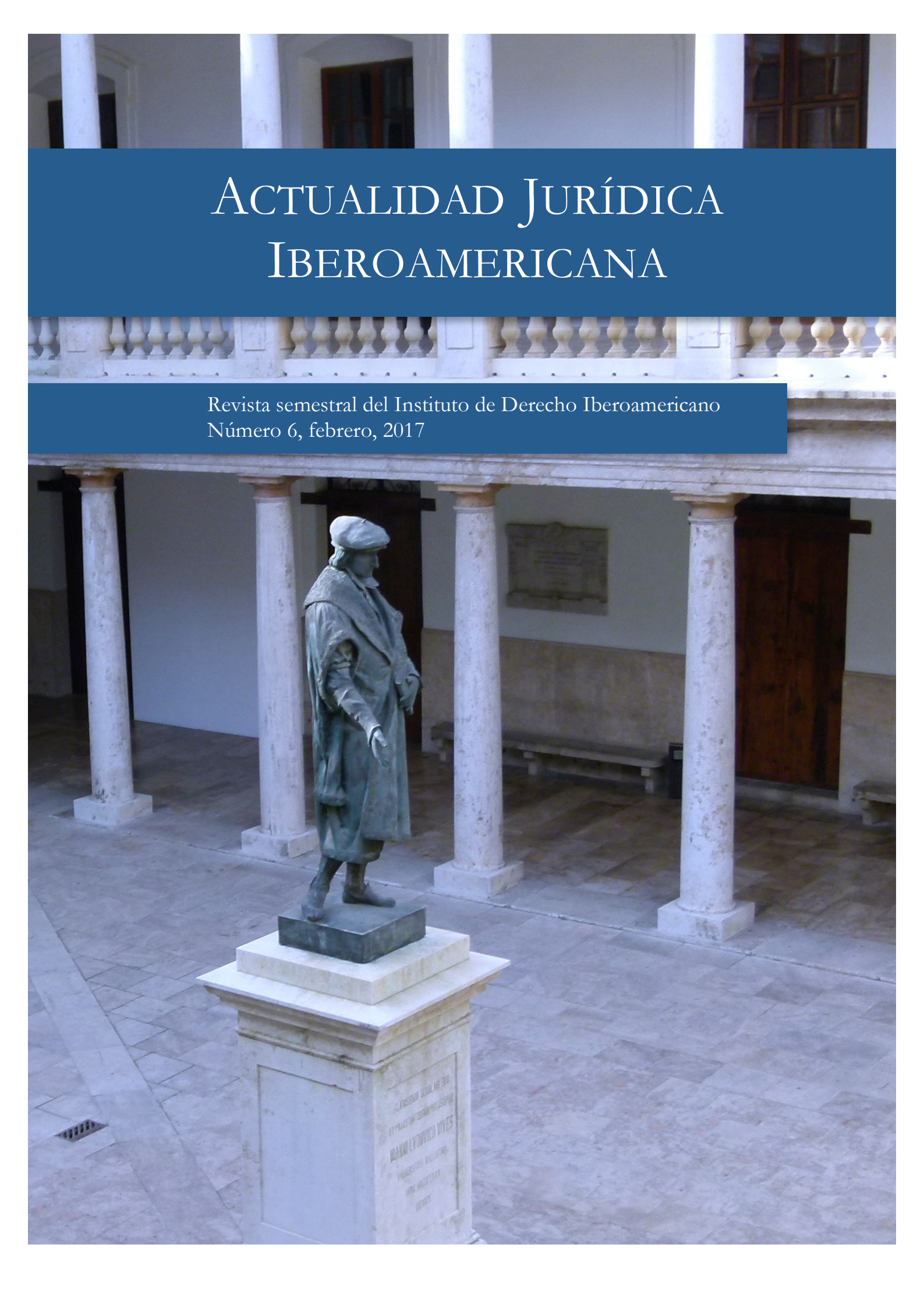


The background of the cover is a photograph of a courtyard. In the foreground, a bronze statue of a man in a long coat and cap stands on a stone pedestal. The pedestal has an inscription. The courtyard is paved with stone tiles and has several white columns. In the background, there is a balcony with a white railing and a wooden door.

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 6, febrero, 2017

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana

Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano

Calle Luis García Berlanga, núm. 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

Indexada en:

– REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico).

– ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del Sistema Universitario y de Investigación, Italia).

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

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático Acreditado de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires,
Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo
Fiscal del Estado en Minas Gerais, Brasil

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

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

D. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indraccolo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular Acreditada de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia,
España

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

D. Francesco La Fata
Doctorando, Universidad del Sannio, Italia

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

D^a. Carla Pernice
Doctoranda, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo, UNIR, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Doña Joana Vendrell Alfonso
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki
IVACE

SUMARIO

I. ESTUDIOS

PERSONA Y FAMILIA

1. Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes. (Pp. 11 ~ 40).

BLANCA SILLERO CROVETTO.

2. Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano. (Pp. 41 ~ 69).

MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN.

3. O crédito compensatório previsto no artigo 1676, do Código civil português: o que o legislador disse e o que realmente quis dizer. (Pp. 70 ~ 89).

SANDRA PASSINHAS.

4. El derecho a recibir alimentos en México. Marco normativo y jurisprudencial. (Pp. 90 ~ 109).

KARLA CANTORAL DOMÍNGUEZ.

DERECHO MERCANTIL

5. La regulación de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras en la nueva normativa de Ordenación, Supervisión y Solvencia (LOSSEAR). (Pp. 110 ~ 133).

PABLO GIRGADO PERANDONES.

6. Online sales after the transposition of the Directive on consumer rights in some European countries. (Pp. 134 ~ 150).

STEFANIA GIOVA.

7. Determinación de la masa activa del concurso de persona casada. Ley concursal y Derecho civil propio de las Islas Baleares. (Pp. 151 ~ 173).

PETRA M. THOMÀS PUIG.

8. A posição jurídica do devedor face ao contrato de factoring. (Pp. 174~ 195).

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES.

DERECHO DEL TRABAJO

9. El acoso en el ámbito de las relaciones laborales. (Pp. 196 ~ 209).

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO.

10. [Cláusulas laborales en tratados comerciales internacionales: el caso del CETA.](#)
(Pp. 210 ~ 227).

DANIEL PÉREZ DEL PRADO.

11. [A parassubordinação como forma de discriminação.](#) (Pp. 228 ~ 242).

LORENA VASCONCELOS PORTO.

12. [Contrattazione collettiva, welfare aziendale e premi di produttività dopo il Jobs Act.](#)
(Pp. 243~ 258).

CARLOTTA FAVRETTO.

DERECHO DE LA PUBLICIDAD

13. [La divergente regulación del contenido publicitario por razón de género según el soporte.](#)
(Pp. 259~ 277).

BELÉN ANDRÉS SEGOVIA.

II. CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

DERECHO DE LA PERSONA

14. [Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas. Comentario de la STS \(Pleno\) 91/2017, de 15 de febrero.](#) (Pp. 278 ~ 291).

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

15. [¿Derecho penal o Derecho civil? Breves consideraciones en torno a la protección actual del bien jurídico intimidad.](#) (Pp. 292 ~ 301).

LUIS DE LAS HERAS VIVES.

16. [Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS \(Pleno\) 91/2017, de 15 de febrero.](#) (Pp. 302 ~ 312).

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE.

DERECHO DE FAMILIA

17. [Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero \(RJ 2017, 274\), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos.](#) (Pp. 313 ~ 318).

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

18. [Deber de información y vicio del consentimiento en la venta de participaciones preferentes. ¿Anulable en todo caso?](#) (Pp. 319 ~ 325).

ANA ISABEL BLANCO GARCÍA.

DERECHOS REALES

19. [El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca.](#) (Pp. 326 ~ 340).

ADELA SERRA RODRÍGUEZ.

DERECHO DEL CONSUMO

20. [Novedades legislativas recogidas en la Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre, de viajes combinados y servicios de viajes vinculados.](#) (Pp. 341 ~ 351).

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ.

DERECHO MERCANTIL

21. [Propuesta de Directiva de insolvencia.](#) (Pp. 352~ 365).

RAFAEL NEBOT SEGUÍ.

22. [El impacto de la “Cuarta Directiva” antiblanqueo de capitales en el sector del juego.](#) (Pp. 366~ 379).

ANDREA MOYA LATORRE.

DERECHO DEL TRABAJO

23. [El pago de los créditos laborales en los denominados “concursos sin masa”.](#) (Pp. 380 ~ 389).

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI.

24. [La necesaria corrección de utilización abusiva de contratos o relaciones de servicios de duración determinada a la vista de la nueva doctrina del TJUE.](#) (Pp. 390 ~ 406).

ENRIQUE LALAGUNA HOLZWARTH.

DERECHO PROCESAL

25. [La unificación de la representación. Notas al art. 45 del nuevo Código Procesal Civil Boliviano.](#) (Pp. 407 ~ 414).

ALEX PARADA MENDÍA.

III. BREVES.

26. El denunciante en los procedimientos sancionadores de la CNMV: la eventual existencia de interés legítimo. Comentario a la STS de 16 de marzo de 2016. (Pp. 415 ~ 419).

BEATRIZ BELANDO GARÍN.

27. El régimen disciplinario en los Parlamentos y la libertad de expresión de los diputados: comentario de la STEDH de 17 de mayo de 2016. Caso Karácsony y otros contra Hungría. (Pp. 420 ~ 424).

JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART.

28. El fideicomiso de garantía en la financiación societaria mexicana.

AARÓN LEVET V. (Pp. 425 ~ 429).

29. El cambio de uso del terreno forestal incendiado: Ley de Montes, normativa autonómica y generación legal de incentivos perversos. (Pp. 430 ~ 435).

LUIS SUÁREZ DE LEZO LANDECHO.

IV. RECENSIONES.

30. Boldó Roda, C. (Dir.): *La mediación en asuntos mercantiles*, editorial Tirant lo Blanch (Colección *Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales*, Valencia, 2015. (Pp. 436 ~ 439).

ALBA SÁNCHEZ CORREDOR.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y RESPONSABILIDADES PARENTALES COMPARTIDAS: CRITERIOS RELEVANTES*

*THE BEST INTERESTS OF THE CHILD AND SHARED PARENTAL RESPONSIBILITIES:
DECISIVE CRITERIA*

DRA. BLANCA SILLERO CROVETTO
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
bsillero@uma.es

RESUMEN: En la Convención sobre los Derechos del Niño, el concepto del interés superior es uno de sus principios rectores. Para relacionarlo con la vida real, y las diferentes formas de entender este principio, nos centramos en la evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una crisis matrimonial, así como en el análisis de los criterios adoptados por la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en recientes sentencias sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

PALABRAS CLAVE: Derechos del niño; interés superior del niño; guarda y custodia; menores víctimas.

ABSTRACT: At the Rights of Child's Convention the main topic is the best interest as the guiding principle. Relating to the real life, and the different ways to understand this principle, we are focus on the evaluation and determination of the best interest of the child in the context of a marital crisis, also concerned in the criteria adopted by the doctrine of Civil Chamber of the Supreme Court in accordance with the recent judgments on the exercise of the parental co-responsibility and other measures to be adopted after the breaking off family life.

KEY WORDS: Rights of the child; best interests; guardianships; child victims.

FECHA DE ENTREGA: 16/12/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 07/01/2017.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Colectivo en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis” (DER-2012-34320), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por la Profesora Patricia Laurenzo Copello.

SUMARIO: I. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PRINCIPIO LEGAL.- II. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- III. ADAPTACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- IV. LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR Y MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES COMO ELEMENTO QUE DEBE SER TENIDO EN CUENTA AL EVALUAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.- 1. Custodia compartida e interés superior del menor.- 2. Custodia compartida y supuestos de conflictividad entre los progenitores.- 3. Custodia compartida y violencia de género.- V. CONCLUSIONES.

I. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. PRINCIPIO LEGAL.

La idea del “interés superior” es uno de los conceptos más importantes de la Convención de los Derechos del Niño, (en adelante CDN), adoptada unánimemente por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 6 de diciembre de 1990. Se trata de uno de los cuatro principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta de forma primordial en todos los asuntos que conciernen a los niños y niñas. En este sentido, dispone el artículo 3, inciso 1 que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Hasta hace poco tiempo el debate en torno al mismo se ha referido muy poco a lo que podrían ser los diversos significados del concepto del interés y de sus contextos desde la teoría social o desde otras ciencias¹. Se ha limitado sobre todo a consideraciones jurídicas, interpretando el principio en el contexto de los derechos que define la CDN. La interpretación más reciente viene del Comité de los Derechos del Niño de la ONU y queda establecida en la Observación General nº 14, publicada el 29 de mayo 2013².

Pero antes de analizar este importante documento nos vamos a detener en las palabras pronunciadas por el expresidente del Comité Zermatten³ quien sostiene que el concepto del interés superior del niño es un legado del movimiento “proteccionista para la salvaguarda y el bienestar de la niñez. Dicho movimiento ya hablaba de “derechos del niño”, así en la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra de 1924, pero no entendiéndolos como derechos subjetivos de niñas y niños sino única y exclusivamente como obligaciones de instituciones estatales, padres, madres u otras personas adultas” Es

¹ LIEBEL, M.: “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, p. 44.

² El Comité de los Derechos del Niño es una instancia de las Naciones Unidas compuesta por 18 expertos y expertas independientes. Sus miembros son elegidos cada cuatro años por la Asamblea General de las Naciones Unidas a sugerencia de los Estados Miembro. Su función es supervisar la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, emitiendo comentarios al respecto.

