alimentaria ni siquiera lo intenta por las dificultades que encuentra para el acceso a la justicia, o bien, pronto abandona su pretensión porque advierte que se torna infructuosa o inviable. Indudablemente todas estas situaciones conllevan denegación internacional de justicia, con el agravante que en muchos casos, involucran directamente a niños o adolescentes.

El problema es que los litigios judiciales que se desarrollan entre personas que viven en diferentes países son largos, complicados y onerosos; los actos procesales más sencillos pueden demorar muchísimo tiempo y presentar obstáculos insospechados, más aún, en los casos de reclamos de alimentos en los que con frecuencia se desconoce dónde vive el deudor, cuáles son sus ingresos o si tiene bienes que puedan asegurar el cobro.

2. La obligación alimentaria internacional es aquella relación jurídica en la que las partes (el reclamante de alimentos y el deudor alimentario) tienen su domicilio o residencia habitual en distintos Estados, o teniéndolo en el mismo, el obligado posee bienes o ingresos con los cuales tiene que hacer frente a la prestación, en otro Estado.

El Código Civil vigente en Argentina, posee muy pocas disposiciones relativas al derecho aplicable y el juez competente para tramitar el reclamo.

Con mejor criterio, el Proyecto de Código Civil y Comercial Argentino – aprobado por el Senado de la Nación el 28 de noviembre del año 2013 y a la espera de su tratamiento por la Cámara de Diputados- contiene un Título específico, que regula el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna. Recoge la visión del derecho internacional de los derechos humanos, los aportes de los precedentes y de la más autorizada doctrina. Los Fundamentos elaborados por la Comisión redactora justifican su incorporación: “Las normas de derecho Internacional Privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada...Las soluciones han sido elaboradas con un abordaje desde el derecho internacional de los derechos humanos y recogen una serie de consensos alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales vigentes, con formulaciones sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos.” En este Proyecto, “la obligación alimentaria ha recibido el tratamiento de una categoría autónoma, con su específica localización, que responde a las modernas tendencias y encuentra su fundamento en el derecho de la persona humana a la satisfacción de sus necesidades más elementales.”

En los próximos párrafos se sintetizan los aspectos centrales de la propuesta legislativa.

3. Este tema no está contemplado en el Código Civil vigente, salvo lo dispuesto por el art. 162 que se refiere exclusivamente a los efectos personales del matrimonio. En relación con los alimentos entre cónyuges, fija el derecho del domicilio conyugal, aunque para la determinación del quantum, permite recurrir a la ley del domicilio del demandado, si es más favorable al acreedor alimentario.

Con acierto, el Proyecto de Código Civil y Comercial se ocupa expresamente de la ley aplicable para diversos supuestos. Establece que la obligación alimentaria en general, se “rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario”. Los acuerdos alimentarios, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual

de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo (cfr. art. 2630). La propuesta sigue la misma regla que la IV Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Alimentos (CIDIP IV); confiriere la facultad de elección a la “autoridad competente”, quien debe evaluar cuál es la ley más beneficiosa para el alimentado.

Cuando el reclamo sea entre cónyuges, se aplica la ley del último domicilio conyugal o la del país cuyo derecho rige la disolución o nulidad del vínculo; en el caso de las uniones convivenciales – cuya regulación sistemática se recepta por primera vez en Argentina- se aplica el derecho del lugar de la última convivencia efectiva.

4. En el Código Civil argentino, la única norma sobre jurisdicción competente para el reclamo de alimentos se localiza en el art. 228, que si bien se refiere a casos nacionales, la doctrina considera aplicable por vía de la analogía, también a las situaciones internacionales. Para los reclamos accesorios a la separación personal o divorcio, establece la actuación del mismo juez por razones de conexidad. Si los reclamos son autónomos, ofrece una serie de alternativas en beneficio del acreedor alimentario, quien puede escoger aquella que le resulte más conveniente.

El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial establece un significativo número de alternativas y dispone que la elección recaerá en el que solicita los alimentos (cfr. art. 2629). Las acciones pueden interponerse: a) ante los jueces de su domicilio, b) de su residencia habitual, o c) ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden ejercerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes. De este modo se siguen los lineamientos sentados por la CIDIP IV, que incorpora el punto de conexión patrimonial.

Cuando se trate de reclamos alimentarios entre cónyuges o convivientes, es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, el del domicilio o residencia habitual del demandado, o el que ha entendido en la disolución del vínculo.

Por último, si se hubiere celebrado un convenio alimentario, a opción del beneficiario, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración del convenio si coincide con la residencia del demandado.

5. El sistema diseñado en el Proyecto de Reforma argentino, se ocupa específicamente de los mecanismos de cooperación y asistencia jurídica internacional y ofrece algunas herramientas en vistas a la eficacia del derecho alimentario.

En primer lugar, garantiza la cooperación internacional, pues impone a los jueces argentinos el deber de brindar amplia colaboración jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral (cfr. art. 2611).

Por otra parte, comprende la asistencia procesal internacional al disponer que “las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino” (cfr. art. 2612).

6. En líneas generales, la propuesta de Código Civil y Comercial argentino muestra una gran preocupación por la eficacia de las resoluciones judiciales que fijan alimentos. Consciente de que se trata de un derecho humano fundamental, estructura un sistema normativo destinado a garantizar su cumplimiento y confiere al juez la facultad de disponer “medidas razonables” para lograrlo (cfr. arts. 550 a 553.).

La incorporación de reglas de derecho internacional privado en materia alimentaria resulta un gran acierto, en tanto procura proteger a la parte más débil de la relación mediante normas de conflicto materialmente orientadas, foros concurrentes, y mecanismos de cooperación internacional. De este modo, ofrece instrumentos encaminados a la concreción de los derechos alimentarios, resalta el principio de responsabilidad familiar, y brinda mayores elementos para la tutela judicial efectiva de los sujetos más desvalidos frente a las crisis sociales y familiares.

CUESTIONES PRÁCTICAS ACERCA DEL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

PROFESOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIVERSIDAD MIGUEL
HERNÁNDEZ DE ELCHE

1. Después de largos años de paz sobre la cuestión de la “prueba del Derecho extranjero”, una vez entrada en vigor la LEC 1/2000, surgieron diversas tesis, algunas muy dispares, motivadas en gran medida por los silencios de la mentada ley procesal y la tácita flexibilidad otorgada por este “sistema abierto” que mezcla la regulación legal con la jurisprudencial, dotando de mayor maniobrabilidad a la propia interpretación de las concretas situaciones privadas internacionales, y así adaptar los hechos concretos con el continuo y cambiante contexto de la globalización propia de este siglo.

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del art. 281 LEC donde nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que “el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

2. Partiendo de esta premisa básica, debemos contestar ahora a la siguiente pregunta: ¿cómo debe probarse?

En principio, en materia de aportación de pruebas, la LEC opta por el principio de aportación de parte, existen, a nuestro juicio, excepciones que pueden desembocar en la decisión de acordar de oficio la práctica de pruebas determinadas o la aportación documental cuando lo establezca la ley. El propio art. 281.2 LEC dice: "Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley".

La STS de 13 de abril de 2000, dice que "los órganos judiciales tienen la facultad pero no la obligación, de colaborar con los medios de averiguación que consideren necesarios", por lo que el art. 281.2 LEC, constituye una norma meramente potestativa de modo que si bien permite al juzgador averiguar por todos los medios que estime necesarios el Derecho extranjero aplicable, no le obliga a ello. Existen distintos mecanismos previstos en convenios internacionales que permite al tribunal acreditar el Derecho extranjero (la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo el 8 mayo 1979. -Instrumento de Adhesión de España del 10 de diciembre de 1987-, el Convenio europeo acerca de la Información sobre el Derecho extranjero de 7 de junio de 1968. -Instrumento de adhesión de 2 de octubre de 1973 de España- y Protocolo adicional al Convenio europeo acerca de la información sobre Derecho extranjero, hecho en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, el Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero hecho en Londres el 7 de Junio de 1968, así como diferentes convenios bilaterales con distintos países como México, Marruecos, Republica Checa, China, Bulgaria, Brasil, etc.).

3. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española, sin embargo, para su aplicación "el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas". Interpretando este precepto, la Jurisprudencia ha sentado lo siguiente [STSJ Madrid (Sala de lo Social) 11 enero 1999]:

1) Quien invoca el Derecho extranjero deberá “acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso” -SSTS (Civil) 3 febrero 1975 y 31 diciembre 1994. Pues se razona que “la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca” -SSTS (Civil) 28 octubre 1968, 4 octubre 1982, 15 marzo 1984, 12 enero 1989, 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990 y 3 marzo 1997-.

2) Se estructura a nivel legal y jurisprudencial: una amplia facultad investigadora tiene el juez de instancia a la hora de determinar el Derecho extranjero aplicable, no quedando vinculado por las aportaciones de las partes. Así, la importante STS (Civil) de 3 marzo de 1997 razona que: “Aunque en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del Derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición que arranca de la L. 18, Tít. 14 de la Partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del Derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditación de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en este sentido, que el iura novit curia, aun atenuado respecto del Derecho extranjero no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente, tras la redacción del Título Preliminar del CC, el artículo 12.6 deja claro: a) que la norma extranjera se ‘acredita’; b) que en su función de aplicador el Juzgador puede valerse de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El término ‘acreditar’ no está empleado de manera vulgar, sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinalmente ‘libre’, o en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos), y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable”.

3) Es posible el uso de las diligencias finales para lograr un conocimiento adecuado del Derecho extranjero aplicable, máxime cuando se alegan normas

extranjeras y se acreditan en forma defectuosa o contradictoria -STS (Civil) 15 noviembre 1996.

4) Cuando el Derecho extranjero no ha quedado probado en forma alguna o con la suficiente claridad o seguridad, lo procedente no es desestimar la demanda, sino aplicar la legislación española -STS (Civil) 11 mayo 1989, 21 junio 1989 y 22 marzo 1994.

Por tanto, para ser eficaces en la prueba del Derecho extranjero será recomendable probar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (así se manifiesta el TS, en S. 25 enero 1999 y la AP Castellón, Sección 3ª, en S. 22 noviembre 2002).

No cabe confundir la prueba de "legislación" vigente en un determinado territorio, con la prueba "del Derecho" aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por lo demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el "common law" [STS (Civil) 24 junio 2010, rec. 1798/2006].

4. En relación con los medios de prueba del Derecho extranjero, entre otras, las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 24 de junio de 2010 ponen de relieve la posibilidad de utilizar "todos los medios de prueba a su alcance", que venimos a enumerar:

a) Documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones: El documento extendido por fedatario público es el medio de prueba más extendido en nuestros Tribunales, y que aunque venga a determinar la vigencia y contenido, queda limitado por la falta de interpretación y de aplicación de la norma al caso concreto. La propia alusión en la interpretación de la normativa a aplicar, hecho muy necesario en cualquier litigio, va a restar fuerza probatoria y deberemos complementarla.

b) Prueba pericial (art. 335 LEC): informe elaborado por "Expertos en el Derecho Extranjero". Los "expertos" pueden ser tanto del país cuyo Derecho se trata de probar como de otra nacionalidad incluso española (es una buen a

opción acudir a Abogados, Notarios o Profesores de Derecho Internacional Privado). Este es el medio de prueba más completo y que puede y debe probar no sólo la vigencia y contenido del Derecho extranjero sino también su interpretación y aplicación al caso concreto, como complemento a la documental pública.

c) Sobre los documentos privados: debe ser inadmitida la aportación de simples copias de normas seleccionadas, ya sean fotocopiadas o simplemente transcritas y copiadas de Internet; obviamente, no prueban la vigencia y contenido del Derecho aplicable. La aportación de colecciones privadas y textos autorizados de doctrina extranjera puede constituirse como complemento del resto de pruebas sin que pueda constatarse la certeza.

Si las partes “nacionalizan” el supuesto litigioso y simplemente citan simplemente el Derecho español, en nuestra opinión, el tribunal debería dictar una sentencia que desestimando la demanda o reconvención. Esta tesis, a pesar de no ser la más utilizada por los Juzgados y Tribunales españoles, entendemos que sería la más correcta por varios motivos:

- El Juez no puede aplicar de oficio el Derecho extranjero. Las normas de conflicto son imperativas, por lo que cuando la Ley aplicable es extranjera, impide al Juez a resolver con arreglo al Derecho español.