³ ZERMATTEN, J.: “The Convention and the Development of Childhood”, en JENS QVORTRUP, WILLIAM A. CORSARO & MICHAEL-SEBASTIAN HONIG (eds.): *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2007, p. 39.

por ello que en muchas ocasiones el concepto ha sido criticado como “paternalista” y un “bote vacío” que da cabida a un sinfín de interpretaciones. Es la actual Convención el primer Tratado de Derecho Internacional que define a las niñas y niños como sujetos autónomos de derechos, por lo que cabe preguntarse si acaso la Convención ha dado un nuevo significado al concepto de interés superior, un significado que deje atrás sus raíces paternalistas⁴. El carácter global o general de la Convención contrasta con unas legislaciones monotemáticas, todavía basadas en una atención focalizada en los sistemas de protección hacia la infancia⁵. Tanto en los tratados europeos como en las leyes estatales y autonómicas se acentúa un tratamiento de la infancia como víctima que precisa de protección.

Lo primero que hay que aclarar es qué debe entenderse bajo el término interés superior del niño⁶. Lo cual no nace de las palabras como tal, sino que depende de quien las interprete y las interprete y transforme en decisiones y resoluciones. En este contexto VAN BUEREN, destaca que “uno de los aspectos más importantes es determinar si el interés superior del niño se entiende únicamente en el sentido del bienestar del niño o implica que niñas y niños tengan el derecho a participar en las decisiones sobre su vida”⁷. Si lo que se entiende es esta segunda opción, debemos buscar maneras para que realmente los niños puedan tener un rol significativo en la interpretación y uso de sus derechos. No bastaría con identificar a los niños como sujetos de derecho, sino como sujetos sociales a los que sus derechos tienen que tener sentido y ser relevantes para ellos en su vida cotidiana. Propone LIEBEL comprender el interés superior del niño, al menos de tres maneras⁸:

- Como el interés que el niño o niña tenga en su calidad de persona e independientemente de su edad;
- Como el interés que niñas y niños tengan en su calidad de niños, lo cual implica el interés en una vida digna en el presente;
- Como el interés que niñas y niños tengan en su calidad de futuros adultos, distinguiendo entonces entre el futuro de los niños y el futuro de las sociedades en que viven.

La Convención, en este tema deja bastante margen de interpretación, garantiza el art. 12 a los niños, el poder expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y que, en el momento de tomar decisiones, sus opiniones sean debidamente tomadas en

⁴ GAITÁN, L. y LIEBEL, M.: *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*, Universidad Pontificia Comillas y Ed. Síntesis, Madrid, 2011, pp. 29-43; LIEBEL, M.: “Sobre el interés”, cit., p. 45.

⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. *et al.*: *Curso sobre la Protección Jurídica del menor: aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, 2001.

⁶ Sobre si los niños debieran o no tener derechos y respecto del significado del concepto “interés superior del menor”, vid. ROJO, F y SPECTOR, E.: “Los derechos del niño: un enfoque filosófico”, *Enciclopedia de Filosofía del Derecho*, 2015, vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 2715-2732; RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, 2012, n° 3, pp. 89-108.

⁷ BUEREN, G.: *The International Law on the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1998, p. 16.

⁸ LIEBEL, M.: “Sobre el interés”, cit., pp. 45-47.

cuenta. Sin embargo, el mismo precepto condiciona el ejercicio de este derecho, en cuanto exige “que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio y de que se tomen en consideración sus puntos de vista en función de su edad y grado de madurez”. Se incluyen restricciones que dependen de la interpretación discrecional de los que tienen el poder correspondiente.

Por otra parte, el interés superior del niño no solo surge cuando se habla del desarrollo de la vida del niño, también a la vista de las diferencias entre los niños mismos. Define la Convención al niño como persona perteneciente al grupo etéreo de los menores de 18 años. Se trata de un concepto abstracto, y en la realidad, las diferencias entre niños menores y mayores, entre niños y niñas, entre niños de diferente origen social, situación de vida,... son grandes. Incluso se puede afirmar que este tipo de diferencias pueden resultar más importantes que las que existen entre niños y adultos. Es por todo ello que si queremos identificar y comprender el interés de los niños, debemos tomar en cuenta sus situaciones y percepciones.

II. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)⁹ determina que el artículo 3, párrafo 1 de la CDN enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y lo aplica como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1).

El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales (párrafo 2).

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del

⁹ Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). El alcance de esta Observación se limita al artículo 3, párrafo 1, de la Convención no abarcando los párrafos 2 y 3 del artículo 3. Indica el Comité los objetivos de la observación general en el capítulo II y expone la naturaleza y alcance de la obligación impuesta a los Estados partes (capítulo III). Ofrece un análisis jurídico en el capítulo IV, en el que se explica su relación con otros principios generales de la Convención. El capítulo V está dedicado a la aplicación, en la práctica del principio del interés superior del niño, mientras que en el capítulo VI proporciona directrices sobre la difusión de la observación general. Vid. RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General núm. 14 (2013)”, *La Ley Derecho de Familia*, 13 de noviembre de 2014.

niño¹⁰ (párrafo 4).

Subraya el Comité que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo, es decir, un derecho de aplicabilidad inmediata y reclamable judicialmente;
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental y
- c) Una norma de procedimiento.

La observación general tiene por objetivo garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo. Confía el Comité en que esta observación general guíe las decisiones de todos los que se ocupan de los niños, en especial los padres y cuidadores (párrafo 10).

El interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución. La observación general proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; pero no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concreto (párrafo 11).

El término “niños” implica que el derecho a que se atienda debidamente a su interés superior no sólo se aplique a los niños con carácter individual, sino también general o como grupo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que le conciernen (párrafo 23).

La obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del menor es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten. Aunque no se menciona explícitamente a los padres en el artículo 3, párrafo 1, el interés superior del niños será “su preocupación fundamental” (artículo 18, párrafo 1).

El término “tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna. Ello incluye los procesos de conciliación, mediación y arbitraje (párrafo 27).

¹⁰ El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación general N° 5, párrafo 12).

Destacamos por su trascendencia en este trabajo la vía civil, en cuanto se afirma que el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niños, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente (párrafo 29).

Se puede calificar el concepto de interés superior del niño de “complejo”, “flexible” y “adaptable”, tomando en consideración la situación de vida específica y el contexto de vida de cada niño o niña o de cada grupo de niños en el momento de tomar decisiones. En todo ello, las determinaciones se tomarán respetando todos los derechos estipulados en la Convención y sus Protocolos facultativos (párrafo 32).

La flexibilidad del concepto se refiere a la posibilidad de tener en cuenta la situación de cada niño y de incorporar los nuevos conocimientos científico-sociales sobre el desarrollo infantil que vengán adquiriéndose, sin embargo, el Comité también recuerda que en el pasado, el concepto de globalidad “ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo, por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por los profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia” (párrafo 34).

La evaluación y determinación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, niñas o niños individuales, de la niñez en general o de grupos de niños, circunstancias que incluyen las características individuales de los niños o del grupo de niños como por ejemplo, edad, género, grado de madurez, experiencia, pertenencia a grupos minoritarios, discapacidad física o emocional o mental. De igual manera, ha de considerarse el contexto social y cultural en el que viva el niño, así la presencia o ausencia de padres, el hecho de que el niño o la niña viva o no con ellos, la calidad de las relaciones y los vínculos que tenga con su familia o con las personas que están a su cargo, la seguridad en su contexto de vida o las posibilidades u oportunidades para tener una vida mejor (párrafo 48).

A las personas responsables de tomar decisiones sobre niñas o niños, el Comité recomienda elaborar una lista de elementos que correspondan al interés superior del menor pero que esta lista no sea considerada ni exhaustiva ni jerárquica. De hecho, el establecimiento de este tipo de listas se guía con el cometido de garantizar que los niños puedan gozar de manera plena y efectiva de todos los derechos reconocidos en la Convención (párrafos 50 y 51).

No debemos olvidar que los niños no son un grupo homogéneo. Lo que significa que, en el momento de determinar su interés superior, debe considerarse su diversidad al

respecto. Y es que si bien existen necesidades universales que son comunes a todos los niños, la expresión de estas necesidades depende de toda una serie de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, inclusive del desarrollo de sus facultades (párrafo 55).

Para evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (artículo 3, párrafo 2). Los conceptos de la “protección” y “cuidado” deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño. Bienestar que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales, así como su necesidad de afecto y seguridad (párrafo 71).

El interés superior del niño debe ser una “consideración primordial” en la adopción de todas las medidas de aplicación, e impone a los Estados una obligación jurídica (párrafo 37). La expresión “consideración primordial” significa según el Comité que el interés superior del niño no debe estar al mismo nivel que otras consideraciones, lo que se justifica por la situación especial del niño caracterizada por la “dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo carencia de voz”. Las posibilidades de los niños “de defender con fuerza sus propios intereses” son menores a las de los adultos. Por tanto todas aquellas personas encargadas de tomar decisiones sobre niños y niñas deben tener especial conciencia de los intereses de la niñez. Si no se ponen de relieve de manera explícita los intereses de la niñez, corren el peligro de ser pasados por alto (párrafo 38).

Esta Observación General, como todas las observaciones que emite el Comité para los Derechos del Niño, no es vinculante en el sentido del derecho internacional, pero sí ofrece pautas y orientaciones, y en el momento de tomar una decisión política o emitir una resolución judicial, las instancias pertinentes suelen consultar estas observaciones. Ahora bien, es irremediable que en su calidad de pronunciamiento jurídico, las Observaciones permanezcan vagas y abstractas y requieran de más interpretación y concreción¹¹.

III. ADAPTACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Establece el artículo 39 de la Constitución Española, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias regula las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor.

¹¹ LIEBEL, M.: “Sobre el interés”, cit., p. 49.

Es la Ley Orgánica núm. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y la que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección jurídica de menores.

Transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la LO núm. 1/1996, se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 de la Constitución, lo que se ha llevado a cabo a través de la reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Reforma que está integrada por dos normas, La Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley núm. 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia.

Los cambios introducidos en la L.O. núm. 1/1996 desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto a lo largo de estos años de diversas interpretaciones¹². Por ello para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2. Se concreta el concepto jurídico indeterminado incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los criterios de la observación general nº 14 del Comité, y se da al concepto un contenido triple:

- Como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución,
- Es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor,
- Es una norma de procedimiento.

A la luz de estas consideraciones, la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en las “circunstancias concretas”, pero también en una serie de “criterios reconocidos por el legislador” que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos.

Así, el nuevo art. 2 de la L.O. núm. 1/1996 establece determinados criterios a tener en cuenta, entre otros:

- La satisfacción de las necesidades básicas del menor,

¹² Vid. TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008.

- La consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, o
- La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencias

Estos criterios habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como:

- La edad y madurez del menor.
- La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o
- La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

Como tercer elemento que ha de intervenir en la defensa del interés superior del menor, se hace referencia a la necesidad de respetar las garantías procesales, en particular: los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado; la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos o la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados.

Se modifica el artículo 3 para incluir la oportuna referencia a la Convención de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, y adaptar en consecuencia el lenguaje, sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad.

Mediante la modificación de los artículos 9 y 10 de la LO 1/1996, se desarrolla, de forma más detallada, el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, así.

- Se establece el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Resaltar a este respecto que, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado al Estado español en Sentencia de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/12) a indemnizar a la madre de dos hijas menores por vulneración por la justicia española del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ante el rechazo del juez de oír personalmente a la hija mayor de doce años y la ausencia de toda motivación por parte de aquél para rechazar tal petición, el Tribunal considera que la Sra. I.C. se ha visto indebidamente privada de su derecho a que sus hijas menores sean oídas personalmente por el Juez, a pesar lo dispuesto en la normativa interna aplicable, sin que haya sido aportado ningún remedio a tal privación por las jurisdicciones superiores al resolver los recursos planteados¹³.

¹³ Le concede 6.400 euros por el perjuicio moral y 2.000 euros en concepto de costas y gastos. La madre demandante y sus hijas se quejaban del rechazo de nuestros Tribunales a oír personalmente a las menores, de forma que solo se conocía la relación que mantenían con su padre por terceras personas. La madre insistió en que ellas, que tenían 13 y 11 años, deseaban ser oídas por el Juez y la Fiscalía. La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido con claridad la nulidad de aquellas resoluciones

- Se sustituye el término juicio por el de madurez, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos.
- Se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas.
- Se incorpora la posibilidad de que los menores planteen sus quejas ante la figura del Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas homólogas.
- Se refuerza la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.
- Presentar denuncias individuales al Comité de los Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle¹⁴.

Se introduce un nuevo Capítulo III en el Título I de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor con la rúbrica “Deberes de los menores”, en el que, desde la concepción de los menores como ciudadanos, se les reconoce como corresponsables de las sociedades en las que participan y, por tanto, no solo titulares de derechos sino también de deberes

Se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular: respeto a la familia, corresponsabilidad en el cuidado del hogar, respeto a las normas de convivencias en los centros educativos, etc...

judiciales relativas a hijos menores de edad dictadas por el Juez en procesos de familia, sin haberse practicado la exploración de los menores. Por Auto de 26 de mayo de 2008, se declaró que, aunque se omitió la exploración de menores para acordar la guarda y custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas, se suplió posteriormente en la vista celebrada en ejecución, lo que determinó la extinción del amparo. El TS en Sentencia 20 octubre 2013, analiza el derecho del menor a ser oído, recoge la normativa aplicable y considera necesaria la práctica de la audiencia de los menores, de forma que procede declarar la nulidad de la sentencia y la retroacción de actuaciones para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se les oiga en la forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad.

¹⁴ Modificaciones todas ellas acordes con lo establecido entre otros en: el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual; la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicación, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. Se toma, además, en cuenta en esta regulación la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos SN contra Suecia de 2 de julio de 2002, Magnusson contra Suecia de 16 de diciembre de 2003 y Ballerín contra España de 4 de noviembre de 2003) y del Tribunal Supremo, sentencia número 96/2009, de 10 de marzo.

IV. LA PRESERVACIÓN DEL ENTORNO FAMILIAR Y MANTENIMIENTO DE LAS RELACIONES COMO ELEMENTO QUE DEBE SER TENIDO EN CUENTA AL EVALUAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Se afirma en el Preámbulo de la Convención que “la familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños”, y en el artículo 16 se dispone que el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención, “familia” que según el artículo 5, debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, en su caso a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige que “el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación sea necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”, -artículo 9, párrafo 3-. Lo que se aplica también a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha¹⁵.

Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño, según considera el Comité. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores junto con los demás elementos pertinentes para el caso (párrafo 67).

Es por todo ello por lo que nos vamos a centrar en la evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una separación del niño y sus padres y, en el análisis de los criterios adoptados en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo, partiendo como recuerda la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia núm. 4437/2014, 14 octubre, que: “[...] las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Regla contemplada en el artículo 94 CC. Así mismo el artículo 160 CC establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos; incluso aunque no ejerzan la patria potestad. Precepto imperativo al declarar que no podrán impedirse las relaciones

¹⁵ Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo [...]. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño.

personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias”.

La STS núm. 258/2011, de 25 de abril, afirma que “la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”. Criterio que se ha visto confirmado y reforzado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la STS núm. 90/2015, de 20 de febrero, se recordaba esta doctrina, afirmando que: “Tal interés, guía de la interpretación jurisprudencial, deriva de los establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño [...]. Así se contempla no sólo en el art. 160 CC sino también en las legislaciones autonómicas, a saber:

Aragón. Código de Derecho Foral de Aragón. Artículo 60: 1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor los desaconseja”.

Cataluña. Libro II del Código Civil. Art. 236-4: “Los hijos y los progenitores aunque no tengan el ejercicio de la potestad tienen derecho a relacionarse personalmente [...]”.

Navarra. Ley Foral 15/2015, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Art. 44. Convivencia y derecho a la relación entre padres, madre e hijos: “Los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos caso en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente [...]”.

Comunidad Valenciana. Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y adolescencia. Art. 22 Derecho a las relaciones familiares”.

“Consecuencia de lo expuesto, afirma la STS núm. 569/2016, de 28 de septiembre, es: que esta materia se rija por un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual debe tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor”.

1. Custodia compartida e interés superior del menor.

Ni el Código Civil, ni la mayoría de las legislaciones autonómicas que han abordado la materia de la custodia compartida, aportan una definición de la misma, únicamente lo hacia el art. 3 de la recientemente declarada inconstitucional Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en el que se disponía lo siguiente: “Por régimen de

convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no conviven entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial”¹⁶.

Doctrinalmente la custodia compartida se define como “situación, consecencial del cese de la convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, asumen conjuntamente la responsabilidad parental y comparten las necesidades económicas del menor”¹⁷. Consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos¹⁸.

¹⁶ El Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley de la Comunidad Valenciana núm. 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, por exceder las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas a la Comunidad Autónoma de Valencia por el Estatuto valenciano.

El Tribunal Constitucional, Pleno, en Sentencia 16 Noviembre 2016, Recurso 3859/2011 ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley impugnada por invadir la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil y carecer la Comunidad Valenciana de competencia para dictarla.

La materia legislada posee un carácter marcadamente civil al regular las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores.

La Comunidad Autónoma Valenciana ha asumido plenamente la competencia exclusiva para legislar en materia de Derecho civil a través de la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias de Titularidad Estatal a la Comunidad Valenciana, por lo que no puede ir más allá de lo dispuesto en el art. 149 CE. Este es el techo competencial autonómico, pues solo pueden legislar las Comunidades Autónomas en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial preexistente a la aprobación del texto constitucional.

El requisito del derecho civil foral o especial como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa supone la preexistencia de un Derecho civil propio que haya sido objeto de compilación al tiempo de entrar en vigor la Constitución, sin que en ningún caso se refiera a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha.

La Comunidad Autónoma de Valencia no ha aportado prueba que permita apreciar la concurrencia de los requisitos que el art. 149.1.8 CE exige para poder regular las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, en uso de su competencia para conservar, desarrollar o modificar su propio derecho civil valenciano.

Por tanto, se declara su falta de competencia para regular las consecuencias civiles de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la convivencia de los progenitores, lo que conlleva la declaración de inconstitucionalidad de la Ley núm. 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, y su consiguiente nulidad.

La Sentencia cuenta con el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios que discrepa del sentir mayoritario de la Sala.

En cuanto al alcance del pronunciamiento, el TC establece expresamente que ello no afectará a las situaciones jurídicas ya consolidadas en base a decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley declarada inconstitucional y aplicando el principio del beneficio y protección del interés del menor a la hora de fijar un determinado régimen de guarda y custodia.

¹⁷ ROCA TRIAS, E.: “Libertad y familia: discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académica de número”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2012, p. 149.

¹⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La nulidad, la separación y el divorcio”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2015, p. 113.

Hasta la reforma operada por la Ley núm. 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y por la que se estableció la vigente redacción del art. 92 CC, sobre la guarda y custodia compartida, esta figura no se incorpora a nuestro Derecho positivo, si bien tampoco estaba expresamente excluida¹⁹. La guarda y custodia compartida se encuentra en pleno debate legislativo, jurisprudencial²⁰ y doctrinal en nuestro país desde que la Ley núm. 15/2005, de 8 de julio, la introdujera de forma expresa en nuestro Código Civil²¹.

A pesar de las limitaciones con las que esta reforma abordó la guarda y custodia compartida, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 2246/2013, de 29 de abril, señaló que la redacción del artículo 92 CC “no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

La sentencia, de la que fue ponente el Magistrado Seijas Quintana, considera que “la Audiencia Provincial, que denegó el régimen de guarda compartida en el asunto que llega a casación, partió para tomar su decisión de que el régimen de guarda y custodia compartida es algo excepcional, mostrando una posición inicialmente contraria a este régimen y considerando como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución”. También reprocha a la sentencia recurrida que no fundara su decisión “en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida”.

A partir de la reforma del Código Civil, los pronunciamientos del TS, son cada vez más proclives a su implantación, pero en la práctica no se ha producido un incremento significativo de las resoluciones acordando esta modalidad de guarda y custodia.

En 2014 según el Instituto Nacional de Estadística:

- La custodia de los hijos menores fue acordada a la madre en el 73,1% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (76,2%).

¹⁹ Vid. SILLERO CROVETTO, B.: “Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida”, *Artículo 14. Una Perspectiva de Género*, nº 35, 2010, pp. 4-20.

²⁰ Respecto a la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial, vid. TORRES PEREA, J. M.: “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016; GÓMEZ A. M^a.: “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias claves”, *Diario La Ley*, nº 8734, Sección Dossier, 5 abril 2016.

²¹ Vid. MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009; GARCÍA PRESAS, I.: *Guarda y custodia de los hijos. Teoría y práctica*, Ed. Juruá, Brasil, 2013; LÓPEZ ROMERO, P. M. y ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Custodia compartida e interés superior del menor”, *Diario La Ley*, nº 8556, Sección doctrina, 8 de junio de 2015.

- En el 5,3% de los procesos de custodia la obtuvo el padre (frente al 5,5% de 2013).
- La custodia fue compartida en el 21,2% (17,9% del año anterior) y
- En el 0,4% se otorgó a otras instituciones familiares²².

Romper con esta resistencia era lo que pretendía el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental de 2014, que en su Exposición de Motivos señala que “La introducción de un artículo 92 bis del Código Civil tiene por objeto regular los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental”, pero “sin establecer la guarda y custodia compartida como preferente o general, debiendo ser el juez en cada caso concreto, y siempre actuando no en interés de los progenitores, sino en interés de los hijos, quien determine si es mejor un régimen u otro”. No vio la luz este Proyecto, pero sí son ya 5 las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes regulando este modelo de guarda y custodia. Es por tanto, la jurisprudencia la que ha ido configurando un modelo de custodia, y en concreto el Tribunal Supremo que, ante el vacío legal, desde su sentencia de 29 de abril de 2013, supera la excepcionalidad de la custodia compartida como se venía contemplando, fija un elenco de criterios para valorar la conveniencia de su aplicación, y se pronuncia respecto de las diferentes cuestiones que relacionadas con este modelo de custodia se vienen planteando.

Destaca recientemente, la sentencia 194/2016, 29 marzo, en la que con rotundidad, casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2015, que niega al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor con los siguientes términos. “La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. [...]. La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta éste, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el art. 92 CC en tanto en cuando de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan”.

²² Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios, año 2014, Nota de Prensa Instituto Nacional de Estadística, 15 de septiembre de 2015. Respecto de la teoría y práctica de las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio, vid. SILLERO CROVETTO, B.: *Crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio tras las reformas legislativas de 2015. Teoría y práctica*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016.

En la STS núm. 172/2016, de 17 de marzo, en la que se estima el recurso de casación contra la sentencia de 27 de enero de 2015, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, se remite a la siguiente doctrina contenida en las sentencias de esta Sala de fechas 29 de abril de 2013, 25 de abril, 2 de julio y 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015, todas ellas relativa a los requisitos de guarda y custodia compartida:

“La interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

“[...] Acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla (antes citada), asumiendo la instancia y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. b) Se evita el sentimiento de pérdida. c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Afirma el TS en la sentencia núm. 246/2016, 24 mayo, que: “al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores. No deberá prosperar el recurso que intente la adopción de las medidas que sean más interesantes para los progenitores, dado que no prima el interés del padre/madre sino el de sus hijos, por lo que habrá de procurarse que la relación de éstos con sus progenitores se mantenga y progrese, su sustento económico se garantice, su estabilidad y desarrollo emocional se potencie y el derecho a una vivienda digna se ampare (art. 47 de la Constitución)”.

Según la STS núm. 193/2016, de 29 de marzo, “No se cuestiona que con el sistema de guarda y custodia compartida se fomenta la integración de los menores con ambos padres y se evitan desequilibrios en los tiempos de permanencia y el sentimiento de pérdida. Tampoco la idoneidad de ambos progenitores para asumir estos menesteres. Lo que no se entiende es que frente a la sentencia recurrida que valora el interés del menor con expresa atención a la opinión del propio hijo²³, se pretenda un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo, bajo la cobertura legal de guarda y custodia compartida que es prácticamente igual al que la sentencia ha fijado” No se ofrecen argumentos que hagan pensar que el régimen de custodia compartida fuera más beneficioso para el interés del menor.

Recuerda el TS en sentencia núm. 553/2016, de 20 de septiembre, que “La guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio del menor la desigualdad de los progenitores que, manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo se ven privados de la custodia, que se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro. Lógicamente el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no solo sea beneficioso para el menor, sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual”.

Por último, el TS en su sentencia núm. 400/2016, de 15 de junio, declara que para optar por el sistema de custodia compartida se debe partir de la existencia de petición de parte, “pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia”, es por ello que anula el régimen de custodia compartida de una menor concedida a su padre y su madre porque ninguno de los dos lo solicitó, y ordena a la Audiencia Provincial de Vizcaya, que dictó la sentencia estableciendo la custodia compartida, que pronuncie nueva sentencia en los “estrictos términos” en que se planteó el debate (cada progenitor reclamaba para sí la custodia de la hija) “que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida”.

2. Custodia compartida y supuestos de conflictividad entre los progenitores.

Afirmó el TS en sentencia núm. 4924/2011, de 22 de julio, que “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecte, perjudicándolo, el interés del menor”. Desde entonces y durante los últimos años, ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones.

²³ “El propio menor reconoce expresamente estar plenamente adaptado al régimen vigente y así se lo hizo saber al Equipo Psico-Social. Manifiesta el menor de 11 años de edad, que quiere continuar con el régimen actual, con el mismo sistema de permanencia y estancia; en todo caso desearía la ampliación del horario de los fines de semana, para que su padre lo reintegre al domicilio materno una hora más tarde los domingos”.

En la sentencia núm. 619/2014, de 30 de octubre, considera el Tribunal Supremo que no era posible acordar la guarda y custodia compartida porque la situación de conflictividad entre los progenitores la desaconsejaba. Recuerda los criterios establecidos en su sentencia de 29 de abril de 2013 y afirma que: “Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 96/2015, de 16 de febrero, admite como “razonables” las divergencias entre los padres. Revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que concedió la custodia a la madre al estimar que había un “importante nivel de conflictividad y tensión en la pareja que permitía inferir que la custodia compartida no sería una solución, sino un semillero de problemas que iba a intensificar la judicialización de la vida de los litigantes e incidir negativamente en la estabilidad del menor. Como pruebas de esta tensión, tuvo en cuenta las discrepancias serias por el colegio de escolarización y el hecho de que la mujer hubiese sido condenada por una falta de coacciones tras una denuncia de su marido por haber cambiado la cerradura de la vivienda familiar”.

Las razones esgrimidas por la Audiencia para desaconsejar la custodia compartida, según el TS “no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. En primer lugar, porque la condena por coacciones de la mujer no supone demérito alguno para un hombre, y en segundo lugar, porque la discrepancia sobre el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable”.

Se indica que “para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales como los ahora litigantes, ambos son profesores universitarios. [...] La custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la de adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

En la STS núm. 465/2015, de 9 de septiembre, se vuelve a pronunciar sobre las discrepancias de los padres sobre la custodia compartida, estableciendo que éstas no impiden que se acuerde si beneficia a los menores.

En este caso, el Juzgado de primera instancia había acordado el régimen de guarda y custodia compartida excluyendo que los conflictos entre los progenitores tuviesen entidad tan relevante como para que los progenitores olvidasen el interés de sus hijos al objeto de hacer valer su propio interés. No compartió la sentencia de instancia la conclusión del

Informe psicosocial que consideraba como obstáculo para la guarda y custodia compartida la discrepancia de los progenitores sobre la misma.