- El Juez, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

- Elude posible fraude evitando la aplicabilidad de la Ley española por la que las partes simplemente tengan esa voluntad, cuando es imperativa la aplicación del Derecho extranjero.

Si la demanda es planteada incorrectamente y debían fundamentar, alegar y probar el Derecho extranjero, debe desestimarse, pudiendo volverse a instar su pretensión fundándose en el Derecho extranjero aplicable según nuestras normas de conflicto de conformidad con el art. 400 LEC, cuando dice que a efectos de cosa juzgada “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

En contra de esta tesis, se pronuncia la STS de 4 de julio de 2006 al afirmar que “el Derecho extranjero es tratado como un hecho y por ello debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta

entidad del derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de modo que en el caso que ello no se produzca, deberá aplicarse el derecho español”. En el mismo sentido, y de forma mayoritaria en la jurisprudencia de los Tribunales españoles, se pronuncia las SSAP Alicante de 22 de noviembre de 2002 y 12 de mayo de 2005, a cuyo tenor “ha de recordarse el criterio jurisprudencial contenido, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000 y 17 de julio de 2001, según el cual los órganos jurisdiccionales españoles deberán aplicar el Derecho nacional cuando no sea posible fundamentar el fallo con seguridad absoluta en el Derecho extranjero que fuere de aplicación”.

En definitiva, si el Tribunal no se considere debidamente instruido sobre el contenido del derecho extranjero aplicable procederá a resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico, por lo que deberemos de planificar nuestra prueba correctamente por la posible, temeraria y contra legem consecuencia de la sustitución del Derecho extranjero por las normas sustantivas de nuestro ordenamiento interno.

EL DOBLE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO

LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO

1. La Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, señala que “En cuanto al silencio administrativo, el artículo 43 prevé como regla general el silencio positivo, exceptuándose sólo cuando una norma con rango de Ley o norma comunitaria europea establezca lo contrario. No podemos olvidar que cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración que diseña la propia Ley. Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido con las obligaciones legalmente impuestas”.

De ello podemos extraer dos ideas esenciales;

En primer lugar, existe una clara intención por parte del legislador de luchar contra la inactividad de la administración, y, en segundo lugar, en caso de

inactividad, rige, como norma general, el silencio positivo favoreciendo así al administrado.

2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo” (párrafo primero el art. 43.1, de la Ley 30/1992).

Sin embargo, la regla general del silencio positivo no es ilimitada, pues queda excepcionada en los siguientes casos: i) cuando una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. ii) Procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución. iii) Procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público. iv) En los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

Excepciones, a su vez, contraexcepcionadas por lo dispuesto en el art. 43.1, “in fine”, en virtud del cual, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

3. La contraexcepción del art. 43.1 in fine ha sido interpretada por la STS de 8 de Enero de 2013. El pleito tiene origen en la solicitud realizada por un piloto militar de helicópteros a la Dirección General de Aviación Civil, en fecha 2 de mayo de 2008, que le fuera enviada la acreditación necesaria para poder optar a la prueba en vuelo para la obtención del título de piloto comercial de helicóptero. Ante la falta de respuesta por parte de la Dirección General de Aviación Civil (rebasado el plazo de tres meses previsto para resolver ex art. 42.3 de la Ley 30/1992) formuló recurso de alzada en fecha 4 de agosto de 2000.

En fecha 19 de noviembre de 2008 la Administración desestima el recurso de alzada, si bien extemporáneamente, en cuanto también en ese trámite se superó el término para resolver.

A fecha de 6 de marzo de 2009 el interesado interpone recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional la cual resuelve en Sentencia de 22 de febrero de 2010 en un sentido favorable al administrado, pues entiendo que rige la regla general del silencio administrativo positivo.

Contra la referida sentencia de la Audiencia Nacional se formuló por parte del Abogado del Estado recurso de casación pues entendía que la infracción de la Disposición 29ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, modificada por la ley 24/2001, de 27 de Diciembre, pues entiende que, según el Anexo 2 de esa Ley, la materia de que se trata está excluida del silencio positivo que con carácter general establece el art. 43.2 de la Ley 30/1992.

El Tribunal resuelve:

“Cuarto—(...) 1ª.- el silencio positivo se produjo en una primera ocasión en vía de solicitud, ya que esta no consistía en la expedición, renovación, homologación, convalidación o reconocimiento (del título de piloto de helicóptero) a que se refiere, como caso de excepción al silencio positivo, el Anexo 2 de la Disposición Adicional vigésimonovena de la Ley 14/2000 , modificada por la Ley 24/2001, sino que consistía, simplemente, en que se le expidiera una acreditación para optar a la prueba de vuelo para la posterior obtención del título de piloto, cosa que es de todo punto diferente. Así que en el caso regía sin excepción la norma del silencio positivo recogida en el artículo 43.2 de la Ley 30/92. 2ª.- Pero, además, se volvió a producir el silencio positivo (incluso en el caso de que hubiera regido la excepción esgrimida por el Sr. Abogado del Estado y el primer silencio hubiera de ser entendido negativo), al no ser resultado el recurso de alzada en el plazo de los tres meses establecido en el artículo 115.2 de la Ley 30/92. En efecto, así lo dispone el artículo 43.2, párrafo segundo de la Ley citada , que después de establecer como regla de excepción el silencio negativo en los ‘procedimientos de impugnación de actos y disposiciones’, establece la siguiente contraexcepción: ‘No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo’. Esta contraexcepción no debe regir en los casos de derecho de petición o de facultades relativas al dominio público, pero rige sin duda en los casos exceptuados del silencio positivo en el primer párrafo del artículo 43.2 de la Ley 30/92. La lógica así lo impone: si el supuesto es de un recurso de alzada contra una desestimación presunta, de

suyo va que se refiere a materia en la que, por excepción, no rige la norma general del silencio positivo, sino el negativo. En conclusión, la Ley 30/92 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo aunque en vía de petición rija, por otra Ley, el silencio negativo”.

“Quinto – Si después de toda esta exposición, hubiéramos de comenzar a estudiar si el interesado tenía o no derecho a lo que pedía -tal como dice la Administración en la resolución impugnada-, en tal caso la figura del silencio positivo carecería de todo sentido y de cualquier finalidad razonable. Esto sin perjuicio de la facultad de revisión de oficio que tiene la Administración”.

4. Sin embargo, el tenor literal del art. 43.1, “in fine”, dispone: “no obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”.

Dado el tenor literal precepto transcrito, si la administración desestima por silencio administrativo una solicitud por el transcurso del plazo (primer silencio negativo) e interponemos recurso de alzada contra esa desestimación, en caso que el órgano competente que tenga que resolver expresamente el recurso de alzada no lo haga (segundo silencio negativo); se entenderá estimada la solicitud, ya sea en los procedimientos al ejercicio del derecho de petición, en los procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, o en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones.

Contraexcepción que, a mi juicio, descansa en un intento por parte del legislador de corregir la siempre indeseable falta de respuesta por la Administración, estableciendo una sanción a su doble inactividad; entender estimado el recurso de alzada sobre la primera desestimación por silencio.

Cierto es, no cabe duda, que las consecuencias de una aplicación del tenor literal de la ley podrían llegar a producir situaciones o resultados kafkianos, pero parece que la interpretación de nuestro alto tribunal va en contra del espíritu del legislador. De hecho, el propio ordenamiento jurídico, ante las consecuencias potencialmente lesivas que podrían llegar a causarse, establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho

cuando se trate de “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” (art. 62.1 apartado f. de la Ley 30/1992)

En cualquier caso, de entender la Administración que el acto es nulo, no cabrá una resolución expresa a posteriori denegatoria, sino que tendrá que recurrir al procedimiento de revisión de oficio que el art. 102 de la Ley 30/1992 recoge. Sobre este punto, el propio Tribunal Supremo en sentencia de 27 de abril de 2007 ha dicho que “una interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del art. 62.1 .f), es no solo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo”.

5. En definitiva, y a modo de recapitulación:

La Ley 30/92 quiere que en los casos de desestimación presunta de un recurso de alzada interpuesto contra una desestimación presunta, el silencio sea positivo.

Existe un procedimiento de revisión de oficio para corregir las eventuales deficiencias que se pudieran causar.

Una interpretación contraria a esta idea entra en conflicto con el espíritu de la propia norma y el tenor literal de la misma, razón por la que, en virtud del principio de seguridad jurídica, sería conveniente un cambio normativo para la materialización efectiva de la postura que el Tribunal Supremo expone en su Sentencia de 8 de enero de 2013.

DERECHO DE FUNDACIONES: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DOTACIÓN FUNDACIONAL

FRANCESC CHOLVI ROIG
ADJUNTO 1º A LA SECRETARÍA DEL IDIBE, LICENCIADO EN DERECHO Y ADE

BORJA MESTRE GINER
GRADUADO EN DERECHO Y ADE, TRAINEE EN URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS

1. Las Fundaciones son, sin duda alguna, las entidades jurídicas que gozan de un mayor desconocimiento y análisis por parte de la doctrina científica. Pese a su indudable presencia en nuestra Sociedad, la práctica revela una escasa y deficiente aplicación de la normativa estatal y autonómica. Este es el caso, entre otros, de la modificación de la Dotación Fundacional, especialmente por la vía de la reducción dotacional. Se trata de un procedimiento escasamente empleado pero que, dada la coyuntura económica actual, puede ser útil en aras de evitar la liquidación de la Fundación.

En este análisis, se ha pretendido ofrecer una sintética justificación de cuál es el criterio que sigue la normativa española sobre Fundaciones sobre esta cuestión, introduciendo, asimismo, una comparativa con la posición sentada por la doctrina y los Protectorados.

2. Señala el art. 2.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (la “LF”), que la fundación es aquella organización que, sin revestir ánimo de

lucro, por la concurrencia de la voluntad de sus creadores —fundadores—, mantiene afectado su patrimonio a la realización de fines de interés general.

Sobre la base de este concepto que aporta la LF surgen dos cuestiones que merecen de un breve comentario.

En primer lugar, se plantea cual es el significado real y razonable del “ánimo de lucro” al que alude el art. 2.1 LF. Se asume la evidencia de que la Fundación implica una construcción jurídica diferente a la propia de las sociedades mercantiles. En este sentido, la ausencia de ánimo de lucro fundacional se resuelve como la no distribución de dividendos entre los Patronos, Fundadores o allegados.

Ello no significa que la Fundación no pueda obtener ingreso alguno como contraprestación a los servicios o actividades desempeñadas, lo que equivaldría a realizar actividades gratuitas. De hecho, la propia LF contempla en su art. 24.1 la posibilidad de que las Fundaciones desempeñen actividades económicas en cumplimiento de sus fines fundacionales, y siempre que se observen las normas relativas a la defensa de la competencia. No sería lógico que la Ley negara esta posibilidad, en la medida en que el desarrollo de las actividades fundacionales conlleva desembolsos que, de otro modo, la Fundación no podría asumir.

Otra de las críticas aducidas por la doctrina es la deficiente redacción del precepto en torno a la ausencia de ánimo de lucro. La LF configura la Fundación como una organización “constituida sin fin de lucro”. Siguiendo su tenor, podría entenderse que basta con que la Fundación no revista ánimo de lucro en el momento de su nacimiento para que los requisitos constitutivos sean observados [PIÑAR MAÑAS, J.L.: “Comentario a los Arts. 1 y 2”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid (1995): Escuela Libre Editorial/Marcial Pons, p. 10-11], lo que desnaturalizaría la esencia propia de la figura jurídica de la fundación.

En segundo lugar, puede resultar discutible aquello que deba entenderse por interés general. Como ha defendido cierta doctrina, cabe entender como tal lo que razonablemente resulta común a los miembros de una sociedad en un Estado democrático, esto es, la materialización a través de actividades o servicios de una ganancia o utilidad social de la que se benefician personas ajenas a los Fundadores.

La LF especifica en su art. 3.1 cuales son los intereses generales en los que está pensado el artículo precedente al configurar la Fundación como potenciador de los mismos. Dicho precepto dice así: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”.