La AP de Guipúzcoa revocó la sentencia parcialmente, atribuyendo la guarda y custodia a la madre, se apoya en la mayor imparcialidad del informe del equipo psicosocial frente a los de parte; la escasa edad de los menores (9,7 y 4 años); el acuerdo suscrito entre ambos progenitores en el que acordaban que la guarda y custodia de los menores la ostentara la madre y en el desacuerdo sustancial en relación al cambio de domicilio de los hijos.

Para el TS “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida, a ello se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores. [...]. Las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, sin bien esta Sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnico [...] en la sentencia recurrida se infringe la doctrina jurisprudencial pues no se analiza la necesidad o no de la custodia compartida, sino que se limita a valorar las ventajas del mantenimiento del status quo”.

Estas declaraciones que se vuelven a reiterar en la STS núm. 138/2016, de 9 de marzo, afirmando que, “lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficiosos para ello. [...] Para la adopción del sistema de custodia no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario [...]. La Sala acuerda estimar el recurso y, asumiendo la instancia, establece el régimen de guarda y custodia compartida sobre los menores, sin que proceda el análisis del recurso extraordinario por infracción procesal, al quedar sin objeto, por ser lo debatido una cuestión de naturaleza sustantiva, al referirse a la idoneidad del horario laboral del padre, como requisito necesario para la custodia compartida. El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto del tiempo de custodia será semanal”.

En el caso contemplado en la sentencia núm. 51/2016, de 11 de febrero, afirma el TS que: “[...] la sentencia de la Audiencia se aparta de la doctrina de esta Sala. Se ha limitado a analizar, una y otra vez, la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores y la falta de apoyo del Fiscal a la custodia compartida, negando de un modo genérico, pero sin analizarlos, la concurrencia de los demás requisitos exigidos para acordar la custodia compartida, sin analizar su efectividad, sino que, según la Audiencia, la existencia de buenas relaciones entre los progenitores es y constituye el requisito de inexcusable observancia, requerido para la adopción del régimen de custodia compartida.

“La Audiencia, aplica un modelo de custodia sobre una base meramente especulativa o en régimen de sospecha sobre el interés de los menores sobre cómo podría desarrollarse la custodia compartida, sin tener en cuenta que en el caso presente, como así lo apreció el juzgador de instancia, concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para establecer la custodia compartida, constituyendo el eje sobre el que pivota todo el entramado y la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia, la situación de mala relación existente entre los progenitores, de modo que, según la Audiencia llega a concluirse que sin la existencia de una buena relación entre los progenitores, no sería nunca posible la custodia compartida, lo que es contradicho, frontalmente por las sentencia de esta Sala de fechas 29 de noviembre y 17 de diciembre de 2013”.

“[...] el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito, afirma el TS, sería una situación de entrañable convivencia. Partiendo de ello, no apreciamos factores que permitan entender que los progenitores no podrán articular medidas adecuadas en favor de sus hijos, sobre los que ya han sabido tomar acuerdos de consuno. A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida:

- a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padre, en beneficio del menor”.

En la sentencia núm. 143/2016, de 9 de marzo, se afirma que “para la adopción del sistema de custodia compartida se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor. En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012 refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos”.

3. Custodia compartida y violencia de género.

Dispone el art. 92.7 CC que “No procederá la guarda y custodia conjunta cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios

fundados de violencia doméstica”²⁴.

Sobre esta situación se ha pronunciado el TS en sentencia núm. 36/2016, de 4 de febrero. En este caso el Juzgado estimó sustancialmente la demanda de la actora atribuyendo a ésta la guarda y custodia de sus dos hijos. La Audiencia Provincial de Bizcaia revocó la sentencia y acordó la guarda y custodia compartida de los menores entre ambos progenitores por semanas alternas. Tras dictarse la sentencia de apelación, el padre fue condenado por un delito de violencia de género contra la ahora demandante (amenazas en el ámbito familiar), y se le prohibió acercarse a ella a una distancia inferior a 300 metros, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un plazo de 16 meses.

Ante esta situación el TS consideró que: “sin duda la Audiencia Provincial acierta en su respuesta a la pretensión del padre. Se establece la guarda y custodia compartida a partir de la integración de los hechos que considera acreditados en los criterios de esta Sala sobre guarda y custodia compartida, y que en lo sustancial recoge la Ley núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco. Nada habría que objetar, por tanto, si no fuera por la incorporación al rollo de esta Sala de una sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Gernika-Lumo de fecha 9 de enero de 2005, por un delito de violencia de género”²⁵.

²⁴ El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia aprobado por el Gobierno el 10 de abril de 2014, incorpora el artículo 92 bis, con un apartado 5, con la siguiente redacción: “No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal. Extinguida la responsabilidad penal, el Juez, a instancia de parte, deberá valorar si procede la modificación de las medidas adoptadas atendiendo a los criterios anteriores. No se atribuirá al progenitor la guarda y custodia, ni individual ni compartida cuando esté incurso en un proceso penal inicial por la presunta comisión de un delito de violencia doméstica o de género por efectuar cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre o provisional firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Tampoco procederá la adopción de tal medida cuando el Juez de procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviera prescrito”.

Se prevé sin embargo que, “excepcionalmente, el Juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos”, lo que provoca las siguientes interrogantes ¿cómo se determinaría el interés del menor? ¿cuándo se apreciaría esta excepción? , REYES CANO, P.: “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, núm. 49, p. 213.

²⁵ La condena se fundamenta en los siguientes hechos probados: “Federico sobre las 20:00 horas del día 6 de enero de 2015, cuando su expareja, Doña Sabina, iba a proceder a la entrega de los hijos comunes en la Calle OOO, domicilio del acusado, y con ánimo de causarle a la misma un temor de sufrir un menoscabo en su integridad corporal, le dijo “como no me den la custodia compartida te arranco la piel a tiras, como me quites la custodia compartida aunque sea lo último que haga, te meto una hostia aquí mismo, mentirosa de la hostia, esto va a acabar mal para todos, perra de la hostia, te va a tocar la gorda, la gorda te

“[...] No se pueden dejar sin respuesta los hecho indiscutidos de violencia en el ámbito familiar, con evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas, directa o indirectamente, y a quienes el sistema de guarda compartida propuesto por el progenitor paterno y acordado en la sentencia los colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre la madre, directamente amenazada. Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril 2013; 16 de febrero y 21 de octubre de 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una condena por delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación de la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.

Corolario lógico es lo dispuesto en el art. 92.7 CC, según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

A la vista de los hechos, el TS mantiene la sentencia de instancia en cuanto establece la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre y, se deja a la determinación del juzgado, en trámite de ejecución de la sentencia, la fijación del régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre”.

Sin embargo, en la STS núm. 251/2016, de 13 de abril, considera, “se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, por infracción de la doctrina jurisprudencial, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia: 1. Tras la sentencia de divorcio de 13 de junio de 2011 se modificaron jurisprudencialmente los requisitos para la adopción de la custodia compartida. 2. Este Tribunal lo ha considerado, recientemente, el sistema normal, salvo excepciones. 3. La menor tenía cinco años y en la actualidad diez años. El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores. 4. El informe de la psicóloga del juzgado aconsejaba en diciembre de 2010 el sistema de custodia compartida. La psicóloga propuesta por el padre, informa en febrero de 2014 que el sistema de custodia compartida es el más idóneo, en este caso. Ambas profesionales oyeron a la menor e informan sobre la misma. 5. No menos importante a la hora de valorar el cambio de circunstancias es que el padre fue absuelto del delito de maltrato habitual y amenaza, por los que le denunció su esposa. Con anterioridad se

va a tocar”.

habían archivado las diligencias penales en las que le denunciaba por abuso contra la menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial, en base a la pericial de los expertos del juzgado y exploraciones de la menor, llevadas a cabo por el juez de Instrucción. Dicha absolución constituye un cambio significativo de las circunstancias, dado que fue uno de los elementos que motivaron la denegación de la custodia compartida por aplicación del art. 92.7 CC”²⁶.

En el supuesto contemplado en la STS núm. 319/2016, de 13 de mayo, “El recurso de casación de la demandante se fundamenta en la infracción del art. 94 CC, denunciando la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina de Sala pues no ha ponderado de forma adecuada el interés de los menores para fijar el régimen de visitas del progenitor no custodio. La demandante recurrente mantiene que el interés de los menores desaconseja el establecimiento del régimen de visitas fijado por las siguientes razones: i) La total despreocupación y desinterés del padre que no colaboró ni afectiva ni económicamente; ii) queda pendiente de celebrarse un juicio de violencia de género, en el cual los menores fueron testigos presenciales de los malos tratos sufridos por su madre (en el Auto que acuerda la medida de alejamiento se hace constar que al salir del juzgado tras la declaración por los hechos denunciados el demandado, amenazó a la demandante, y a sus hijos les dijo “esta noche se va a acabar todo, mañana no va a haber papá ni mamá”); iii) en el informe pericial se recoge que los menores presentan una buena evolución y adecuado desarrollo, que se encuentran adaptados a su organización de vida, no se aprecia la necesidad de cambios.

El demandado recurrente fundamenta su recurso en la infracción del art. 170 CC, por vulneración de la sentencia recurrida de la doctrina de esta Sala que recoge una interpretación restrictiva del referido precepto para acordar la privación total o parcial de la patria potestad. Mantiene el recurrente que tanto la sentencia de primera instancia, como la sentencia de apelación, no justifican otro motivo que el que el recurrente se encuentra privado de libertad para ser privado de la patria potestad, lo que supone añadir a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad, la sanción de ser privado también por los tribunales civiles de la patria potestad, interpretación que atenta contra los principios constitucionales básicos. [...]. Lo que plantea el recurrente es que la privación de la patria potestad no es en beneficio de los menores, pues supone un castigo para el recurrente porque hasta que no cumpla íntegramente la sanción penal y esté en plena libertad no podrá ejercer la patria potestad”.

Responde la Sala “[...] el art. 94 del CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el art. 65 del Ley Orgánica 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el art. 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En

²⁶ El TS en sentencia núm. 431/2016, de 27 de junio, reitera “que la valoración de la prueba es función de las instancias, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, basado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Pretender revocar la medida por el alto índice de conflictividad existente entre los progenitores nada tiene que ver con la valoración de la prueba (los hechos son lo que son), sino con la oportunidad de mantener la medida acordada”.

igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguardia de interés del niño.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica núm. 8/2015 de 22 de julio [...]. Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO núm. 8/2015, exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno familiar adecuado y “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; criterios que aún expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Igualmente en sentencia de 4 de febrero de 2016, rec. 3016 de 2014, se deja sin efecto la custodia compartida en supuesto de violencia contra la mujer, pero no se suprimen las visitas del padre con los hijos.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial, debemos declarar que en la sentencia recurrida no se infringe la misma, pues se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera personas, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas ajustadas a derecho que interesen las partes.

Añade que “en la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que simplemente se suspende su ejercicio, dado que se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación de lo dispuesto en el art. 156 del CC, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. Si bien es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita. Por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad, desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento que justificaba la imposibilidad de ejercicio”

En la sentencia núm. 350/2016, de 26 de mayo, se estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña. Estimando el recurso de casación, atribuye la custodia del menor a la madre debiendo el juzgado determinar el sistema de visitas, alimentos, gastos y medidas derivadas, en ejecución de sentencia.

“El Tribunal recuerda, como ya hizo en la sentencia de 4 de febrero de 2016, que aunque se trate de una ley posterior a la demanda, deben aplicarse al caso enjuiciado los criterios que establece la L.O. núm. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que ya venía considerando la Sala. Concretamente su art. 2, que exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno “libre de violencia” y que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro legítimo que pudiera concurrir”.

Explica la sentencia que aunque el concepto de interés del menor, desarrollado en la L.O. núm. 8/2015, no es aplicable por su fecha a los presentes hechos, si puede considerarse como un canon hermenéutico, en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Afirma que el art. 92.7 del Código Civil responde a estos mismos principios y argumenta que “partiendo del delito sometido a enjuiciamiento y de las actitudes del padre, ejerciendo una posición irrespetuosa de abuso y dominación, es impensable que pueda llevarse a buen puerto un sistema de custodia compartida que exige, como la jurisprudencia refiere, un mínimo de respeto y actitud colaborativa, que en este caso brilla por su ausencia, por lo que procede casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial, dado que la referida conducta del padre, que se considera probada en la sentencia recurrida, desaconseja un régimen de custodia compartida, pues afectaría negativamente al interés del menor, quien requiere un sistema de convivencia pacífico y estable emocionalmente”²⁷.

Comenta SOLÉ RESINA esta sentencia, concluyendo que “la solución al caso planteado no puede ser otra que la que da el TS a la vista del art. 92.7 CC: La apertura de un procedimiento penal por coacciones a la madre imposibilita el establecimiento de un sistema de guarda compartida entre los progenitores. De *lege ferenda* es necesario reformar esta norma de modo que deje un mayor margen de decisión a la autoridad judicial cuando no existe una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni el juez ha advertido, de las alegaciones de las partes y la pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género²⁸. La exclusión automática de la custodia compartida en estos casos le resulta

²⁷ Consta en el caso, un auto de incoación de procedimiento abreviado (no firme) en el que se concretan los indicios existentes de un delito de violencia doméstica: “El padre decidió iniciar una situación de acoso con su exmujer que tuvo proyección y que hubo de vivir más de una vez el hijo menor. Rondaba las inmediaciones del domicilio de la mujer, o lugares que sabía que frecuentaba, realizando gestos provocativos, profiriendo insultos, contra ella o personas de su entorno, los intercambios del menor, cuando intervenía la madre o familiares de ella, los convertía en situaciones conflictivas”. Ello unido a que la propia sentencia recurrida declara probadas “las malas relaciones entre los padres, pero ello no es determinante de la denegación de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida” ya que no perjudica el interés del menor, sin que concurran otras circunstancias que lo desaconsejen. Entiende la AP que “[...] el art. 92.7 CC deber ser interpretado restrictivamente, [...] no debe olvidarse que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6, y 7, debe ser fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida a acordar, que el propio juzgado de violencia doméstica a la vista de las pruebas practicadas no impide las visitas del progenitor con el menor, adoptando únicamente una medida como es la entrega del menor en un Punto de Encuentro para de este modo evitar enfrentamientos”.

²⁸ En esta línea de otorgar un mayor margen de decisión a la autoridad judicial, y/o requerir la existencia de la constatación de indicios de criminalidad, se encuentran las regulaciones que sobre la materia han desarrollado algunas Comunidades Autónomas. Así:

- El art. 80.6 del Código del Derecho Foral de Aragón.

discutible y pudiera ser contraria al principio de inocencia, y también al interés superior del menor. Cuando se trata de proteger a las víctimas de violencia de género, nuestro ordenamiento jurídico, dice, cuenta con una batería de medidas, y en estos supuestos el interés del menor puede justificar la exclusión de la custodia –individual y conjunta- o del régimen de relaciones personales o visitas, y la suspensión o privación de la potestad”²⁹.

Resaltar, por último, que mediante la Disposición final tercera de la Ley Orgánica núm. 8/2015, se llevó a cabo la modificación de la Ley Orgánica núm. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se afirma en el Preámbulo que: “Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma³⁰. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar reconocer a los menores víctimas de la violencia de género, mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos³¹.

Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia³².

Asimismo, se modifica el artículo 65 con la finalidad de ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género³³.

- El art. 233-11.3 Código Civil de Cataluña.

- El art. 3.8 de la Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

²⁹ “Comentario Sentencia Tribunal Supremo 350/2016, (Tol 5737246)”, *Dossier de Jurisprudencia. Sentencias de especial relevancia TC y TS*, nº 11, 2016, p. 18. Vid. UREÑA CARAZO, B.: “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

³⁰ REYES CANO, P.: “Menores y violencia”, cit., pp. 181-217.

³¹ El apartado 2 del artículo 1, queda redactado como sigue: “Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

³² Vid. SILLERO CROVETTO, B.: “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 54, 2012, pp. 57-93.

³³ “El juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan

Se mejora la redacción del artículo 66 superando la concepción del régimen de visitas y entendiéndolo de una forma global como estancias o formas de relacionarse o comunicarse con los menores³⁴.

V. CONCLUSIONES.

El Tribunal Supremo viene reiterando en las sentencias más recientes, la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida. Lo que se debe de dilucidar en cada caso concreto, es si lo que se prima o no en la decisión que se adopta, es el interés del menor. Habrá de examinarse si el juez ha aplicado correctamente el principio de protección del interés superior del menor, con el fin último de que la elección del régimen de custodia sea, la más favorable para el mismo, en interés de éste.

El concepto del interés superior del menor ha sido desarrollado en la Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio en el sentido de que “se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares”, se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas”, se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”, “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y a que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

Los tribunales deben velar por que el interés superior del menor se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente.

La vida y desarrollo del menor, debe ser en un entorno “libre de violencia” y “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

BIBLIOGRAFÍA

BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pp. 46-59.

de él, si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

³⁴ “El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancias, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujeres, y realizará un seguimiento periódico de su evolución”.

BUEREN, G.: *The International Law on the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1998.

GAITÁN, L. y LIEBEL, M.: *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*, Universidad Pontificia Comillas y Ed. Síntesis, Madrid, 2011.

GARCÍA PRESAS, I.:

- *Guarda y custodia de los hijos. Teoría y práctica*, Ed. Juruá, Brasil, 2013.
- *La patria potestad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

GÓMEZ, A. M^a.: “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias claves”, *Diario La Ley*, nº 8734, Sección Dossier, 5 abril 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Protección Jurídica del Menor*, 4^a ed. Colex, Madrid, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *et al.*: *Curso sobre la Protección Jurídica del menor: aspectos teóricos y prácticos*, Colex, Madrid, 2001.

LIEBEL, M.:

- *Niñez y Justicia Social. Repensando sus derechos*, Pehuén Editores, Santiago de Chile, 2013.
- “Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 43-61.

LÓPEZ ROMERO, P. M. y ALONSO ESPINOSA, F. J.: “Custodia compartida e interés superior del menor”, *Diario La Ley*, nº 8556, Sección doctrina, 8 de junio de 2015.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “La nulidad, la separación y el divorcio”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.) *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2015, pp. 75-100.

MONTERO AROCA, J.: *Guarda y custodia de los hijos. La aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*, Bosch, Barcelona, 2009.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.:

- “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Antecedentes a la Observación General núm. 14 (2013)”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 14, 13 de noviembre de 2014.
- “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, 2012, vol. 30, nº 2, pp. 89-108.

REYES CANO, P.: “Menores y violencia de género: de invisibles a visibles”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, 49, pp. 181-217.

ROCA TRIAS, E.: “Libertad y familia: discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción pública como académica de número”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2012.

ROJO, F. Y SPECTOR, E.: “Los derechos del niño: un enfoque filosófico”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2015, vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 2715-2732.

SILLERO CROVETTO, B.:

- “Análisis y evaluación de las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista de Derecho de Familia*, 2012, nº 54, pp. 57-93.
- *Crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio tras las reformas legislativas de 2015. Teoría y Práctica*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016.
- “Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida”, *Artículo 14. Una Perspectiva de Género*, nº 35, 2010, pp. 4-20.

SOLE RESINA, J.: “Comentario Sentencia Tribunal Supremo 350/2016, (Tol 5737246)”, *Dossier de Jurisprudencia. Sentencias de especial relevancia TC y TS*, nº 11, 2016, pp. 4-28

TORRES PEREA, J. M.:

- “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº 8737, Sección doctrina, 8 de abril de 2016.
- *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008.

UNCRC: *Convención sobre los Derechos del Niño*, Naciones Unidas, Nueva York, 1989.

UNCRC: Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (CRC/C/GC/12); 2013 (http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf).

UREÑA CARAZO, B.: “La conflictividad entre los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Especial referencia a la violencia de género”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.:

- “Derechos de la infancia y la adolescencia: Hacia un sistema legal”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2015, 49, pp.17-41.
- *Explotación y Protección Jurídica de la Infancia*, Cedecs, Barcelona, 1998.

VILLAGRASA ALCAIDE, C. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coords.): *El Desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Bosch, Barcelona, 2006.

ZERMATTEN, J.: “The Convention and the Development of Childhood”, en JENS QVORTRUP, WILLIAN A. CORSARO & MICHAEL-SEBASTIAN HONIG (eds): *The Palgrave Handbook of Childhood Studies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2007.



NOTAS SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

NOTES OF THE RIGHT TO IDENTITY IN THE VENEZUELAN LEGAL SYSTEM

DRA. MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN

Abogada

Profesora Titular de Derecho Civil I (Personas) y III (Obligaciones)

Universidad Central de Venezuela

mariacandela1970@gmail.com

RESUMEN: El artículo reseña un derecho poco desarrollado por la doctrina venezolana, a saber, el derecho a la identidad. Se refiere el tratamiento doctrinal y jurisprudencial que se le ha dado en el ordenamiento venezolano, con el auxilio de la doctrina extranjera, a propósito de sus principales aspectos: verdad biográfica, identidad sexual, identidad genética y otros. Previamente, se ofrece una breve introducción sobre los derechos personalísimos.

PALABRAS CLAVE: derechos de la personalidad; derecho a la identidad; transexualidad; identidad genética; clonación humana.

ABSTRACT: Right to identity is barely developed by the Venezuelan doctrine. In this article refers to the doctrinal and jurisprudential treatment that has been given to the Venezuelan law, with help of the foreign doctrine, regarding its main aspects: biographical truth, sexual identity, genetic identity and others. Before, a brief introduction of personal rights is presented.

KEY WORDS: personal rights; right to identity; transsexuality; genetic identity; human cloning.

FECHA DE ENTREGA: 13/12/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.- III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD.- 1. Noción.- 2. Extensión.- 3. Vulneración.- IV. DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.- 1. Identidad sexual: transexualidad.- 2. Derecho de acceder a la identidad genética.- 3. Clonación.- 4. Otras.- V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Con el presente ensayo nos pasearemos someramente por un derecho incipientemente desarrollado por la doctrina venezolana, a saber, el derecho a la identidad. Tradicionalmente, los autores patrios lo tratan a propósito del “nombre civil”, en tanto otros, lo asocian a la inscripción en el Registro del Estado Civil y obtener los respectivos instrumentos de identidad.

Sin embargo, hace aproximadamente quince años tuvimos ocasión de referir el interesante desarrollo que la doctrina extranjera, especialmente la italiana, había realizado sobre el derecho a la identidad. Con estas breves notas pretendemos proyectar el panorama actual del mismo en el ordenamiento venezolano, pues la jurisprudencia y cierto sector de la doctrina, aunque tímidamente se ha hecho presente.

Dividimos nuestro trabajo en tres partes: primeramente, reseñaremos *grosso modo* los derechos de la personalidad, luego el derecho a la identidad, respecto a su noción, extensión y vulneración. En la última parte enumeraremos otras manifestaciones del citado derecho.

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD¹.

¹ Véase en la doctrina venezolana: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho*, n° 7, TSJ, Caracas, 2002, pp. 49-311; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Sobre los derechos de la personalidad”, *Dikaion. Lo Justo. Revista de Actualidad Jurídica*, 2003, Año 17, n° 12. Universidad de la Sabana, Colombia, pp. 23-37; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 119, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 17-44 (también en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. TSJ, 3ª ed., Caracas, 2010, pp. 615-641); OCHOA GÓMEZ, O.: “Derechos de la personalidad”, *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorron dona*, Colección Libros Homenaje, n° 5, TSJ, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, Vol. I, pp. 879-964; ORTIZ-ORTIZ, R.: “Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, TSJ, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje, n° 3, Caracas, 2001, Vol. II, pp. 39-82; PARRA ARANGUREN, G.: “Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario de nombre civil en el derecho internacional privado venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 24, UCAB, Caracas, 1976-77, pp. 43-96; HARTING, H.: “Tratamiento normativo de los derechos de la personalidad en el ordenamiento venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 22, UCAB, Caracas, 1975-

Los derechos de la personalidad son aquellos que protegen la esencia física y moral de la persona en el ámbito del Derecho Civil. Esto es, constituyen la protección civil o privada de los derechos de la persona en su esfera corporal y moral. Su estudio se ubica así desde la perspectiva del Derecho Privado, más específicamente del Derecho Civil². La persona como centro y meta del sistema jurídico puede ser considerada desde muchas ópticas o materias, a saber, constitucional, penal o civil. Precisamente, los “derechos de la personalidad” o -en feliz expresión de CIFUENTES. “derechos personalísimos”³ apuntan a la protección civil de los derechos de la persona.

Los “derechos de la personalidad” se diferencian de los “derechos humanos” que aluden a la protección de la persona frente al “Estado”, esto es, el sujeto que vulnera los derechos de la persona (por acción o por omisión) no figura en un plano de igualdad sino de superioridad⁴. Los Derechos Humanos han sido considerados una disciplina autónoma por su multidisciplinario método, toda vez que su enfoque no puede ser abordado exclusivamente por el Derecho Constitucional o el Derecho Internacional⁵.

Se pretende distinguir los derechos humanos, a su vez, de los “derechos fundamentales”, que para algunos constituyen derechos de contenido más importante por su carácter

76, pp. 133-151; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: “Los derechos de la personalidad y aspectos de la forma de ejercerlos”, *Libro Homenaje a las X Jornadas Dr. José Santiago Núñez Aristimuño*, presentadas en Maturín, Estado de Monagas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Valencia-Venezuela-Caracas, 2000, pp. 79-85; AGUILAR GORRONDONA, J.L.: “Los poderes paternos y los derechos de la personalidad de los hijos menores no emancipados”, *SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República* 135º Aniversario, Caracas, 1998, pp. 25-54; AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho Civil Personas*, UCAB, 23ª ed., Caracas, 2.010, pp. 145-158; HUNG VAILLANT, F.: *Derecho Civil I*, Vadell, 2ª ed., Caracas-Venezuela-Valencia, 2001, pp. 159-188; LA ROCHE, A. J.: *Derecho Civil I*, Edit. Metas C.A., 2ª ed., Maracaibo, 1984, pp. 229-241; OCHOA GÓMEZ, O.: *Derecho Civil I Personas*, UCAB, Caracas, 2006, pp. 435-494; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Derecho Civil I. Personas*, McGraw-Hill Interamericana, Venezuela, 1998, pp. 25-45; ZERPA, L. I.: *Derecho Civil I Personas*, Guía y Materiales para su Estudio por Libre Escolaridad, UCV, Caracas, 1987, pp. 67-75; POLES DE GRACIOTTI, A. y otros: *Manual de Derecho Civil Personas*, UCAT, San Cristóbal, 201, pp. 85-117; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 279-313.

² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009, p. 58, alude a la “protección civil de los derechos de la persona”.

³ Véase: CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, edit. Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1995.

⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 51-74; FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1996, pp. 20-21, con inclusión de nota 6, los derechos humanos no son todos los derechos que pueda disfrutar un ser humano. La expresión se ha reservado para ciertos derechos básicos o elementales que son inherentes a la persona y se derivan de su condición de ser humano. Los derechos humanos son prerrogativas que conforme al Derecho Internacional tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano; MARTÍNEZ GÓMEZ, J.A.: “Diferencia de los Derechos inherentes a la personalidad con respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Agosto 2013.