El tenor del artículo no deja lugar a dudas sobre el título que el Legislador otorgó a esta enumeración, tratándose de un listado meramente ejemplificativo o “*numerus apertus*” de los fines de interés general que pueda abanderar una Fundación. Bajo la partícula “entre otros—fines generales—”, la LF sustenta la posibilidad de que, respondiendo a un mismo patrón de actividad, con la misma naturaleza jurídica y bajo el mismo paradigma de protección y mejora del bienestar social, una Fundación pueda asumir la defensa de fines no expresamente contemplados en su tenor.

No sería lógico que la LF defendiera una enumeración cerrada del catálogo de fines que responden a la defensa del interés general habida cuenta de que el art. 34 CE, título fundamental de la actividad fundacional, habla genéricamente de “fines de interés general”, lo que conduce a la lógica conclusión que si la Norma Fundamental no ha limitado que actividades y/o servicios quedan bajo el manto del interés general, la ley ordinaria no debe restringir tal consideración [en este sentido: VERDERA SERVER, S.: “Art. 3. Fines y beneficios”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, pp. 116-117].

A tenor de todo lo anterior, aceptamos como premisa de partida que la fundación es una organización que, carente de ánimo de lucro, puede interactuar económicamente con otros agentes para llevar a término actividades o servicios de interés general, entendiendo por tales todos aquellos que sean de idéntica o análoga naturaleza a los previstos en el texto de la LF.

No obstante, como ente presente en el tráfico económico, con capacidad para asumir obligaciones que le permitan llevar a término los fines para cuyo cumplimiento fue constituida, la Fundación debe garantizar frente a sus Patronos, el Protectorado y el resto de operadores que posee un patrimonio afecto a tales fines que hace factible el cumplimiento de las obligaciones que le son exigibles. Con tal finalidad, la LF regula la figura de la “Dotación Fundacional” (la “Dotación Fundacional” o la “Dotación”).

3. Nos referiremos ahora La Dotación Fundacional, destacando varios aspectos.

3.1. La Dotación Fundacional debe ser entendida como el conjunto de bienes y derechos integrados en el patrimonio de la Fundación, que se encuentran afectados durante toda la vida jurídica de la Fundación al cumplimiento de los fines para los que ésta fue constituida [en este sentido: FERRANDO VILLALBA, M^a. L.: “Art. 12. Dotación”, AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Valencia (2008): Tirant lo Blanch, pp. 305].

El art. 12 LF configura el régimen jurídico aplicable a la Dotación partiendo de la consideración de ésta como una parte del patrimonio fundacional que opera en garantía esencial de los fines de la Fundación. Pese a que la técnica empleada por el Legislador estatal en cuanto a la consideración de la cuantía idónea de la Dotación Fundacional es más deficiente que la empleada por los Legisladores autonómicos (que optaron por regular criterios más específicos de determinación), fijar legalmente una cuantía única como Dotación Fundacional no sería efectivo, ya que ésta deberá ser adecuada y racional a los fines de interés general que persiga la Fundación en particular.

En cualquier caso, la LF establece una cuantía mínima de 30.000 euros aplicable a todas las Fundaciones, entendiendo por tal una cuantía suficiente para el debido cumplimiento de los fines fundacionales.

De la descripción aportada, podría pensarse que la LF marca un carácter estático de la Dotación, esto es, que una vez fijada en la escritura de fundación, la Dotación no puede ser modificada, ni aun cuando las circunstancias de hecho de la Fundación así lo aconsejaran.

Es evidente que la ampliación o aumento de la Dotación no es un acto susceptible de generar ninguna disputa jurídica, ya que si la finalidad de la

Dotación es la de garantizar el debido cumplimiento de los fines fundacionales, con mayor razón estos serán garantizados con una mayor Dotación.

No sucede lo mismo en el caso de la eventual reducción de la Dotación, cuya justificación ha suscitado profundos debates doctrinales. A ello nos referiremos a continuación.

3.2. Se ha negado con insistencia por parte de la doctrina y de las instituciones defensoras de la legalidad en materia de Fundaciones (los Protectorados), la posibilidad de que la Dotación Fundacional sea reducida a una cuantía inferior a la dotada en el momento constitutivo y, como máximo, hasta el mínimo legal de 30.000 euros (art. 12 LF).

Hemos de mostrarnos disconformes con esta construcción jurídica, pues entendemos, entre otros argumentos que más adelante abordaremos, que la Dotación Fundacional responde a una realidad dinámica configurada sobre la base del indispensable cumplimiento de los fines de interés general para los que fue constituida la Fundación. Negar esta circunstancia sería tanto como limitar la supervivencia de la Fundación cuando las circunstancias de hecho que aconsejaron fijar la Dotación en una determinada cuantía mutaran por la influencia de determinados factores contextuales.

Para justificar esta posición es necesario seguir el orden marcado por el art. 2.2 LF, conforme al cual las Fundaciones se rigen “por la voluntad del Fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley”.

Sobre los dos primeros criterios, voluntad del Fundador y Estatutos fundacionales, cabe advertir que, aunque el precepto hable separadamente de ellos, normalmente fallarán en un mismo sentido, ya que emanan de los Fundadores y se presume que éstos estipularon en los Estatutos justamente aquellas formalidades a través de las cuales deseaban que la Fundación desempeñara su actividad.

No está de más advertir que la LF marca en repetidas ocasiones la prohibición de llevar a cabo determinadas actividades, como la delegación de facultades o la reducción estatutaria, cuando así lo hubieren previsto los Fundadores, inspirando de este modo la preponderancia de la autonomía de la voluntad de éstos últimos. Así lo hace ver el art. 29 LF en relación a la modificación estatutaria: “El Patronato podrá acordar la modificación de los

Estatutos de la Fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el Fundador lo haya prohibido”.

La cuestión puede ser resuelta en aplicación de un criterio estrictamente legalista, ya que pueden encontrarse en la normativa estatal y autonómica vigente sobre Fundaciones preceptos en los que el legislador ha tratado con prudencia la cuestión sobre la reducción.

3.2.1. Baste con atender al Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (el “RRF”) que en su art. 25.4 dispone: “El aumento de la Dotación mediante aportación del Fundador, de un Patrono o de un tercero, deberá constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el Notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que aquella se integre en la dotación [...] En el caso de disminución de la Dotación, será preciso, además, acreditar la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma.”

El RRF establece, en este punto, una remisión implícita al art. 21.1 LF, que hace preceptiva la expedición por parte del Protectorado de una autorización previa para la enajenación o gravamen de los bienes y derechos integrados en la Dotación Fundacional: “La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la Dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada”.

Podría plantearse la duda de entender la reducción dotacional como un acto diferente a los previstos en la LF. Ello se debe a que la reducción de la Dotación debe ser necesariamente considerada un “acto de disposición” de los Patronos en sus más amplios términos, sin entrar a valorar si se trata específicamente de una enajenación o un gravamen. En definitiva, el acto por el que se reduce la dotación establece “strictu sensu” la disminución de la misma mediante una modificación de la escritura fundacional. Por tanto, dicha actuación escapa del concepto tradicional de enajenación, que según la dicción de la lengua española, se asocia al hecho de “pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello”, mientras que con la otra expresión “carga o gravamen —cargar o gravar—” se pretende referir el hecho de “imponer, a título de liberalidad o por mandato legal, una

obligación sobre un bien o un derecho”, garantizando, por regla general, el éxito o cumplimiento de una relación jurídica subyacente, pasada o futura.

Sin embargo, cuando se hace uso de la expresión “disponer de un bien o derecho”, se entiende como tal el ejercicio de determinadas facultades de dominio sobre bienes o derechos, incluidas la enajenación o gravamen. A la postre, cualquier acto sobre la Dotación queda incluido dentro de la abstracta facultad de “disponer”, resolviéndose de este modo el obstáculo legal que plantearía la terminología del art. 21.1 LF.

Otro aspecto que no admite debate es qué criterio ha de aplicarse para entender justificada la reducción de la Dotación, esto es, en base a qué argumentos será procedente adoptar una decisión en uno u otro sentido. Del tenor del precepto se desprende la atribución de competencia al Protectorado no sólo para la expedición formal de la autorización de disposición de la Dotación Fundacional, sino también de los motivos que conforme a la práctica habitual en este campo y a su propio criterio, se entiendan racionalmente justos para refrendar dicha reducción.

En conclusión, a tenor de lo expuesto, la reducción procedería cuando:

1º) Según la exigencia marcada en el art. 12 LF, la Dotación resulte igualmente adecuada para el buen cumplimiento de los fines fundacionales y el acto mismo de la reducción no sitúe su cuantía por debajo del mínimo marcado por el precepto, esto es, por debajo de los 30.000 euros.

2º) El acuerdo del Patronato por el que se disponga la eventual reducción de la Dotación haya observado en su otorgamiento las formalidades previstas en la LF.

3º) El Protectorado emita, en los términos descritos, la correspondiente autorización.

3.2.2. Como ya se ha comentado, el art. 34 CE establece el título general que eleva a la Fundación a la categoría de previsión constitucional. No obstante, la CE no otorgó expresamente la competencia en materia de Fundaciones ni al Estado ni a las autonomías, omisión que fue aprovechada por éstas últimas para desarrollar normativa complementaria propia a la fijada por el Estado con carácter básico.

En la actualidad, las Comunidades Autónomas que poseen normativa propia en materia de Fundaciones son: Andalucía, Islas Baleares, Castilla y León, Galicia, Aragón, Asturias, Islas Canarias, Cataluña, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana.

En la legislación de Fundaciones de estas autonomías se efectúan diversas referencias a la posibilidad de reducir la Dotación Fundacional. Destaca la necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones de la propia Comunidad Autónoma del aumento y la disminución de la Dotación. Este supuesto aparece expresamente regulado en el Reglamento del Registro de Fundaciones de las Comunidades de Andalucía (art. 8, letra c), del Decreto 279/2003, de 7 de octubre, por el que se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento), Islas Baleares (art. 3, letra d), del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, de Regulación del Registro Único de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y de Organización del Ejercicio del Protectorado), Castilla y León (art. 30.2 del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León), Galicia (art. 21, letra a), del Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego) e Islas Canarias (art. 6.1, letra d), Orden de 9 de abril de 1986, de la Consejería de la Presidencia, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias).

Además, las diferentes normas hacen referencia a la reducción de la Dotación Fundacional en otras circunstancias. Por ejemplo, cuando la normativa autonómica regula las competencias del Patronato y su delegación. Este es el caso de la Ley andaluza, que en la letra d) de su art. 20.1, establece que el aumento y la reducción de la Dotación Fundacional no pueden ser entendidos como actos ejecutables a través de la delegación, sino que deben ser llevados a cabo por el Patronato.

Son muchas las referencias efectuadas por las leyes autonómicas a la posibilidad de reducir la Dotación Fundacional. Ello implica que, partiendo de un marco regulatorio uniforme como es la legislación estatal sobre Fundaciones, el hecho de que se hable expresa o tácitamente de la reducción queda al arbitrio de la técnica legislativa empleada en el proceso de regulación, y no de un criterio sustantivo sobre la cuestión de fondo. No parece, por tanto, que la intención del legislador fuera la de prohibir la disminución de la Dotación.

4. Nos referiremos ahora al procedimiento para llevar a cabo la reducción.

Tanto la doctrina [vid. al respecto: GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Cizur Menor (2003): Thomson Aranzadi, pp. 48 y ss.], como el Tribunal Constitucional [STC 49/1988, de 22 de Marzo (LA LEY 3669-JF/0000)], coinciden en que la Fundación nace por un acto de disposición que realiza el Fundador, quien vincula los bienes a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de una manera permanente.

Una vez que los bienes han sido vinculados a los fines de la Fundación, los Fundadores ya no podrán disponer de los mismos, por lo que tendrá que ser el órgano de la Fundación quien los administre. No le compete al Protectorado la administración de los bienes porque así lo ha querido el Legislador, al atribuirle funciones de supervisión como garante del cumplimiento de los fines fundacionales (art. 35 LF). Así pues, es obligación de los Patronos la correcta administración de los bienes de la Fundación, como establece el art. 14 LF: “1. En toda Fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos. 2. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos”.

Ello implica que es el Patronato quien debe acordar cualquier acto de disposición sobre los bienes dotacionales. A mayor abundamiento, el Legislador entiende que el acto de disposición, por regla general, debe revestir la forma de acuerdo del Patronato, ya que es un elemento esencial en el contenido de la solicitud de autorización (art. 19.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal (el “RF”). Igualmente será necesaria dicha forma para solicitar la disminución de la Dotación al Protectorado, pues como ya se ha comentado, el acuerdo para disminuir la Dotación deberá contar con la autorización del Protectorado.

No existe ningún procedimiento que regule la modificación de la escritura fundacional, al igual que tampoco lo existe para su constitución: el Legislador solo exige determinados documentos (art. 10 LF) porque reconoce que el acto que se proyecta sobre la escritura fundacional emana de la

voluntad de sus Fundadores y no tiene un cauce determinado. En definitiva, en sede de Fundaciones, el principio de autonomía de la voluntad cobra especial relevancia cuando no existe un procedimiento “ad hoc”, por lo que deberá regir la voluntad privada en cuanto a lo no dispuesto por la ley.

Por tanto, resulta lógico entender conforme a derecho la disminución de la Dotación mediante acuerdo del Patronato. Ese acuerdo de modificación de la escritura fundacional deberá respetar los principios básicos, a saber: (i) la existencia de una circunstancia que lo haga conveniente; (ii) que se haga en interés de la Fundación; (iii) que se respete la voluntad de los Fundadores y (iii) que no se pongan en riesgo los fines de la Fundación.

En cualquier caso, será necesaria la autorización previa del Protectorado de conformidad con el art. 24.1, letra b) y 25.4 RF. Todo ello, tenor de lo dicho en éste último, antes de acudir al Registro de Fundaciones, y debido al carácter supervisor que ostenta el Protectorado:

“[...] 4. El aumento de la dotación mediante aportación del fundador, de un patrono o de un tercero, deberá constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el Notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que aquella se integre en la dotación. No obstante, cuando el aumento de la dotación responda a la asignación contable de efectivo, mediante un traspaso de cuentas, la formalización de la operación se podrá realizar mediante certificación del acuerdo del Patronato, con las firmas legitimadas notarialmente, acompañada del balance que haya servido de base al acuerdo adoptado.

En el caso de disminución de la dotación, será preciso, además, acreditar la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma”.

Una vez obtenida, podrá elevarse a escritura pública e inscribirse. De conformidad con el art. 26 RRF, se tiene de plazo un mes a contar desde la adopción del acuerdo para poder inscribir. A continuación, el Registro dispondrá de tres meses desde su presentación para proceder o no a la inscripción (art. 28.3 RRF).

DE COMPRAS UN DOMINGO: LA REGULACIÓN DE LOS HORARIOS COMERCIALES EN ESPAÑA

PABLO JOAQUÍN MARTÍNEZ CARLOS
ADJUNTO 1º A LA PRESIDENCIA DEL IDIBE

1. Desde hace 50 años, la regulación de los horarios comerciales ha provocado un interesante debate en nuestro país en el ámbito económico y comercial. Los múltiples intereses públicos y privados interpuestos han catalizado numerosos e importantes cambios legislativos, viniendo el último de ellos de la mano del art. 27 del Real Decreto Ley 20/2012.

Este trabajo pretende analizar como el interés del Estado en este tipo de regulación ha evolucionado desde motivos religiosos y laborales, hasta la consideración de la regulación como un instrumento de política macroeconómica. Para ello, se sustentará e irá serpenteando alrededor de dos pilares interrelacionados, uno legal y uno económico.

Empezará revisando la evolución de la legislación sobre horarios comerciales en España en el periodo anterior a 1974, a la vez que destacará las razones de interés general detrás de cada cambio normativo. Posteriormente, se analizarán en mayor profundidad los cambios desde 1974, también deteniéndose en el interés público que motivó cada reforma. En tercer lugar, el actual marco regulatorio tras la promulgación del Real Decreto Ley es explicado: el marco regulatorio general, el marco regulatorio específico y el marco regulatorio subsidiario.

Finalmente se repasarán brevemente los efectos económicos de la regulación, los intereses de los distintos grupos afectados, y los efectos esperados de la reciente legislación del 2012.

2. De acuerdo con lo dicho, se procederá al examen de la evolución histórica de la regulación de los horarios comerciales en España, apoyándonos en VILLAREJO GALENDE, H.: *Régimen jurídico de los horarios comerciales*. Granada (1999): Comares; y en REBOLLO PUIG, M., et al.: “Comercio interior”, en AA.VV.: *Derecho de la regulación económica*, tomo IX. Madrid (2013): Iustel, de quienes tomamos ideas y los datos que en este apartado se exponen.

2.1. Como ha sido constatado por dichos autores, desde tiempos antiguos, la limitación de la actividad económica en determinados días de la semana por parte del poder establecido tuvo una motivación claramente religiosa. El establecimiento por la autoridad de “días de descanso” en el calendario, donde el trabajo estaba prohibido, ha estado siempre presente en las culturas antiguas desde los Babilonios, cuyo día de descanso semanal era el “sapattu”. Subsiguientemente, otras culturas politeístas, como la Grecia y la Roma clásicas, declararon festividades por motivos religiosos y mitológicos (“dies fasti” y “dies nefasti” en Roma), donde ninguna actividad política, judicial, social o militar era programada. Tras ellos, tanto los israelitas (sabbath) como los cristianos (domingo) adoptaron la tradición de declarar un día de descanso semanal.

De hecho, en España, con los distintos reinos adoptando la Cristiandad, todas las autoridades en el poder tras los romanos respetaron el carácter sagrado del domingo en mayor o menor medida. La actividad comercial, la agricultura, el trabajo, las ferias y los mercados quedaron prohibidos en domingo y otros días santos. Esta motivación religiosa detrás de la regulación se mantuvo hasta la Constitución de Cádiz.

Pero tras 1812, una nueva era llegó a España de la mano de los principios del liberalismo económico. Sin embargo, ninguna norma de Derecho público fue promulgada en esta materia, dado que la totalidad de la actividad comercial se regía en el siglo XIX por el Derecho privado. Por su parte, la Sociedad Civil de la época, consciente de los perjuicios económicos que las prohibiciones religiosas generaban, pidió constantemente a la Iglesia una

reducción del número de festividades. Al mismo tiempo, el Gobierno empezó a darse cuenta de que el interés público religioso en establecer fiestas religiosas era contrario a otros intereses públicos como el desarrollo de la actividad económica (vid. Real Decreto de 26 de junio de 1867).

Finalmente, a principios del siglo XX, la primera ley moderna reguladora de los horarios comerciales fue dictada en España. Dicha ley, la Ley del descanso dominical de 3 de marzo de 1904, con el claro objetivo de proteger a la clase obrera, consolidó la regla general de prohibir el trabajo los domingos (también estableció diversas excepciones en relación con bares, restaurantes, espectáculos públicos, industrias de interés general o panaderías, entre otros). Poco después, con la Ley de 4 de julio de 1918, se regularon los horarios comerciales el resto de días de la semana, y con el Real Decreto de 3 de abril de 1919 España fue uno de los primeros países europeos en acoger ampliamente la jornada laboral de 8 horas.

A diferencia del siglo anterior, con la entrada del siglo XX se observa como el interés general detrás de estos cambios deja de ser religioso y deviene social. Así, el Estado trataba de mejorar la vida de los trabajadores implementando medidas como el derecho al descanso. Poco a poco el Estado Liberal se transformaba en Estado Social.

Durante el régimen del general Franco, la Ley Fundamental del Fuero del Trabajo mantuvo el domingo como día de descanso obligado y la Ley del descanso dominical de 13 de junio de 1940 desarrolló diversas excepciones, así como una lista de derechos religiosos para los trabajadores. Además, el Reglamento nacional del trabajo en el comercio de 10 de febrero de 1948 confirmó la validez de la Ley de 4 de julio de 1918. A lo largo de la Dictadura, el interés de protección de los trabajadores continuó coexistiendo con una serie de objetivos religiosos.

Por tanto, entre 1919 y 1973 no hubo ningún progreso significativo en la regulación de los horarios comerciales.

2.2. Después de experimentar España el mayor periodo de crecimiento económica de su historia entre 1963 y 1973, la crisis del petróleo sacudió la economía del país, sacando a la luz sus múltiples debilidades.

Así, en el campo de los horarios comerciales, comenzó la regulación moderna como respuesta gubernamental a la crisis, con el objeto de mitigar las

vulnerabilidades estructurales de la nación. Ya en 1967, el Gobierno era consciente de que uno de los principales problemas de la economía española era que los horarios comerciales eran coincidentes con los horarios laborales (vid. el Informe de la Comisión de Comercio Interior de 1967). Para combatir esta disfunción, el Ejecutivo de Arias Navarro promulgó el Decreto Ley 6/1974, cuyo principal éxito fue el hecho de que, por primera vez en la historia de España, se reconociera la necesidad de hacer una distinción entre los horarios laborales y los comerciales, a los que se dio una regulación específica.

Con la publicación de esta ley, y tal y como establece su Preámbulo, el gobierno reconoció explícitamente que la regulación de los horarios comerciales es, en efecto, un efectivo instrumento de política macroeconómica.

El siguiente paso vino con el Decreto 3/1976, que desarrolló el Decreto Ley en el campo de los horarios comerciales. La norma proclamó la libertad de horarios comerciales con una serie de limitaciones: mínimo 48 horas de apertura semanal y máximo 60, franja obligatoria de apertura diaria de 10h a 13h y de 17h a 19h, diversas excepciones a la regla general y la obligación de comunicar a la Administración el horario de apertura elegido y de exhibirlo de forma visible cara al público.

2.3. Antes de pasar a examinar los cambios legislativos más recientes, es obligatorio preguntarse cuál es la potencial influencia que la Constitución y el Derecho comunitario pueden tener en esta materia.

El art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa y el art. 53.1 establece una reserva de ley para las materias reguladas en el art. 38. La cuestión es si la regulación de los horarios comerciales puede ser considerada parte de la libertad de empresa según el art. 38. El Tribunal Constitucional (TC) ha aclarado que no, que el único mandato que el art. 38 establece para el legislador es desarrollar una regulación que permite comenzar y mantener una actividad comercial, sin que medidas irracionales, desproporcionadas o arbitrarias impidan seriamente su desarrollo (vid. STC 225/1993). En consecuencia, esta doctrina otorga al legislador poder casi ilimitado para regular los horarios comerciales sin violar la norma constitucional.

Con respecto al Derecho comunitario (ahora Derecho de la Unión), no hay actualmente ningún instrumento de Derecho originario o derivado que regule

los horarios comerciales. No obstante, el Tribunal de Justicia ha sido preguntado en varias ocasiones si la regulación de los Estados miembros puede ser contraria al art. 34 del Tratado de Funcionamiento (prohibición de restricciones cuantitativas a las importaciones y medidas de efecto equivalente). La doctrina del Tribunal es que la regulación de los horarios comerciales constituye una parte legítima de la política económica y social de los Estados, consistente con los objetivos de interés público perseguidos por el Tratado. Dichas normas no son diseñadas para regular el comercio entre Estados miembros, y solo serán contrarias a los tratados si fueran discriminatorias con ciudadanos o productos de un Estado miembro (vid. Sentencia de 23 de noviembre de 1989, caso Torfaen Borough Council v. B&Q PLC, entre otras).

En conclusión, se puede afirmar que no hay actualmente limitación constitucional o de Derecho de la Unión para legislar sobre horarios comerciales en España, siempre que dicha legislación no sea irracional, desproporcionada, arbitraria o discriminatoria a nivel europeo.

2.4. Con la llegada de la democracia, España vio como el Gobierno socialista de González Márquez aprobó el Real Decreto Ley 2/1985, conocido como el Decreto Boyer. Dicha norma estableció en su art. 5 la “libertad de horarios comerciales”, sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia según sus Estatutos de autonomía.

Por primera vez en la historia reciente de España, las empresas tuvieron libertad de establecer sus propios horarios comerciales sin ningún tipo de limitación por parte de la Administración. Poco después de la promulgación del Decreto Boyer, y basándose en el último inciso de su art. 5.1, cinco Comunidades Autónomas (CCAA) establecieron normas de carácter restrictivo limitando la libertad de horarios comerciales en sus respectivos territorios.