⁵ AYALA CORAO, C.: “La Jerarquía de los tratados de Derecho Humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Juan E. Méndez y Francisco Cox Editores, San José de Costa Rica, 1998, p. 138; NIKKEN, P.: “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *La Constitución de 1999*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 14, Caracas, 2000, pp. 358 y 359, con Ayala Corao podemos hablar de “Derecho de los Derechos Humanos”, con dimensiones y medios de protección en la esfera nacional e internacional que tienden no solo a complementarse sino a integrarse en la dirección única de preservar la dignidad de la persona humana.

absoluto⁶. Para otros son derechos constitucionales o derechos inherentes a la persona reconocidos, explícita o implícitamente por la Constitución⁷, siendo por tal sinónimo de los derechos humanos o derechos de la persona⁸. También algunos ven los derechos fundamentales como “la positivización interna con rango constitucional de los derechos humanos”, esto es, se puede extender la calificación de fundamentales a todos los derechos de rango constitucional⁹. Sin embargo, considerar los derechos fundamentales como derechos con expresa consagración constitucional constituye una categoría ajena a la tradición jurídica venezolana¹⁰.

En todo caso el carácter enunciativo de los derechos de la persona que la Constitución venezolana consagra en el artículo 22¹¹, es igualmente extensible a los derechos de la personalidad¹². Algunos de éstos últimos son predicables respecto al ente incorporal

⁶ Véase: FAÚNDEZ LEDESMA: *El sistema*, cit., p. 21, nota al pie n° 6, omite el autor el calificativo de “derechos fundamentales” que también tiene una connotación diferente referida a que existen derechos que se consideran más importantes que otros de naturaleza meramente accesorio, y que por su naturaleza tienen carácter absoluto y no se pueden suspender bajo ninguna circunstancia.

⁷ CASAL H., J. M.: “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas/ Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Madrid, 2003, T. III, p. 2517, se trata de una noción constitucional abierta y flexible; CASAL H., J. M.: *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Venezuela, 2010, p. 11, derechos garantizados constitucionalmente.

⁸ CALCAÑO DE TEMELTAS, J.: “Notas sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas/Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Madrid, 2003, T. III, p. 2489.

⁹ Véase: ANTELA GARRIDO, R.: “La idea de los derechos fundamentales en la Constitución venezolana de 1999”, *Revista de Derecho Público*, n° 116, 2008, pp. 41 y 44.

¹⁰ Véase: TORREALBA SÁNCHEZ, M. A.: El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1999. Análisis de la Jurisprudencia de la Sala Electoral, Colección Nuevos Autores, n° 4, TSJ, Caracas, 2004, p. 92, nota la pie 18, Denominación esta de los “derechos fundamentales” que también nuestra jurisprudencia (y hasta alguna doctrina) ha comenzado a importar de los ordenamientos de varios países europeos, aparentemente sin advertir que ella obedece en esas latitudes a una especie de diferenciación taxonómica (en el caso español al menos) entre bienes jurídicos consagrados en las listas de derechos constitucionales. La misma se basa en criterios de jerarquía y tiene efectos sustantivos y procesales ajenos a nuestro sistema jurídico (sobre todo en lo que se refiere a la modalidad de tutela judicial prevista para su defensa). Se trata pues, de otra “importación” que, al margen de su posible utilidad y conveniencia -que sin duda la tiene-requiere hacerse con las debidas precauciones, toda vez que ella carece de basamento en nuestro sistema constitucional positivo.

¹¹ “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”. Véase: BIDART CAMPOS, G. J.: “Los derechos no enumerados en la Constitución”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, TSJ, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje N° 3, Caracas, 2001, Vol. I, pp. 225-233, el autor considera acertadamente que las constituciones que no contienen dicha cláusula abierta ha de entenderse implícitamente contenida; NIKKEN, P.: *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Textos Legislativos n° 12, Caracas, 1991, pp. 43-48, la enumeración de los derechos constitucionales es enunciativa y no taxativa, inherente a la persona humana; MARTÍNEZ, A. Y. y VILLAREAL, I.: “La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, *Revista de Derecho*, n° 3, TSJ, Caracas, 2001, pp. 133-151.

¹² Véase: BREWER-CARÍAS, A. R.; *Principios Fundamentales de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Cuadernos de la Cátedras Allan Brewer-Carías, n° 17, UCAB, Caracas, 2005, p. 129, los derechos humanos garantizados y protegidos conforme a la Constitución, no sólo son los enumerados en su texto,

cuando se trate de derechos compatibles con su naturaleza, tales como el honor objetivo o reputación¹³.

Los derechos de la personalidad presentan caracteres propios según ha referido la doctrina¹⁴, entre los que cabe citar su carácter innato, necesarios, esenciales¹⁵, absolutos, vitalicios, autónomos, privados, de orden público. De este último se desprende a su vez, las características de irrenunciables, indisponibles o más precisamente “relativamente indisponibles”, toda vez que el estudio del contenido del derecho supone cierto poder de disposición, aunque en términos generales son “irrenunciables” en sí mismos. Pues se admite que la vida, el honor y la identidad trascienden a la voluntad del sujeto. Se agrega que son “extrapatrimoniales” aunque su vulneración ciertamente pueda dar lugar a una indemnización de tipo patrimonial¹⁶.

Existen varias clasificaciones a los fines de su estudio. De forma tentativa nos adherimos a aquella que los divide en tres sectores¹⁷: 1. Derecho a la identidad 2. Derechos relativos al cuerpo (vivir, integridad física y disposición del cuerpo)¹⁸: 3. Derechos relativos a la integridad moral (libertad, honor, privacidad, intimidad, autodeterminación informativa, imagen y voz)¹⁹.

sino todos los que sean inherentes a la persona humana entre los que se destacan los denominados *derechos de la personalidad*” (destacado nuestro); DOMÍNGUEZ GUILLÉN: “Aproximación”, cit., p. 89; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 285.

¹³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 197 y 198; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “El daño moral en las personas incorpóreas: improcedencia de la prueba in re ipsa”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero*, n° 6, 2016, pp. 23-64; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 284.

¹⁴ Véase: CIFUENTES, S.: *Derechos*, cit., pp. 175 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 74-88; MOISSET DE ESPANÉS, L. y HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M de P.: “Derechos de la personalidad”, *Persona. Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, n° 46, octubre de 2005.

¹⁵ Véase: FERNÁNDEZ CABRERA, S. R.: “El derecho al olvido”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero*, n° 6, 2016, p. 209, “los derechos de la personalidad son cualidades *esenciales* que el derecho impone y *reconoce* por su propia naturaleza intrínseca”. (destacado mío).

¹⁶ Véase: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Rev. Bolív. de Derecho*, n° 23, enero 2017, pp. 56 y 57, los derechos de la personalidad son una técnica de Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en el ámbito de la propia esfera personal, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria y resarcitoria para obtener la reparación del subsiguiente *daño moral* (destacado mío).

¹⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 88-91.

¹⁸ Véase: Ibid., pp. 126-186; BORREL MACIÁ, A.: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954; DIEZ DÍAZ, J.: *Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático*, Ediciones Santillanas, Madrid, 1963; ONDEI, E.: *Le persone fisiche e I diritti della personalità*, Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale Diretta da Walter Bigiavi, Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1965; CHAVES, A.: “Direitos à Vida, ao proprio corpo e às partes do mesmo (Trasplantes, esterilizacao e operacoes cirurgicas para “mudanza de sexo”). Direito do cadáver e às partes do mesmo”, *Revista da Faculdade de Direito, Univ. Sao Paulo*, 1977, Vol. LXXII, pp. 243-298, primera fase.

¹⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 186-250; CHAVES, A.: “Os Direitos Fundamentais da Personalidade Moral (A integridade psiquica, à seguranca, à honra, ao nome, à imagen, à intimidade)”, *Revista da Faculdade de Direito, Univ. Sao Paulo*, 1977, vol. LXXII, pp. 227-262, segunda fase.

Enfocaremos nuestros comentarios en el primero.

III. EL DERECHO A LA IDENTIDAD²⁰.

1. Noción.

La identidad se presenta como el derecho a ser único e irrepetible. Si bien todos somos iguales en dignidad y derechos, a su vez, cada ser, es inevitablemente “único”, no existiendo dos personas iguales, pues la “mismidad del ser”²¹, hace a cada sujeto un ser sin otro idéntico. La maravilla de la vida no permite que existan dos seres humanos iguales.

DE CUPIS refiere que el derecho a la identidad supone ser uno mismo y no otro. Lo califica como la verdadera esencia de la persona²². De ello se infiere que lo que nos hace “únicos” no es solamente nuestro nombre civil, ni siquiera nuestro físico o conformación antropométrica o genética. Lo que nos hace irrepetibles además de ello es nuestra historia, vivencias y perfil social. Esa parte de nosotros que trasciende al plano físico y que otro ser no comparte, formando parte de la esencia que nos caracteriza.

La identidad ha sido reconocida como un derecho humano, lo cual es natural, pues los derechos pueden ser vistos desde distintas perspectivas. La identidad constituye un concepto complejo para los distintos campos del conocimiento²³. Si bien no se aprecia una norma expresa en el ordenamiento venezolano que aluda a este importante derecho, su protección es indudable dada la existencia de la citada cláusula enunciativa constitucional (art. 22), y que encuentra antecedente desde el texto venezolano de 1858²⁴.

2. Extensión.

La doctrina básica venezolana al referirse al derecho a la identidad, hace una remisión al tema del “nombre civil” y elementos adicionales como seudónimo y sobrenombre²⁵. Otros lo asociaban al derecho a ser inscrito en el Registro del Estado Civil y obtener los

²⁰ Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la Identidad Personal*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1992.

²¹ Ibid., p. 14, la identidad personal supone ser uno mismo y no otro, pese a la integración social, es la “mismidad” del ser. Véase también: ELIZONDO BREEDY, G. y M. CARAZO VICENTE: “Derecho a la Identidad”, *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 377-392.

²² DE CUPIS, A.: *I Diritti della personalità*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1959, T. II, pp. 3 y ss.

²³ Véase: FAMA, M. V.: “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Lecciones y Ensayos*, n° 90, 2012, p. 173.

²⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, n° 2, 2016, pp. 55-88.

²⁵ Véase: AGUILAR GORRONDONA, J.L.: *Derecho*, cit., p. 151; HUNG VAILLANT, F.: *Derecho*, cit., p. 170; HARTING, H.: “Tratamiento”, cit., p. 136; ZERPA, L.: *Derecho*, cit., p. 68.

respectivos instrumentos de identidad²⁶. Pues cabe recordar que la “identificación” constituye la prueba de la identidad.

En cuanto a identificar el derecho a la identidad con el atributo del nombre civil, señalamos que lo que conforma propiamente un derecho de la personalidad es el “*derecho de la identidad*”, mientras que el nombre se proyecta como un “*atributo*” de la personalidad, que integra el elemento “estático” del derecho en estudio. El nombre civil constituye el atributo individualizador por excelencia porque diferencia o precisa a las personas en una relación jurídica²⁷. La jurisprudencia venezolana ha referido que el nombre constituye un “atributo” de la personalidad²⁸, al igual que cierto sector de la doctrina colombiana²⁹. El complejo derecho a la identidad supera sobremanera al atributo del nombre civil, pues de lo contrario la identidad quedaría minimizada en caso de “homonimia”³⁰.

²⁶ Véase en este sentido: MONTERO RODRÍGUEZ, L.M.: “El derecho a la identidad de los niños y adolescentes”, *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, UCAB, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001, pp. 313- 323; DELGADO CARRUYO DE AVILA, M.: “Los derechos dirigidos a la individualización en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: las unidades hospitalarias de registro civil de nacimientos”, *LEX Nova*, Año 2002, n° 241, Colegio de Abogados del Estado Zulia, pp. 93-108.

²⁷ Véase nuestros trabajos: “El nombre civil”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 118, Universidad Central de Venezuela, 2000, pp. 201-269; “El nombre civil en el Derecho venezolano”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Argentina, Año IV, n° 9, Octubre 2012, pp. 226- 260; “Aproximación”, cit., pp. 92-96, *Ensayos*, cit., pp. 540-544; *Manual de Derecho Civil I*, cit., pp. 137 y 138. Véase en el mismo sentido: SPÓSITO CONTRERAS, E.: “Notas sobre la evolución del nombre civil”, *Revista de Derecho*, n° 35, TSJ, Caracas, 2014, T. I, p. 22; MOISSET DE ESPANÉS, L. y HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M. de P.: “Derechos”, cit., el nombre más que de un derecho personalísimo se trata de un atributo de la persona. Véase en sentido contrario en la doctrina venezolana, considerando el nombre civil un derecho de la personalidad: AGUILAR GORRONDONA, J. L.: *Derecho*, cit., p. 151; MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Derecho*, cit., p. 55; HUNG VAILLANT, F.: *Derecho*, cit., p. 170; LA ROCHE, A.: *Derecho*, cit., p. 248; CONTRERAS BRICEÑO, G.: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Vadell Hermanos Editores, 5ª ed., Caracas, 1987, p. 135; CORREA APONTE, T.: *El nombre de la persona física en el Derecho Civil Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Venezuela-Caracas, 2002, p. 105; VARELA CÁCERES, E. L.: *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*, Serie Trabajos de Grado, n° 17, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, pp. 26-31; VARELA CÁCERES, E. L.: “El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”, *Revista de Derecho*, n° 33, TSJ, Caracas, 2010, pp. 252-254.