El esquema básico competencial que se ha que tener en cuenta es el siguiente: 1º) El art. 149.1.13 CE otorga competencia exclusiva al Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Estas bases venían reguladas en el Decreto Boyer, que establece la libertad horaria. 2º) Algunos Estatutos de autonomía confieren a sus CCAA la competencia sobre comercio interno.

Por tanto, las CCAA pueden regular aspectos sobre comercio interno (incluyendo horarios comerciales), pero siempre dentro de los límites de la norma estatal (el Decreto Boyer), que en este caso establece una libertad de horarios. Consecuentemente, el TC declaró contrarias a la CE y nulas las normas promulgadas por esas cinco CCAA, ya que al restringir la libertad horaria, no respetaban los límites del Decreto Boyer.

En definitiva, entre 1985 y 1993, y con la excepción de cinco CCAA, España vivió el periodo de regulación más liberal de horarios comerciales de su historia.

2.5. Lamentablemente, el periodo de máxima liberalización acabó en 1993. Tras las Sentencias del TC declarando nulas las normas autonómicas, el partido político CiU acordó con el Gobierno de González una nueva legislación nacional mucho más restrictiva. Nótese que este partido nacionalista representa en buena parte a los pequeños comerciantes catalanes, que como se analizará más adelante tienen un importante interés en una regulación restrictiva.

La ley trastoca el anterior equilibrio de interés público proclive a una liberalización, al introducir los intereses privados de los pequeños empresarios.

Además, por primera vez, una ley estatal básica establece detalladamente las competencias de las CCAA en la regulación de los horarios comerciales. El nuevo marco regulatorio es el siguiente: 1º) Las CCAA tienen competencia para regular los horarios comerciales dentro de los límites del Decreto Ley (art. 1) [los límites son los siguientes puntos 2º y 3º]. 2º) Los minoristas deben poder abrir un mínimo de 72 horas semanales de lunes a sábado (art. 2.1). 3º) Los minoristas deben poder abrir un mínimo de 8 domingos o festivos al año (art. 2.2). En estos días, deben poder abrir un mínimo de 12 horas al día (art. 2.3). 4º) El art. 3 contiene diversas excepciones. 5º) Si una CCAA no legisla en la materia o no tiene competencias en comercio interior, el Decreto Boyer será de aplicación en su territorio (DF primera).

Por tanto, las CCAA eran capaces de establecer máximos (o no) en los puntos 2º y 3º, que nunca podían ser inferiores a los mínimos nacionales. La regulación en cada CCAA podía ir desde la libertad horaria hasta el mínimo nacional. “A priori” parece una norma liberalizadora, ya que permite a las CCAA establecer la libertad horaria, y solo limita la legislación autonómica

si es de carácter restrictivo (a través de los mínimos nacionales). Pero a decir verdad, la casi totalidad de las CCAA eligieron como sus máximos los mínimos nacionales en sus territorios, convirtiendo a España en un país mucho más restrictivo del que era con el Decreto Boyer.

Este giro hacia una regulación más restrictiva por parte de las CCAA puede ser explicado por el hecho de que las CCAA están más expuestas que el Gobierno central a la presión y a los intereses de los pequeños minoristas.

2.6. La regulación contenida en la Ley Orgánica 2/1996 estableció un régimen “provisional” y un régimen “definitivo”: Por una parte, el régimen regulatorio definitivo contenido en el art. 2 es similar al art. 5.1 del Decreto Boyer y establece la libertad horaria. Pero por otra parte, el régimen regulatorio provisional contenido en el art. 3 es idéntico al del Real Decreto Ley 22/1993.

La norma mantenía consiguientemente el “status quo” previo. El art. 3.1 disponía que el régimen provisional sería aplicable hasta que un acuerdo fuera alcanzado entre el Gobierno nacional y cada Gobierno autonómico, y en todo caso, nunca antes del 1 de enero del 2001.

2.7. El art. 43 del Real Decreto Ley 6/2000 contuvo dos importantes modificaciones a la Ley Orgánica 2/1996.

En primer lugar, amplió el periodo en “vacatio legis” hasta el 1 de enero del 2005; y, en segundo lugar, modificó el régimen provisional en los siguientes términos: 1º) El número de horas mínimo que los minoristas pueden abrir de lunes a sábado aumenta a 90 horas semanales. 2º) El mínimo número de Domingos y otros festivos por año en que los minoristas pueden abrir aumenta a 9 en 2001, 10 en 2002, 11 en 2003 y 12 en 2004. 3º) Estableció una nueva excepción en la que la libertad de horarios comerciales era aplicaba: los establecimientos de venta de reducida dimensión, es decir, establecimientos con un área inferior a 300m² que no pertenezcan a ningún grupo de distribución.

Paradójicamente, esta norma es la primera redactada por el Partido Popular, partido “a priori” más tendente a la liberalización, y sin embargo es más restrictiva que el Decreto Boyer del Partido Socialista. Esto puede ser explicado por el hecho de que los gobiernos solo promueven reformas

estructurales en contextos de crisis económica. Cuando “las cosas van bien”, tienen menos incentivos a reaccionar.

2.8. La Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (LHC) constituye el primer esfuerzo desde el Decreto Boyer en redactar una regulación integral y definitiva en la materia. Paradójicamente, lo hace convirtiendo en definitivo el régimen provisional del Real Decreto Ley 22/1993. Promulgada por el Gobierno socialista de Rodríguez Zapatero, su principal contribución es enterrar para siempre la idea de la libertad de horarios comerciales, por lo menos a nivel nacional. Aparte de esta consideración, cabe mencionar que la LHC no mantiene o modifica la regulación de 1993, sino que regula toda la materia desde cero de forma global, aunque manteniendo el espíritu legislativo de la norma de 1993.

El nuevo marco regulatorio es el siguiente: 1º) Las CCAA tienen competencia para regular los horarios comerciales dentro de los límites de la LHC (art. 2) [los límites son los siguientes puntos 2º y 3º]. 2º) Los minoristas deben poder abrir un mínimo de 72 horas semanales de lunes a sábado (art. 3.1). 3º) Los minoristas deben poder abrir un mínimo de 8 domingos o festivos al año (art. 4.1). En estos días, deben poder abrir un mínimo de 12 horas al día (art. 4.3). 4º) El art. 5 contiene diversas excepciones, en las cuales es de aplicación la libertad de horarios comerciales, que son básicamente las mismas que existían con el art. 43 del Real Decreto Ley 6/2000. No obstante, el art. 5.3 dispone que en relación con la excepción de los establecimientos de venta de reducida dimensión, las CCAA pueden modificar el límite de 300m² (aumentándolo o disminuyéndolo hasta 150 m²), pero solo para establecimientos de alimentación y consumo cotidiano (vid. también la modificación introducida por la DF 9ª de la Ley 44/2006). 5º) Si una CCAA no legisla en la materia (en 2004 todos los Estatutos de autonomía contenían la competencia de comercio interior): en relación con el punto 2º, los minoristas tendrán libertad de horarios comerciales de lunes a sábado (DA 1ª); en relación con el punto 3º, los minoristas podrán abrir un máximo de 12 domingos y festivos al año (DA 2ª) (como ha sido interpretado por la doctrina, a pesar de su confusa redacción).

2.9. En el contexto de la peor recesión económica en la historia reciente española, el Gobierno popular de Rajoy Brey promulgó el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (modifica la LHC y

proporciona el régimen regulatorio actualmente en vigor). El principal objetivo de la norma es caminar hacia una cierta liberalización de la regulación de horarios comerciales, pero manteniendo el mismo esquema legal que la LHC.

Los principales cambios introducidos son: 1º) Incrementa el mínimo de horas del art. 3.1 a 90 (como el Real Decreto Ley 6/2000). 2º) Incrementa el mínimo de domingos y festivos del art. 4.1 a 10. 3º) Elimina la posibilidad para las CCAA de restringir el número de horas que los minoristas pueden abrir en cada domingo o festivo. 4º) Modifica la excepción de los establecimientos de venta de reducida dimensión: a) La definición de establecimientos de venta de reducida dimensión cambia a aquellos “que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300m², excluidos los pertenecientes a empresas o grupos de distribución que no tengan la consideración de pequeña y mediana empresa según la legislación vigente”. b) Elimina la posibilidad para las CCAA de modificar el límite de los 300m². 5º) Introduce una nueva excepción: las zonas de gran afluencia turística.

3. Procederemos ahora a la descripción del marco regulatorio actual.

3.1. Comenzaremos por la exposición de los principios generales en la materia: 1º) Todas las administraciones públicas deben respetar el principio de Derecho de la Unión de no discriminación entre productos o personas de diferentes Estados miembros. 2º) Todas las administraciones públicas deben respetar el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38), es decir, deben establecer una regulación que permita el establecimiento y desarrollo de la actividad comercial, sin que medidas irracionales, desproporcionadas o arbitrarias impidan seriamente su desarrollo. 3º) El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). En relación con los horarios comerciales, dichas bases están contenidas en la LHC. 4º) Las CCAA, de acuerdo con sus Estatutos, tienen la potestad de regular los horarios comerciales en su territorio, dentro de los límites de las bases estatales (art. 2 LHC).

3.2. Por cuanto concierne al marco regulatorio general: 1º) Las empresas tienen libertad de horarios comerciales, con los límites de la legislación

estatal y autonómica (art. 1 LHC). 2º) Las CCAA no pueden restringir el número de horas de apertura de lunes a sábado a menos de 90 horas semanales (art. 3.1 LHC). 3º) Las CCAA no pueden restringir el número de domingos y festivos de apertura a menos de 10 anuales (art. 4.2 LHC). Las CCAA tienen la potestad de especificar qué concretos domingos y festivos los minoristas pueden abrir (art. 4.4 LHC), teniendo en cuenta los criterios del art. 4.5. 4º) Las CCAA no pueden restringir las horas diarias de apertura (art. 3.2 LHC), incluso en los domingos y festivos (art. 4.3 LHC).

3.3. Por lo que se refiere al marco regulatorio específico: 1º) La libertad de horarios comerciales será de aplicación a los establecimientos pertenecientes a los sectores enumerados en el art. 5.1 LHC o que estén situados en los emplazamientos del art. 5.2 LHC. 2º) La libertad de horarios comerciales será de aplicación a los establecimientos de venta de reducida dimensión, es decir, aquellos que dispongan de una superficie inferior a 300m², excluidos los pertenecientes a grupos de distribución que no tengan la consideración de PYMEs según la legislación vigente (art. 5.3 LHC). 3º) Las farmacias y los estancos serán regulados por su normativa específica (art. 5.6 LHC).

Uno de los emplazamientos del art. 5.2 donde es de aplicación la libertad de horarios comerciales, son las zonas de gran afluencia turística. Su régimen está contenido en los arts. 5.4 y 5.5 LHC. Para que una zona geográfica sea declarada como zona de gran afluencia turística, debe cumplir con las siguientes condiciones: 1º) Propuesta del Ayuntamiento. 2º) Aprobación de la Comunidad Autónoma. 3º) Cumplimiento con al menos uno de los requisitos enumerados en el art. 5.4. Hay que observar que la consideración de una zona como de gran afluencia turística, no es obligatoria, y depende de un acuerdo político entre el gobierno local y autonómico. En todo caso, la LHC establece que al menos una zona debe ser establecida en municipios que: a) Tengan más de 200.000 habitantes y hayan registrado más de 1.000.000 de pernoctaciones en el año inmediatamente anterior, o b) Cuenten con puertos en los que operen cruceros turísticos que hayan recibido en el año inmediato anterior más de 400.000 pasajeros.

3.4. Hay, además, un marco regulatorio subsidiario: si una Comunidad Autónoma no legisla en la materia: a) Las empresas tendrán libertad de apertura en el número de horas semanales (DA 1ª LHC). b) El número de

domingos y festivos en que las empresas pueden abrir queda limitado a 16 anuales (DA 2ª LHC).

4. Detrás de cada una de las normas que han sido mencionadas, subyacen razones de interés general que justifican su promulgación. Se examinará, a continuación, hasta qué punto dichas razones pueden corroborarse con la evidencia de la que disponemos en estos momentos.

4.1. El primer debate académico serio sobre los potenciales efectos económicos de la regulación de horarios comerciales surgió en la década de 1960. En aquel tiempo, algunos economistas comenzaron a sostener que la restricción de horas de apertura reducía el bienestar de los consumidores debido a la incompatibilidad entre la jornada laboral y los horarios de apertura, por una parte, y a la incorporación de la mujer al mercado laboral, por otra. Estos fueron precisamente los argumentos que motivaron el Decreto Ley de 1973 y el Decreto Boyer.

A decir verdad, actualmente existe un amplio consenso entre los economistas en la siguiente proposición: a mayor restricción en la regulación de los horarios comerciales, menor será el empleo en el sector. Como ejemplo, SKUTERUD, M.: “The Impact of Sunday Shopping on Employment and Hours of Work in the Retail Industry: Evidence from Canada”, *European Economic Review* (2005), núm. 48 (8), demostró cómo la eliminación de la prohibición a los minoristas de cerrar los domingos, conllevó un incremento del nivel de empleo en Canadá.

Adicionalmente, otros trabajos han encontrado una clara relación entre una regulación más restrictiva, y menor empleo, salarios y productividad. Además, la regulación crea barreras comerciales: en 2003, España ocupó el tercer puesto de 23 países en términos de regulación más restrictiva en concesión de licencias, horarios comerciales y control de precios (en 2004 la regulación devino aún más restrictiva) [MATEA ROSA, M. y MORA-SANGUINETTI, J.S.: “La evolución de la regulación del comercio minorista en España y sus implicaciones macroeconómicas”, *Documentos de trabajo del Banco de España* (2009), núm. 0908]. Y en el caso particular de España, existe evidencia de que estas barreras comerciales se traducen en inflación [FMI: “Spain: 2003 Article IV Consultation”, *Country Report* (2004), núm. 04/89; y HOFFMAISTER, A. W.: “Barriers to Retail Competition and Prices: Evidence from Spain”, *IMF Working Paper* (2006), WP/06/231.].

Más en profundidad, MATEA ROSA, M. Y MORA-SANGUINETTI, J.S.: “La evolución de la regulación del comercio minorista”, cit., analizan los efectos de la regulación de los horarios comerciales en España, no a nivel nacional, sino a nivel regional, a través de la construcción de un indicador sintético. Los resultados de la investigación les llevaron a confirmar los hallazgos de otros académicos de diferentes países, que asociaban una alta regulación a una alta inflación, menor empleo en el sector y una alta concentración comercial. No obstante en 2012, MATEA ROSA, M.: “Regulación de los horarios comerciales en España y comparación internacional”, *Boletín económico del ICE* (2012), núm. 3023, del 1 al 28 de febrero de 2012, construyó un índice de restrictividad y demostró que España contaba con una regulación menos restrictiva que otros países de la Eurozona, aunque presentando diferencias significativas entre CCAA.

Basándose en estos trabajos, diversos organismos internacionales han pedido a España en numerosas ocasiones que liberalice la regulación. Como ejemplo, una de las recomendaciones clave de la OCDE a España es la liberalización de los horarios comerciales en aquellas regiones donde las restricciones subsisten [OECD: *Economic Surveys*: Spain (2012)].

4.2. Pese al anterior análisis genérico, ha de aclararse, como se ha venido insinuando en las páginas previas, que la regulación de los horarios comerciales no afecta de la misma manera a todos los grupos de la sociedad. Los efectos sobre los diferentes grupos pueden sintetizarse en:

- a) La sociedad en su conjunto: una regulación restrictiva tiene claros efectos negativos, dado que aumenta el desempleo y la inflación y reduce la productividad.
- b) Trabajadores del sector minorista: no hay actualmente una relación entre la legislación sobre horarios comerciales y la legislación sobre jornada laboral, de la que actualmente se ocupa el Derecho del trabajo. La evidencia demuestra que una regulación restrictiva tiene efectos negativos en el empleo y los salarios.
- c) Consumidores: una regulación restrictiva tiene claros efectos negativos, ya que incrementa los precios e impide a los establecimientos ampliar los horarios, obstaculizando que las personas puedan conciliar la vida familiar y

laboral. También puede argumentarse que “ir de compras” es hoy una actividad de ocio, lo que justificaría horarios más amplios.

d) Grandes empresas: una regulación restrictiva tiene claros efectos negativos, debido a que una regulación más flexible les permitiría competir con las pequeñas empresas. Además, les permitiría crecer y ganar en productividad.

e) Pequeñas empresas: este es el único grupo que se ve beneficiado por una regulación restrictiva. Ha de tenerse en cuenta que las pequeñas empresas tienen un número muy reducido de empleados (o incluso solo el dueño y su familia) y no pueden competir con las grandes empresas en un entorno de apertura continuada [ASENSIO, J.: “Regulación comercial y entrada de supermercados en España”, *Autoritat Catalana de la Competència* (2013)]. Los pequeños empresarios argumentan que sus establecimientos tradicionales llevan a cabo una tarea fundamental proveyendo la espina dorsal de los centros históricos de las ciudades. No obstante, este argumento tiene dos limitaciones: en primer lugar, el hecho de que actualmente los establecimientos tradicionales tienen que hacer frente a la competencia de negocios regentados por inmigrantes que abren un mayor número de horas al día y un mayor número de días al año. En segundo lugar, la evidencia prueba que las pequeñas empresas no han aprovechado eficientemente la posibilidad legal de la libertad de horarios comerciales que les es aplicable [Comisión Nacional de la Competencia: “Documento de conclusiones sobre el cuestionario en relación con el impacto de la normativa autonómica sobre las condiciones de apertura de establecimientos comerciales” (2011).].

4.3. CORTIÑAS VÁZQUEZ, P.: “Análisis y estimación del impacto económico de medidas liberalizadoras. Informe final”, UNED (2012), estimó los efectos que producirían en la economía las modificaciones tendentes a la liberalización efectuadas por el Real Decreto Ley 20/2012.

Así, la efectiva implantación de dichas medidas en todo el territorio nacional, conduciría a un incremento del producto interior bruto un 0,78%, la creación de 162.272 nuevos puestos de trabajo, la apertura de 17.310 nuevos locales comerciales, y un descenso del número de parados del 2,68%.

Sin embargo, bajo una hipótesis de liberalización total (como la que existía entre 1985 y 1993 con el Decreto Boyer), los resultados estimados serían aún más contundentes: un incremento del producto interior bruto un 1,63%, la

creación de 337.581 nuevos puestos de trabajo, la apertura de 31.670 nuevos locales comerciales, y un descenso del número de parados del 5,96%.

Al evaluar los posibles efectos de la norma de 2012, también ha de tomarse en consideración que su aplicación no será inmediata debido a motivos políticos. Algunas de las medidas en ella contenidas (especialmente el establecimiento de zonas de gran afluencia turística) cuentan con la oposición de determinadas CCAA y Ayuntamientos que, defendiendo los intereses de los pequeños comerciantes, están luchando para evitar su aplicación (como ejemplo, vid. Recurso de inconstitucionalidad número 630/2013, promovido por el Presidente del Gobierno, en relación con el Decreto Ley de la Generalitat de Cataluña 4/2012).

5. Para concluir este trabajo, hay que decir que las razones de interés público detrás de cada reforma legislativa han evolucionado de religiosas y sociales a la consideración de la regulación como un instrumento de política macroeconómica. España comenzó a regular sistemáticamente los horarios comerciales en 1974, siendo el periodo de mayor libertad horaria el comprendido entre 1985 y 1993. Desde entonces, las modificaciones legislativas que han fluctuado de mayor a menor restrictividad.

Ni la Constitución española ni el Derecho de la Unión limitan el marco regulatorio actual, que depende del legislador tanto estatal como autonómico: el esquema constitucional otorga al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la regulación, mientras que las CCAA tienen la potestad de legislar dentro de dichas bases. Desde 1993, el Estado ha establecido límites a la legislación autonómica restrictiva, a la vez que ha permitido a las CCAA avanzar hacia la libertad horaria total. Pese a ello, la mayoría de las CCAA han elegido la regulación más restrictiva de entre las permitidas por las bases estatales.

En 2012, pequeñas modificaciones liberalizadoras fueron introducidas en la regulación estatal: El Estado limitó aún más la restrictividad autonómica y desarrolló la excepción de las zonas de gran afluencia turística. Esta excepción pretende crear zonas totalmente liberalizadas en al menos 14 ciudades españolas. No obstante, este plan no ha sido aún puesto efectivamente en práctica debido a su complejo procedimiento de implementación a nivel político.

Finalmente, se ha demostrado como los efectos de una regulación restrictiva son claramente negativos para España en términos de empleo, productividad e inflación. El único grupo de la sociedad que actualmente se ve beneficiado por una regulación restrictiva son los pequeños empresarios. No obstante, sus beneficios no compensan las pérdidas para la sociedad en su conjunto. Investigaciones recientes muestran como la regulación de 2012, de ser efectivamente implementada, tendría efectos muy positivos en el corto plazo en una serie de variables macroeconómicas.

LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

LUIS DE LAS HERAS VIVES
ABOGADO

1. La orden europea de detención y entrega (ODE), de conformidad con el art. 1 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, consiste una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea cuya finalidad es la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama bien el ejercicio de acciones penales (entrega para el enjuiciamiento); bien para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad (entrega para el cumplimiento de condena).

El principal objetivo de la orden es la sustitución de los clásicos procedimientos de extradición por un nuevo procedimiento ágil y eficaz, basado en los principios de reconocimiento mutuo y confianza recíproca, de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme.

La ODE, así pues, supone la primera concreción en Derecho Penal por la que se aplica el principio de reconocimiento y confianza recíproca.

En este sentido, la STC 177/2006, afirma que “la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención y entrega ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba

en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los Estados miembros no pueden ser sometidas a dicha exigencia (v. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 30 de septiembre de 2003 —Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, C-405/01— y de 30 de junio de 2005— Tod's SpA, Tod's France SARL y Heyraud SA, C-28/04). A ese sistema debe ajustarse el Estado español en relación con la solicitud de entrega que le formule cualquier Estado miembro sobre la base de la Decisión Marco y en relación con hechos incluso anteriores a su entrada en vigor, toda vez que no hizo uso en su día de la posibilidad restrictiva que le brindaba su art. 32, sea cual fuere la actitud observada por el Estado reclamante a este respecto”.

2. El artículo 1.2 nos define a efectos de la ODE que se entiende por “autoridad judicial de emisión” y por “autoridad judicial de ejecución”. La primera es “la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una orden europea en virtud del derecho de ese Estado”, y la segunda “la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente para ejecutar la orden europea en virtud del derecho de ese Estado”.

Por lo que respecta a las autoridades competentes en España, lo son:

- a) A efectos de emitir la orden europea, el juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes.
- b) A efectos de dar cumplimiento a la orden europea los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Los Juzgados Centrales de Instrucción lo serán para la tramitación inicial del procedimiento, así como para resolver aquellos casos en que exista consentimiento por parte de la persona reclamada o el Ministerio Fiscal no considere la concurrencia de condicionantes o casusas de denegación para la entrega.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con el art. 18.2, será competente para decidir sobre la entrega en aquellos casos en que la persona reclamada se oponga o el Ministerio Fiscal advierta la existencia de causas de denegación o la concurrencia de condicionantes

3. Casos en los las autoridades judiciales de emisión españolas pueden dictar una orden europea:

En primer lugar, para ejercer acciones penales por infracciones que lleven aparejada una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses de duración.

En segundo lugar, para las solicitudes de entrega de personas reclamadas para la ejecución de una pena o medida de seguridad, privativa de libertad no inferior a cuatro meses de duración en el país de emisión.

En tercer lugar, cuando se trate de delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, conforme la legislación del Estado que la emite, de, al menos, tres años y sean susceptibles de integrarse en alguna de las categorías previstas en el art. 9.1.

4. Por lo que respecta al contenido de la información y forma, el art. 3 establece que: “la orden europea contendrá, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste, la información siguiente, establecida de conformidad con el formulario que figura en el anexo:

- a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada.
- b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.
- c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los arts. 5 y 9 de la presente ley.
- d) La naturaleza y tipificación legal del delito, en particular con respecto a los artículos 5 y 9 de la presente ley.

e) Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.

f) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.

g) Si es posible, otras consecuencias del delito.”

Además se podrá describir a dicha persona en el Sistema de Información Schengen de conformidad con el art. 95 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, y, si no fuera posible hacerlo, se hará a través de la organización internacional de policía criminal (INTERPOL).