²⁸ Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 17-2-10, Exp. 09-10331: “... se considera el nombre como el atributo más importante de la personalidad...”; Sala de Apelaciones N° 1 de la Corte Superior del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, Sent. 8-11-07, Exp. AP51-R-2007-014558; Circuito de Protección del Niño y del Adolescente Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas Sala de Juicio XIV, Sent. 8-10-08, Exp. AP51-V-2008-015768; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 28-10-05, Exp. 23.659: “la doctrina ha referido que dado que el nombre es el atributo individualizador por excelencia de la persona...”

²⁹ Véase: PARRA BENÍTEZ, J.: *Manual de Derecho Civil. Persona, Familia y Derecho de Menores*, edit. Temis, 4ª ed., Colombia, 2002, p. 110; NARANJO OCHOA, F.: *Familia y Personas*, Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª ed., 1996, p. 144; ROJAS GONZÁLEZ, G.: *Manual de Derecho Civil*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2001, p. 66; KARAMAN BETANCOURT, M. P. y M. d. C. V VALENCIA VARGAS: *El Nombre como atributo de la Persona Humana*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984.

³⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., p. 92; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual*, cit., p. 286; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Diccionario*, cit., p. 83.

Entre los derechos que la propia Constitución Venezolana consagra a los fines de la identificación, se aprecia la necesidad de ser inscrito en el Registro del Estado Civil inmediatamente al nacimiento con vida y obtener los respectivos instrumentos de identidad (art. 56)³¹. La Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes alude al derecho a la identificación (art. 17), a ser inscrito en el Registro del Estado Civil (art. 18) y al derecho a documentos públicos de identidad (art. 22). La Ley Orgánica de Registro Civil³² y la Ley Orgánica de Identificación³³, igualmente presentan normas relativas a la “identificación”, esto es, la prueba de la identidad³⁴.

Múltiples instrumentos normativos aluden a elementos que desde esta perspectiva conformarían la identidad, tales como el nombre, la nacionalidad o la filiación³⁵. Los dos últimos ciertamente “identifican” al sujeto porque integran aspectos del estado civil que a la par del nombre civil, conforman los “atributos” de la persona³⁶. Pero ciertamente los atributos constituyen tópico distinto a los derechos de la personalidad porque los primeros cumplen una función “individualizadora”, a diferencia de los derechos personalísimos que, salvando el derecho bajo análisis, la imagen o la voz, no presentan función distintiva, aunque coinciden en tenerlos toda persona por su sola condición de tal

³⁷.

La doctrina extranjera por su parte, desarrolla una visión más amplia y completa del derecho bajo análisis. Para DE CUPIS implica un derecho a un signo distintivo personal pero también puede proyectarse en otros aspectos como el social, por el interés del sujeto en afirmar su propia individualidad³⁸. Así mismo señala FERNÁNDEZ SESSAREGO que la identidad estaría conformada por una parte *estática* o inmutable y por otra *dinámica* o mutable. La primera integrada, amén del atributo del nombre, por todos aquellos elementos que distinguen al sujeto en un plano físico o corporal y que son en principio inmutables, a saber, huellas dactilares, señales antropométricas, constitución genética, etc. La identidad dinámica por su parte, es cambiante, pues el ser humano es mutable por naturaleza con el transcurso del tiempo. De allí que esta incluya el perfil social del sujeto, aquellos rasgos que forman parte de su historia y esencia, caracterizándolo en lo político,

³¹ Véase: BREWER-CARÍAS, A. R.: *Constituciones Iberoamericanas Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Constituciones Iberoamericanas, n° 10, México 2014, p. 164, la Constitución reguló expresamente en el artículo 56 el derecho al nombre y a la identificación.

³² Gaceta Oficial (GO) N° 38.773 de 20-9-07.

³³ Véase GO N° 6.155 Extraordinario de 19-12-14.

³⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 140.

³⁵ Véase: Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 18 (nombre civil) y 20 (nacionalidad); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24 (nombre y nacionalidad); Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 15 (nacionalidad).

³⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Los atributos de las personas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 147, Caracas, 2009, pp. 201-236, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I*, pp. 119-134; TREVIÑO GARCÍA, R.: *La persona y sus atributos*. Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, México, 2002.

³⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 60-62; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I*, cit., p. 120.

³⁸ DE CUPIS, A.: *I Diritti*, cit., pp. 7 y 8.

profesional, religioso y sentimental³⁹. Otros le atribuyen una connotación más amplia que incluye lo cultural y familiar⁴⁰.

Se afirma así que al conocer a alguien preguntamos su nombre y apreciamos su físico: pero solo nos hemos aproximado a una parte de su identidad: la estática. Nos falta la más compleja, a saber, su historia, aquello que lo hace único más allá de lo físico. Para algunos este elemento dinámico es lo que configura realmente el derecho a la identidad, excluyendo así la parte estática, a fin de no confundirla con otros derechos o atributos.⁴¹ Nosotros adherimos a la tesis que desdobra la identidad en estática y dinámica, porque es innegable que lo que nos hace únicos es la necesaria unión de los dos elementos⁴². La doctrina venezolana se ha pronunciado someramente en este sentido⁴³. La escasa jurisprudencia venezolana que se ha paseado incidentalmente por el derecho a la identidad, se hace eco de la distinción entre identidad estática y dinámica⁴⁴.

El tema presenta aristas interesantes, tales como la posibilidad de violar el derecho a la identidad a través de la imagen⁴⁵ o la posibilidad de consideración respecto al *nasciturus*⁴⁶.

³⁹ Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho*, cit., pp. 15-33.

⁴⁰ Véase: GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, F. A.: “El acceso a un intérprete como manifestación de ejercicio de derechos de defensa: Apuntes sobre la identidad cultural y los derechos lingüísticos”, *Boletín Virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista*, 14 de mayo de 2009, “su dimensión individual”; la identidad “es la expresión de un conjunto de rasgos particulares que diferencian a un ser de todos los demás”... la *dimensión colectiva* de la identidad se da, en primer lugar, en relación al núcleo familia, luego al sexo, posteriormente al género y finalmente, a la comunidad”.

⁴¹ Véase colocándolo dentro de la integridad espiritual: FABIANO, A. y DEPETRIS, C.: “Identidad Personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre 1997; CIFUENTES, S.: *Derechos*, cit., pp. 609 y 607, la identidad en su aspecto dinámico es la que presenta interés a fin de no confundir la identidad con otros atributos, como el nombre.

⁴² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 95 y 96.

⁴³ Véase: DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n° 1, Caracas, 2013, pp. 137-140; VARELA CÁCERES, E. L.: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, n° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 134, Universidad Central de Venezuela, 2009, pp. 221-223; CAMACARO GONZÁLEZ, M. A. y MARTÍNEZ RIVAS, G. J.: “Influencia de la Clonación sobre el derecho a la identidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 121, Universidad Central de Venezuela, 2001, p. 372; PÁRRAGA DE ESPARZA, M.: “Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio”, *LEX Nova*, Año 2002, n° 241, Colegio de Abogados del Estado Zulia, pp. 61-63; PLAZA MARTÍNEZ, F.: *Situación jurídica del nasciturus: especial referencia al derecho a la identidad*, Tesis para optar al título de Doctora en Ciencias, Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, consignado en septiembre 2016 (tutora: María C. Domínguez G.).

⁴⁴ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 20-10-05, Exp. 23.659 (citada *infra*); Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 18-3-08, Exp. 7655/2007: “por cuanto la identidad como derecho a ser único e irrepetible está conformado por una parte estática (huellas, señales antropométricas, genéticas, etc.) y otra dinámica (patrimonio cultural del sujeto)”; Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 8-4-11, Exp. AP11-F-2009-001044.

⁴⁵ Véase: CERUTI, M. D. C. y PLOVANICH, M. C.: “Identidad personal. Contenido esencial. Protección Jurídica”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre de 1997, si se publica foto de alguien se afecta la imagen, pero si además de ello se quiere parecer un católico en ateo se afecta la

Esto último no obstante que la protección de la vida del concebido no tiene la misma intensidad que la del nacido⁴⁷.

3. Vulneración.

La doctrina italiana, pionera en el estudio de la identidad, señala la forma en que este derecho puede ser violentado. Para DE CUPIS deriva de la alteración u omisión de aquellos elementos esenciales que perfilan o definen al sujeto⁴⁸. La identidad constituye la verdad de la persona; ser uno mismo con sus propios caracteres y acciones, sin que ello pueda ser destruido o eliminado. Su tutela jurídica comporta un respeto a la verdad personal⁴⁹.

Se alude a la violación de la verdad biográfica del sujeto como forma de violentar el derecho a la identidad⁵⁰. Ciertamente, debe tratarse de información relevante que defina el perfil social del sujeto, pues no cualquier omisión o error, constituye una violación a la verdad biográfica: ha de referirse a algo significativo que altere la esencia que caracteriza al individuo. La jurisprudencia italiana desde la década de los setenta del pasado siglo ofrece casos tales como ser identificado como perteneciente a un partido político distinto o aparecer sosteniendo una posición profesional contraria a la que proyecta el sujeto. Si se han dado variaciones o mutaciones en la vida del sujeto, debe reflejarse en su reseña biográfica, so pena de violar el derecho en estudio. Y ello acontece aunque la información sea negativa para la reputación del individuo, pues se trata de un derecho distinto al honor. Así por ejemplo, si alguien es un reconocido delincuente condenado judicialmente, mal se puede pretender proyectar lo contrario a nivel informativo, pues lo que nos hace únicos e irrepetibles es nuestra historia, aunque ella nos desfavorezca⁵¹.

identidad.

⁴⁶ Véase: PLAZA MARTÍNEZ, F.: Situación jurídica del nasciturus, cit.

⁴⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R: “La protección jurídica del concebido en el derecho español”, *Rev. Bolin. de Derecho*, n° 22, Julio 2016, p. 19.

⁴⁸ Véase: DE CUPIS, A.: *I Diritti*, cit., pp. 3 y 4.

⁴⁹ Ibid., p. 3, Para algunos significa serlo aun aparentemente, para otros significa serlo socialmente. Esta protección a la identidad personal siendo susceptible de ofensa externa comprende la tutela jurídica y puede considerarse un bien jurídico. Aparecer como sí mismo, igual a lo que somos y no distintos, es por siempre una cualidad de la persona, precisamente una cualidad moral de ésta; este modo de ser de la persona está relacionado con la sociedad en que vive. La apariencia de sí mismo y la protección social de la propia identidad presenta particular importancia; se trata del interés de la persona en afirmar socialmente su propia individualidad. La persona proviene de un determinado ámbito social, gracias a la cual es realmente ella misma, con sus propias cualidades y acciones. Tal interés resulta de una protección social del yo personal correspondiente a la realidad del sujeto mismo, que puede designarse precisamente como interés a la identidad personal.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho*, cit., pp. 100-111, el derecho a la identidad personal implica el respeto a la verdad biográfica, que no se desconozca la paternidad de las acciones. Se protege la identidad real y no una simulada, y se caracteriza por su exterioridad. La lesión inferida no tiene por qué afectar otros derechos.

⁵¹ Ibid., pp. 34 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 98 y 99.

La identidad se presenta así como límite a otros derechos como la expresión e información, pues la información no veraz afecta la verdad del sujeto⁵². Cabe diferenciar la identidad del derecho a la “intimidad” que se viola por la difusión de informaciones secretas pero “verdaderas”⁵³, en tanto que la información falsa afecta el derecho en estudio. Cuando se afirma que se viola la identidad es porque la información no se corresponde con la verdad, mientras que si se señala que vulnera nuestra intimidad es porque se reconoce que la información es cierta.

De allí que la rectificación sea un medio especial de reparación en caso de lesión a este derecho, al margen de la culpa⁵⁴. La Constitución venezolana de 1999 consagra el “hábeas data” (art. 28) a fin de corregir y rectificar los errores que afecten a las personas. Ello sin perjuicio del daño moral como compensación económica en sede civil por la violación de los derechos personalísimos, a tenor del artículo 1196 del CC⁵⁵, así como de otras acciones judiciales entre las que no es descartable la vía del “amparo” de cumplirse los requisitos de ley.

IV. DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

1. La identidad sexual: transexualidad⁵⁶.

⁵² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “El derecho a la identidad como límite a las libertades de expresión e información”, *Revista de Derecho*, n° 9, TSJ, Caracas, 2003, pp. 343-359. Véase en sentido semejante respecto de otros derechos: DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 29, enero-diciembre 2015, pp. 389-436.

⁵³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., p. 217; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I*, p. 305.

⁵⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho*, cit., p. 281; DE CUPIS, A.: *Il Diritto*, cit., p. 5, el derecho de rectificación supone una forma de reparación en forma específica.

⁵⁵ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 256-284;

⁵⁶ Véase: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho*, cit., pp. 288-481; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 102-116; FERNÁNDEZ CABRERA, S. R.: *El cambio de género en el ordenamiento jurídico venezolano*, Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias, Mención “Derecho”. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, defendida el 29 enero 2016 (tutor: Raúl Arrieta); ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 126, Universidad Central de Venezuela, 2006, pp. 139-164; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; SILVERINO BAVIO, P.: *Breves apuntes sobre la transexualidad y el derecho a la identidad personal*; MAHECHA SILVA, H. J.: *Cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano. Los transexuales y sus anteriores relaciones de familia*, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, 2012, trabajo presentado para optar al título de abogado; NICHIOLES GARCÍA, H. D.: “Del transgenerismo y la identidad personal en el marco normativo colombiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Univesidad de Cartagena, pp. 43-61; MORENO PABÓN, D.C.: “Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans.”, *Univ. Estud. Bogotá*, n° 11, enero-diciembre 2014, pp. 123-143. Véase también tratando la transexualidad no obstante el título: VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y M. SUMOY GETE-ALONSO: “La identidad sexual: la homosexualidad”, *Tratado de Derecho de la persona física*. Civitas /Thomsom Reuters (Direct. M. GETE-ALONSO y CALERA/ Coord. J.