5. La orden se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia. En caso que la persona consienta la entrega, la decisión judicial deberá adoptarse en los 10 días siguientes a su consentimiento. En los demás casos, el plazo será de 60 días desde la detención.

Ahora bien, cuando por razones justificadas no puedan cumplirse los plazos señalados, éstos podrán prorrogarse por otros 30 días, comunicando a la autoridad judicial de emisión tal circunstancia y sus motivos, manteniendo entretanto las condiciones necesarias para la entrega.

6. Conforme el art. 5.3, la autoridad judicial de emisión española podrá solicitar a las autoridades de ejecución que, de conformidad con su derecho interno, entreguen los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito.

Respecto del periodo de privación de libertad resultante de la ejecución de la euroorden, el art. 5.4 establece que “las autoridades judiciales de emisión españolas deducirán del período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España como consecuencia de una condena a una pena o medida de seguridad privativas de libertad cualquier período de privación de libertad derivado de la ejecución de una orden europea”.

7. Por lo que se refiere a las causas de denegación de la ejecución y la entrega, las hay imperativas y potestativas. Las primeras se recogen en el art. 12.1 y se refieren a los siguientes casos:

a) Aplicación del principio “non bis in ídem”: “cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución española se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena.”

b) Casos de minoría de edad: “cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, por razón de su edad, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al derecho español.”

c) Existencia de indulto: “cuando la persona reclamada haya sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden europea y éste fuera perseguible por la jurisdicción española.”

Por su parte, las segundas, contempladas en el art. 12.2, recogen una extensa lista de causas denegación que se refieren tanto a aspectos procesales (por ejemplo, sobreseimiento libre en España) como materiales.

8. Como ya habíamos adelantado, también existen una serie de condiciones que podrán ser exigidas para la admisión de la euroorden. Principalmente se basan en la observancia de una serie de garantías exigibles por el Estado de emisión en casos particulares (art. 11).

Cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad, “la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida” (art. 11.1).

En aquellos casos en que la persona, objeto de la orden europea, a efectos de entablar una acción penal, sea de nacionalidad española, se podrá condicionar la entrega a que la persona entregada sea devuelta a España para cumplir la pena privativa de libertad que se le imponga (art. 11.2).

9. En caso de concurrencia de solicitudes en relación a la misma persona por parte de dos o más Estados miembros, la decisión sobre la prioridad de ejecución será adoptada por la autoridad judicial de ejecución española, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Pudiendo solicitar, en su caso, el dictamen de Eurojust con vistas a solventar el supuesto de concurrencia de solicitudes.

10. Algunas cuestiones de interés práctico.

1) Existencia de un proceso pendiente en España.

De conformidad con el art. 21.1 “cuando la persona reclamada tenga proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea, la autoridad judicial de ejecución española, aunque haya resuelto dar cumplimiento a la orden, podrá suspender la entrega hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta.

Ahora bien, dispone el apartado 2 que “la autoridad judicial de ejecución española acordará, si así lo solicitara la autoridad judicial de emisión, la entrega temporal de la persona reclamada en las condiciones que formalice por escrito con dicha autoridad judicial y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor”.

2) La persona a la que se refiere la orden europea goza de inmunidad en España.

En estos casos, de conformidad con el art. 29.1, la autoridad judicial de ejecución podrá solicitar “a la autoridad competente el levantamiento de dicho privilegio. Si compete a otro Estado o a una organización internacional, corresponderá hacer la solicitud a la autoridad judicial que haya emitido la orden europea, a cuyo efecto la autoridad judicial de ejecución comunicará a la de emisión dicha circunstancia”.

Ahora bien, durante el tiempo en que se resuelve la solicitud de retirada de la inmunidad, “la autoridad judicial de ejecución deberá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar una entrega efectiva cuando la persona haya dejado de disfrutar de un privilegio o inmunidad de este tipo” (art. 29.2).

3) Supuesto de denegación inicial de la entrega por vía del sistema extradicional, pero aceptada, posteriormente y ante los mismos hechos, por euroorden.

Como norma general, las resoluciones denegatorias de la extradición no tienen, en efecto de cosa juzgada. En este sentido, la STC 120/2008, de 13 de octubre de 2008, afirma que “en atención a la naturaleza del proceso extradicional, en el que simplemente se verifica el cumplimiento de requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado, (...) hemos afirmado que las resoluciones que resuelven los procesos de extradición no producen, en principio, el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, pueden ‘en determinados supuestos’ ser sustituidas por otras”.

Ahora bien – sigue diciendo – “en determinados supuestos las resoluciones que resuelven los procedimientos de extradición no puedan ser sustituidas por otras.

La clave para discriminar unos casos de otros está en el análisis de la “ratio decidendi” de la denegación en el primer proceso extradicional, diferenciando entre aquellas denegaciones fundadas en razones puramente formales o procedimentales no conectadas con las causas de denegación referidas a las condiciones procesales o materiales de la causa penal (que en principio no tienen efecto de cosa juzgada respecto de posteriores solicitudes de extradición o entrega), y aquellas que sí lo están (en las que sí podría concurrir tal efecto, pues estas últimas sí pueden generar en el ciudadano expectativas legítimas de intangibilidad de la primera decisión). Siendo así, a la hora de analizar la suficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que rechazan la existencia de cosa juzgada en este tipo de procesos conforme al canon de motivación reforzada al que antes se hizo referencia, este Tribunal ha de comprobar, en primer lugar, si las mismas toman en consideración las circunstancias del caso concreto y, fundamentalmente, si tienen en cuenta cuál fue la ratio decidendi sobre la que se fundó la inicial denegación de la entrega cuyo efecto de cosa juzgada se discute. Y a partir de

ahí, habrá de analizarse si el razonamiento del órgano judicial es conforme a las pautas interpretativas”.

4) Entrega para la ejecución de una condena en rebeldía.

La Decisión Marco de 13 de junio de 2002 ha sido modificada, por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, con el objetivo de limitar la discrecionalidad de la autoridad de ejecución para denegar la ejecución de una orden de detención europea. Dicha reforma delimita los supuestos en que la autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega solicitada por el Estado requirente en virtud de euroorden a efectos de cumplimiento una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía.

A tal efecto se añade el art. 4 bis, en el que se determinan los motivos comunes por los que podrá denegarse la ejecución de una orden de detención europea en supuestos de resoluciones dictadas en rebeldía.

RESPONSABILIDAD DEL GESTOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA POR LOS CONTENIDOS POR LA INDEXACIÓN Y ALMACENAMIENTO DE DATOS CONTENIDOS EN SITIOS DE INTERNET: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LUXEMBURGO (GRAN SALA) DE 13 DE MAYO DE 2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1. Recientemente ha recaído una sentencia que ha tenido gran repercusión mediática, como suelen ser todas las que tienen que ver con la protección de los derechos fundamentales frente al riesgo derivado del uso indebido de las nuevas tecnologías.

En este caso, el derecho afectado por el reclamante es el del tratamiento de datos de carácter personal, que nuestra jurisprudencia constitucional, con

apoyo en el art. 18.4 CE, configura como un derecho autónomo, como consecuencia de la gran depuración conceptual de nuestro ordenamiento jurídico, merced a la detallada regulación de los derechos fundamentales que lleva a cabo nuestra Carta Magna, que contrasta con la parquedad de otros textos constitucionales o internacionales, como es el Convenio de Roma, cuyo artículo 8 consagra un supra-concepto, el del respeto al derecho a la vida privada, que es un auténtico cajón de sastre para reconducir derechos no protegidos específicamente por el Tratado; y lo mismo sucede en la Ley Fundamental de Bonn, en la que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en su parágrafo 2, cumple la misma función de supra-concepto con fuerza expansiva.

Sin embargo, entre nosotros, aunque en este punto el texto constitucional no sea todo lo claro que sería deseable, es común distinguir entre “intimidad” y “vida privada”, conceptos no coincidentes. Es evidente que dentro de ese “patrimonio personal y familiar propio, vivencial y existencial” en que consiste la intimidad hay que situar, por ejemplo, aspectos como las propias convicciones, ideológicas o religiosas, la orientación sexual, la filiación biológica de la persona adoptada, las relaciones afectivas no exteriorizadas públicamente, el estado de salud o la información genética. Por el contrario, en la vida privada hay datos, que los demás no tienen por qué conocer, pero que, objetivamente, no parece que puedan ser considerados como parte de ese “reducto de inmunidad” (con el que la jurisprudencia constitucional identifica la intimidad), sin cuya preservación “no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad”. Sería, por ejemplo, el caso del importe de la nómina mensual o de los datos bancarios.

No se trata de que la persona no deba tener control sobre la captación, utilización o difusión de estos datos de carácter personal, sino que lo que sucede es que esta protección debe tener lugar a través de un derecho fundamental distinto, que no es el de la intimidad, sino el de la autodeterminación informativa o de protección de los datos de carácter personal, del que es manifestación privilegiada la denominada libertad informática.

La Constitución española no consagra, al menos expresamente, un derecho a la autodeterminación informativa o a la protección de datos de carácter personal. En su art. 18.4 se limita a decir que “La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Por lo tanto, de este precepto lo único que se deduce es un mandato dirigido al legislador para que éste establezca una regulación de la informática que proteja los derechos de la personalidad de los ciudadanos, pensando que en las sociedades modernas el uso de las nuevas tecnologías puede ponerlos en peligro, pero no consagra un derecho fundamental específico a la autodeterminación informativa, a pesar de lo cual la norma ha dado pie a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para reconocer dicho derecho fundamental.

A este respecto es especialmente importante la STC 254/1993, de 20 de julio, la cual afirma que el art. 18 CE “ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término, no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”. Más adelante, añade: “En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos”.

La STC 30/1999, de 8 de marzo, afirma que el art. 18.4 CE “consagra un derecho autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos, evitando que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios”. Igualmente la STC 44/1999, de 22 de marzo, dice, en relación con el precepto, que éste, “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la ‘privacidad’ según el neologismo que reza en la exposición de motivos de la [anterior Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal]-, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”.

La diferenciación entre “intimidad” y “vida privada” estaba, en efecto, bien expuesta por la Exposición de Motivos de la anterior LO 5/1992, de 29 de

octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

En ella se decía, que “El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona -el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo-, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

El derecho a la protección de datos de carácter personal, tutelado administrativamente por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, es objeto de una protección penal específica por el art. 197. 2 CP.

2. En la disciplina comunitaria la norma básica es la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la interpretación de cuyo art 2, a), b) y d) dio lugar a la sentencia que nos ocupa, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional.

El pleito tiene su origen en una reclamación planteada ante la Agencia de Protección de datos de un internauta, que, cuando introducía en el motor de búsqueda de Google su nombre, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas de un periódico, en las que figuraba un anuncio en el que se le relacionaba con una subasta de inmuebles como consecuencia de un embargo por deudas a la Seguridad Social.

El internauta reclamó al periódico que eliminara o modificara la publicación para que no apareciesen sus datos personales, o utilizara las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger estos datos. Por otro lado, solicitó que se exigiese a Google que eliminara u ocultara sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y

dejaran de estar ligados a los enlaces del periódico. Argumentaba que el embargo al que en su día se vio sometido estaba totalmente solucionado y resuelto desde hace años y carecía de relevancia actualmente.

La Agencia de Protección de Datos desestimó la reclamación dirigida al periódico, razonando que la publicación que éste había llevado a cabo estaba legalmente justificada, dado que había tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. En cambio, sí estimó la reclamación contra Google, considerando que el requerimiento pretendido por el internauta podía dirigirse directamente a los explotadores de motores de búsqueda, sin suprimir los datos o la información de la página donde inicialmente está alojada e, incluso, cuando el mantenimiento de esta información en dicha página estuviera justificado por una norma legal.

Google interpuso recurso ante la Audiencia Nacional, que planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, que declaró que el gestor de un motor de búsqueda, al explorar internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, “recoge” tales datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y “facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas.

Considera, en definitiva, que se trata de operaciones que tienen encaje en el art. 2, b) de la Directiva 95/46, las cuales constituyen deben como “tratamiento” de datos personales; y ello, con independencia de que dichos datos hayan sido ya objeto de publicación en Internet y dicho motor de búsqueda no los modifique: el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y del tratamiento de datos personales que efectúa en el marco de aquella y, por consiguiente, debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d).

Afirma que “la organización y la agregación de la información publicada en Internet efectuada por los motores de búsqueda para facilitar a sus usuarios el acceso a ella puede conducir, cuando la búsqueda de los usuarios se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, a que éstos obtengan mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet que les permita establecer un perfil

más o menos detallado del interesado”; y añade: “en la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar, significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva 95/46 para que las garantías establecidas en ella puedan tener pleno efecto y pueda llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados, en particular, de su derecho al respeto de la vida privada”.

La conclusión es que el art. 2, b) y d), de la Directiva 95/46 “debe interpretarse en el sentido de que, por un lado, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de ‘tratamiento de datos personales’, en el sentido de dicho artículo 2, letra b), cuando esa información contiene datos personales, y, por otro, el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse ‘responsable’ de dicho tratamiento, en el sentido del mencionado artículo 2, letra d)”.

3. Esta declaración ha hecho correr ríos de tinta. Pero ¿es tan novedosa como se ha hecho creer?

A mi parecer, sin desconocer su importancia, la sentencia considerada se halla en línea de continuidad con otros fallos anteriores del mismo Tribunal, en el que se había discutido si el prestador de servicios era un “provider of technical services” o si, por el contrario, un “provider of content services”, que ejercía un control sobre el contenido de los datos que alojaba.

La importancia de la cuestión estriba en que, como explica el considerando 42 de la Directiva 2000/31/CE, la exenciones de responsabilidad en ella prevista “sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente”; y,

más adelante, precisa: “Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

Es, por ello, que en no pocos litigios tramitados ante el Tribunal de Luxemburgo, se ha discutido la naturaleza del servicio realizado por un prestador de servicios a efectos de determinar si quedaba, o no, sujeto a la exención de responsabilidad prevista en el art. 14.1 de la Directiva 2000/31/CE.

El precepto dispone que “Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

La STJUE (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, caso Google Francia y otros c. Louis Vuitton y otros, analiza la subsunción en el precepto de la actividad de un prestador de servicios de referenciación (Google) que almacena como palabra clave un signo idéntico a una marca de renombre y organiza la presentación en una pantalla de anuncios a partir de tal signo.

Afirma que la exención de responsabilidad contemplada en la norma sólo “se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”; de modo que “Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”.

La STJUE de 12 de julio de 2011, dictada en el marco del asunto c-324/09, caso L’Oréal contra eBay, reitera dicha doctrina, en este caso, en relación a

un prestador que, como eBay, explota un mercado electrónico en el que se muestran anuncios de productos ofrecidos por personas registradas, que han creado una cuenta de vendedor, permitiendo a los compradores potenciales pujar por los objetos ofrecidos por los vendedores o que los adquieran por un precio fijo, a través de un sistema denominado “¡Cómpralo ya”. Los vendedores pueden, por otra parte, crear “tiendas en línea” en los sitios web de eBay. En su caso, eBay también presta asistencia a los vendedores para optimizar sus ofertas, crear sus tiendas en línea y promover e incrementar sus ventas. Igualmente, hace publicidad de algunos de los productos que se ofrecen a la venta en su mercado electrónico, gracias a la presentación de anuncios a través de operadores de motores de búsqueda como Google.

El litigio surgió, porque en las webs europeas de eBay se estaban comercializando algunos productos que eran falsificaciones de la marca L’Oréal, artículos de muestra o que estaban destinados a su venta fuera del Espacio Económico Europeo.

El TJUE reitera que el art. 14.1 de la Directiva 2000/31 “se aplica al operador de un mercado electrónico cuando éste no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados”, precisando que “Este operador desempeña tal papel cuando presta una asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas”.

En el supuesto de que el operador haya desempeñado un papel puramente pasivo, le será de aplicación el citado precepto, por lo que sólo quedará sujeto a responsabilidad y podrá ser condenado al pago de una indemnización de daños y perjuicios, “cuando haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido constatar el carácter ilícito de las ofertas de venta en cuestión y, en caso de adquirir tal conocimiento, no haya actuado con prontitud”.

Conviene advertir que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo considera a Google y a eBay proveedores de servicio de alojamiento de datos (que, en sentido amplio, lo son), porque en la Directiva no existe una norma semejante al art. 17 de la Ley 34/2002, de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, que contempla la exención de responsabilidad de los prestadores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

QUIENES SOMOS

El “Instituto de Derecho Iberoamericano” es una asociación, sin ánimo de lucro, que surge como una iniciativa de académicos y profesionales del Derecho, para fomentar el desarrollo jurídico y el intercambio de ideas en el ámbito iberoamericano.

Para conseguir dichos fines, el Instituto promueve la publicación de artículos doctrinales, de comentarios jurisprudenciales, de comentarios legales y de crónicas jurisprudenciales sobre los ordenamientos jurídicos de nuestro mismo entorno cultural, teniendo como cauces ordinarios de expresión la “Revista Boliviana de Derecho” y “Actualidad Jurídica Iberoamericana”.

Dispone, además, de una página web actualizada en la que se difunden, con una organización de carácter temático, los trabajos publicados en dichas revistas, así como en otras (previo convenio de colaboración, entre ellas y el Instituto), pudiéndose descargar a través de ella sus contenidos; en ella se recogen novedades jurisprudenciales y se da noticia puntual de las noticias de las actividades desarrolladas por el Instituto en su conjunto o por miembros del mismo, que se consideren de interés general.

Promueve la organización de cursos, seminarios, congresos, certámenes y actividades de todo género relacionadas con los fines propios del Instituto.

De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, mantiene relaciones y colaboraciones con la administración, organismos de carácter nacional e internacional, instituciones, entidades públicas y privadas, universidades españolas y extranjeras, así como con empresas de ámbito nacional e internacional, asociaciones, federaciones y confederaciones.

COMPROMISO ÉTICO

El Instituto se encuentra altamente comprometido con los principios éticos imperantes en la actividad científica. Este compromiso resulta patente en el siguiente elenco de cuestiones:

AUTORÍA

Los artículos sometidos a evaluación deben establecer si, para su elaboración, han recibido algún tipo de ayuda de carácter económico.

Las investigaciones que pretendan publicarse deben ser originales. Cuando el/los autor/es haga/n uso de materiales de otros investigadores deben necesariamente citarse. Asimismo, no deberán haber incurrido en plagio o fraude científico. A continuación, daremos una delimitación conceptual respecto a cada uno de ellos.

Plagio es la copia literal de un trabajo ajeno, sin entrecomillar dicho contenido, que se presenta como propio, cuando, en realidad, no lo es. Los textos que incurran en dicha actividad no serán editados. En el supuesto de que dicha práctica sea detectada tras la publicación del documento, será eliminado del número en el que se inserte.

Fraude científico es el no reconocimiento explícito de todos los autores de la investigación; así como la remisión simultánea del artículo a diversas publicaciones. En este último sentido, no deben remitirse a publicación textos de investigaciones altamente redundantes a más de una revista científica.

DEBERES DE LOS AUTORES

El envío de una colaboración supone la aceptación íntegra tanto las normas de publicación como de las reglas éticas.

Los autores que figuren en un artículo deben haber contribuido al mismo. Igualmente, han de compartir el resultado final incluido en el trabajo.

Únicamente quienes han sido parte activa de la investigación deben figurar en el artículo. Si existen personas o instituciones que han efectuado algún tipo de colaboración no relevante o mínima, el reconocimiento de tal labor puede ser objeto de mención en el apartado de agradecimientos, determinando, en su caso, la actividad realizada.

En el supuesto de que concurra algún tipo de conflicto de interés, económico o de otro carácter, que sea susceptible de incidir en los resultados, debe indicarse en el manuscrito.

Si el/los autor/es detecta/n un error, ajeno a su voluntad, en el que ha/n podido incurrir, deberá/n hacérselo saber, a la brevedad, al editor con la finalidad de operar las correcciones que, en su caso, procedan.

REVISIÓN POR PARES ANÓNIMOS

El comité editorial debe decidir si procede la publicación de un artículo en atención a las evaluaciones operadas por los revisores anónimos. Estos habrán de suponer, para el editor, un elemento de decisión, a efectos de publicación del artículo, sobre la base de argumentos sólidos (evitando, en cualquier caso, críticas de carácter personal). Igualmente, en el caso de que la investigación, a juicio de uno o dos revisores, deba realizar alguna mejora, de carácter mayor o menor, debe informarse al autor, con suficiente claridad, de tal extremo.

La selección de los revisores se efectuará en atención al grado de afinidad que los mismos tengan respecto a la temática del artículo.

El procedimiento de revisión será plenamente anónimo para los autores y para los revisores. Ninguna de las dos partes conocerá la identidad de la otra para garantizar la objetividad del resultado alcanzado. La revisión, en todo momento, deberá garantizar la confidencialidad.

La labor de revisión deberá acometerse con cierta celeridad. En el supuesto de que el revisor contactado no pueda desempeñar su labor dentro de los márgenes de tiempo indicados por el editor deberá ponerlo de manifiesto.

El revisor, en su labor de evaluación, aplicará las presentes normas éticas.

Los autores y los revisores habrán de poner de manifiesto las relaciones susceptibles de generar eventuales conflictos de interés.

LABOR DEL COMITÉ EDITORIAL

El Comité Editorial gozará de libertad para aceptar o rechazar un artículo sobre la base de las evaluaciones realizadas. El Comité Editorial arbitrará los medios oportunos para que los autores no puedan conocer, en ningún momento, la identidad de los revisores.

Dicho órgano valorará los manuscritos que reciba en atención a criterios objetivos vinculados con su contenido. En la decisión final no podrá tener ningún tipo de incidencia la raza, el sexo, la orientación sexual, el credo o religión, u origen racial de los autores.

Únicamente serán aceptados aquellos artículos que cumplan, de forma plena, las normas editoriales y reglas éticas.

Cualquier manuscrito que incurra en plagio o fraude científico será retirado por parte del Comité editorial. Asimismo, en el supuesto de que el autor o autores haya/n detectado errores susceptibles de modificación, pondrá los medios para su corrección.

NORMAS GENERALES DE REDACCIÓN

El Instituto de Derecho Iberoamericano publica en “Actualidad Jurídica Iberoamericana” trabajos originales sobre temas de actualidad y relevancia en el ámbito del Derecho, previo acuerdo de la Junta de Gobierno, auxiliada por los responsables de las diversas secciones del Instituto.

Ha de tratarse de trabajos en lengua española, bien estructurados, redactados de manera clara y sistemática. Su extensión ha de estar entre las 4 y 10 páginas.

Respecto a sus características formales: se usará el tipo de letra Calibri 11; no se utilizarán tabuladores, ni epígrafes, empleándose números arábigos consecutivos para separar bloques temáticos o cuestiones diversas; no se admite el empleo de cursivas, debiéndose entrecomillar las palabras que se quieran destacar o la reproducción literal de frases legales o extraídas de fallos jurisprudenciales.

Dada la agilidad que se quiere imprimir a los trabajos, no se utilizarán notas a pie de página. Si fuera necesario referirse a algún autor, la cita deberá integrarse en texto, con arreglo al siguiente sistema:

a) Libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título de la obra (en cursiva), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usa las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: GARCÍA MARTÍNEZ, J.: *El matrimonio en el Derecho Comparado*. Madrid (2008): Civitas, p. 678.

b) Capítulos de libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del capítulo (entrecomillado; por lo tanto, no en cursiva), “en AA.VV.”, título de la obra (en cursiva), nombre en su caso del director o coordinador (entre

paréntesis), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usa las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J.: “Los requisitos del matrimonio en el Derecho Español”, en AA.VV.: *Derecho Matrimonial* (coord. por A. CAMPOS ALEGRE). Madrid (2004): Thomson-Aranzadi, pp. 4-34.

c) Artículos en revistas científicas: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del artículo (entrecorinado), coma, nombre de la revista (en cursiva), año (entre paréntesis), coma, volumen o número en el que se halla (con el uso de expresiones “vol.” o “núm.”), coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usan las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: MEDINA CASAS, H. M.: “Las partes en el arbitraje CIADI”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (2009), núm. 15º, pp. 219-220.

Dado que el Instituto carece de ánimo de lucro no se retribuirán las publicaciones.

Si estás interesado puedes mandarnos tu trabajo a la dirección de correo: j.ramon.de-verda@uv.es