El derecho en comentarios incluye la identidad sexual, lo que lleva al estudio de la “transexualidad”, esto es, aquel sujeto cuyo sexo físico no se corresponde con su sexo psicológico. Lo describía ALBALADEJO: “cuerpo de hombre en mente de mujer o viceversa”⁵⁷. Se trata de un trastorno de género diferente al hermafroditismo o pseudohermafroditismo (en que coexisten físicamente ambos sexos o predomina uno, respectivamente) aunque medie la creencia que estos sí son involuntarios, siendo que también lo es el transexual. En efecto, difícilmente puede decidirse padecer un trastorno de tal magnitud por propia determinación, y en efecto existe evidencia científica de ello⁵⁸. La solución médica con proyección jurídica ha sido adaptar el cuerpo a la mente y permitir con ello la correspondencia entre la identidad estática con la identidad dinámica⁵⁹.

No existe una normativa en Venezuela que prevea el supuesto en concreto de la transexualidad⁶⁰, pero la solución se ubica básicamente en el derecho a la identidad, dado el carácter enunciativo de los derechos de la persona (art. 22 Constitución). Se aprecian pronunciamientos judiciales que favorecen el cambio, aunque se discute la vía procesal idónea para ello, pareciendo ser la tendencia mayoritaria la acción de rectificación de partidas y otros cambios del estado civil⁶¹. Toda vez que este procedimiento no se le

SOLE RESINA), España, 2013, T. I, pp. 551-576.

⁵⁷ ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I*. Introducción y Parte General, José María Bosch Editor, 14ª ed., Barcelona, 1996, Vol. I, pp. 239 y 240; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y M. SUMOY GETE-ALONSO: “La identidad”, cit., p. 552, el transexual vive la contradicción de tener un sexo asignado diferente.

⁵⁸ Véase reseña de: LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: *La problemática*, cit., p. 205, el equipo de científicos del *Netherlands Institute for Brain Research de Amsterdam* (Instituto Holandés para la Investigación del Cerebro) ha demostrado que la transexualidad masculina podría tener su origen en una estructura del hipotálamo más pequeña que en la de los varones heterosexuales. Así, estudios *post mortem* practicados durante once años a seis transexuales varones demostraron que la subdivisión de la estría terminalis (BSTs), una región del hipotálamo que regula el comportamiento sexual, era similar a la de las mujeres; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Aproximación*, cit., pp. 106 y 107; VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Aportación al estudio de la transexualidad*, Colección Jurisprudencia Práctica, edit. Tecnos S.A., Madrid, 1994, p. 19, no obedece a capricho o mimetismo sino que se trata de una dolencia que precisa intervención.

⁵⁹ Véase: GRANDEZ MARINO, A.: “El derecho a la identidad de los ciudadanos LGTBI”, en *Conferencias descentralizadas ALFA. Grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad*, PUCP, Lima, 2015: “El derecho a la identidad es un derecho complejo, que se configura a través de componentes estáticos y dinámicos que interactúan entre sí”; SILVERINO BAVIO, P.: *Breves*, cit.: “La discordancia entre su identidad y consiguiente apariencia (masculina) y lo que predica su DNI, con pronombre y asignación de sexo femenino, le han originado infinidad de problemas y limitaciones en la posibilidad de ejercer sus derechos, aún los más básicos. Entre ellos, el derecho primariamente afectado es el derecho a la identidad personal”.

⁶⁰ Véase: HERNÁNDEZ-BRETÓN, E.: “El nombre civil y el sexo de las personas en el Derecho Internacional Privado venezolano”, *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, Colección Libros Homenaje N° 5, TSJ, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, Tomo I, p. 607, al contrario de lo que sucede en otros sistemas jurídicos, entre nosotros el cambio de sexo no tiene regulación normativa.

⁶¹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 130, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 53-100; OCHOA GÓMEZ, O.: “Derechos”, cit., p. 913: “Se discute si este cambio artificial, no tomado arbitrariamente, ni deseado por antojo, humor o deleite, o bien por una disposición anímica, sino por necesidad de una terapia o remedio para lograr la identidad sexual, no es más que el ejercicio del derecho de la personalidad a la salud y su derivado del derecho al cuerpo, y por ello legítimo, dado lugar al derecho a la rectificación del acta o partida del nacimiento.”

limita a la rectificación propiamente dicha en caso de error sino también al cambio de nombre y elementos asociados al estado civil (entre los que se ubica el “sexo”⁶²). Algunos refieren también la acción merodeclarativa⁶³ o el habeas data⁶⁴. No creemos que el asunto -por tratarse de un cambio de fondo- pueda resolverse sumariamente en sede administrativa en manos del Registrador, por aplicación del artículo 145 de la Ley de Registro Civil (rectificación administrativa de partidas en caso de errores materiales que no afecten el fondo), o el artículo 146 relativo al de cambio de nombre cuando afecta la dignidad (“...o no se corresponda con su género”), pues la divergencia en tal caso ha de deberse a un simple error y no asunto de fondo. El asunto requiere las garantías de un proceso contencioso a falta de norma expresa sobre la figura⁶⁵.

Lo importante es la tendencia a propiciar una solución jurídica porque el Derecho existe por y para la persona, estando al servicio de ésta. Mal se puede negar la protección a la

Véase entre otras tantas: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 28-10-05, Exp. 23.659: El derecho a la identidad a los efectos de la identidad sexual da lugar a la necesidad de la persona de ver adecuados los datos correspondientes en los instrumentos de identificación necesarios. De tal suerte, que ante el supuesto particular planteado por el solicitante relativo a la confusión del género en su partida de nacimiento y probada -como se desprende de autos- su identidad sexual en la actualidad, este juzgador es del criterio que la solicitud de rectificación es procedente. Esto, porque ante un supuesto especialísimo como el que nos ocupa, la discusión relativa a la vía procesal idónea o la falta de procedimiento específico, no puede en modo alguno estar por encima de la justicia efectiva y la dignidad de la persona como valores que se desprenden de la propia Constitución. Como se indicó supra, el citado artículo 768 del Código Adjetivo alude al procedimiento que nos ocupa para cambios de “estado” y ciertamente desde una concepción amplia del estado civil, el sexo forma parte del “estado personal”.

También Juzgado Sexto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caraca, Sent. 4-6-14, Exp. AP31-S-2013-002259: “La doctrina ha referido que dado que el nombre es el atributo individualizador por excelencia de la persona...se ha considerado que colocar un nombre evidentemente perteneciente al sexo contrario del portador afecta la dignidad de la persona, porque el nombre es indicativo del sexo, de allí que se precise su adecuación al género del portador. “No debe admitirse la colocación de un nombre que no se corresponda con el sexo de la persona. ... Una vez revisadas las actuaciones y estudiado el presente expediente, tratándose de un procedimiento de rectificación de partida y con los elementos cursantes en autos, lograr la supresión del primer nombre se considera ajustado, puesto que se evidencia el grado de conflicto que representa para el solicitante mantener el nombre de ... puesto que ha representado durante su desarrollo y posterior adultez, una personalización a través del primer nombre equivocada y relacionada directamente con su conflicto físico-psicológico de identidad.

⁶² Véase: GUITTE ANDRADE, T. E.: *El procedimiento de rectificación de partidas y nuevos actos del estado civil*, Tesis presentada para optar al título de Especialista en Derecho Procesal, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, Caracas, 2011, pp. 43-56.

⁶³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Algunas sentencias”, cit., pp. 84-92; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 18-1-07. Véase en el mismo sentido de acción merodeclarativa pero por cambio de nombre: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 25-6-07.

⁶⁴ Véase: HENRÍQUEZ MAIONICA, G.: “El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica”, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 8, edit. Sherwood, julio-diciembre, Caracas, 2003, pp. 67-80. Véase también: TSJ/SConst., Sent. de 1-3-16.

⁶⁵ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil*, cit., pp. 159, 275 y 272; GUITTE ANDRADE, T. E.: *El procedimiento*, cit.

identidad sexual bajo el alegato de falta de norma expresa⁶⁶. Como es obvio, en materia de derechos personalísimos, no se admiten poderes decisorios de los representantes respecto del afectado, toda vez que se trata de decisiones personalísimas que requieren necesariamente de discernimiento. De allí que constituya una violación a la identidad sexual que los progenitores decidan un cambio de sexo del hijo, según reseñó expresamente la Corte Colombiana⁶⁷. Toda vez que la decisión relativa a los derechos personalísimos de los incapaces no admite representación y en todo caso precisa de un mínimo nivel de discernimiento⁶⁸.

Algunos autores incluyen la homosexualidad dentro del derecho a la identidad, pero admiten que la orientación sexual es una manifestación del ejercicio de la libertad sexual

⁶⁶ Véase sin embargo entre otras: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 28-7-11: “es contrario a las disposiciones que establece la ley, por cuanto no existe en Venezuela una Ley que haya aprobado o apruebe el cambio de sexo, tanto de los hombres como de las mujeres”; Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Exp. 44.484, Sent. 30-4-10: “De allí que surja de nuevo la inquisición sobre si es posible, conforme a nuestra legislación, el cambio de sexo dependiente de la sola voluntad del sujeto sometido a la intervención; la respuesta es sencilla: no. Y es así porque no está consagrado en nuestras leyes tal cambio, las cuales sólo dejan cabida al cambio de sexo por razones terapéuticas, que de ordinario es determinada por la presentación de una anomalía en el individuo, que hace imposible la determinación exacta de su género al nacer, el cual termina de precisarse luego de superada que sea la fase de pubertad y de desarrollada la identidad psicológica de esa persona...”. Véase también señalando su improcedencia porque se alegó rectificación de partida y no existe error material: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Sucre, Sent. 5-11-14, Exp. 6091. Sobre ésta última compartimos opinión de Tomás Guite Andrade (autor citado *supra* y quien fuera Fiscal del Ministerio Público, consulta electrónica 11-11-16), quien considera que toda vez que el supuesto de cambio de sexo y por ende nombre es subsumible en el procedimiento de rectificación de partidas y “otros cambios del estado civil”, bien pudiera el Juzgador en virtud del principio *iura novit curia*, corregir o precisar el planteamiento del actor (de no ser propiamente rectificación sino “cambio”) y darle curso al procedimiento contencioso que efectivamente es el mismo a tenor del Código de Procedimiento Civil, con base a la protección de los derechos personalísimos.

⁶⁷ Véase: ELIZONDO BREEDY, G. y M. CARAZO VICENTE: “Derecho”, cit., pp. 381-384, reseñan caso de niño de 6 meses en Medellín, cuyos órganos genitales fueron cercenados por un perro. Sus padres autorizaron cualquier tratamiento incluso el cambio de sexo: 6 años después se realizó una segunda operación y el menor manifestó su deseo de ser hombre. Se acudió al personero municipal para amparar su identidad de varón y finalmente la Corte en sentencia 23-10-95 indicó que salvo casos de urgencia se requiere el consentimiento y allí no había urgencia, pues el cambio de sexo tuvo lugar después de un mes y días de la mutilación. Los padres no pueden decidir por el menor en casos trascendentales que puedan afectar la dignidad humana. Se concluyó que no es posible readecuar el sexo sin autorización expresa del paciente, amén que el sexo constituye un elemento de identidad, los padres no tienen capacidad para autorizar esos tratamientos. La identidad del menor se vio afectada, prueba de ello es que su naturaleza se reveló. El derecho a la identidad es un conjunto de atributos, calidades, tanto de carácter biológico como de personalidad que permiten la individualización de un sujeto en sociedad.

⁶⁸ Véase: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana IDIBE*, n° 1, Agosto 2014, p. 38, los actos jurídicos que no afectan intereses patrimoniales sino que se asocian sino a la dimensión personal del ser humano, en el caso de los menores incapaces deben poder ejercitarlos si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 168 y 169, la figura de la representación no puede interferir negativamente en la esfera de los derechos personalísimo. El menor de edad podría o debería ser consultado de tener conciencia o entender la trascendencia de la situación.

de la persona, y en todo caso debe garantizarse la igualdad⁶⁹. La homosexualidad presenta una connotación distinta al trastorno o “disforia de género”⁷⁰, más enmarcado en otros derechos, aunque ciertamente la identidad en su marco dinámico puede asociarse a este tópico de resultar afectado por la verdad biográfica. Chaves acertadamente ve el transexualismo como una “mudanza de sexo” con un perfil diferente al homosexual⁷¹. El libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 20 de la Carta Magna también se presenta como un principio que puede tenerse en cuenta en materia de derechos personalísimos⁷². La Corte Constitucional Colombiana igualmente considera la identidad de género como una forma de expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad sexual⁷³.

2. Derecho de acceder a la identidad genética⁷⁴.

Es parte de la identidad sin lugar a dudas, el derecho de todo ser humano a acceder a la información relativa a su origen genético. Es decir, conocer quiénes son sus progenitores biológicos, aunque de ello no se deriven consecuencias jurídicas, como es el caso de la adopción⁷⁵ o la inseminación artificial. Se trata de una sana curiosidad que todo individuo tiene derecho a satisfacer.

⁶⁹ Véase: VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y SUMOY GETE-ALONSO, M.: “La identidad”, cit., p. 561.

⁷⁰ Véase: *ibid.*, p. 552 es la terminología que utiliza la ley española del 2007 para aludir al trastorno de género del transexual.

⁷¹ CHAVES, “Direitos”, cit., pp. 272 y 277. Véase también del mismo autor: “Castracao, Esterilizacao, ‘Mudanca’ Artificial de sexo”, *Revista da Faculdade de Direito*, Univ. Sao Paulo, 1980, Vol. LXXV, pp. 187-201.

⁷² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)”, *Revista de Derecho*, n° 13, Caracas, TSJ, 2004, pp. 13-40; Juzgado Sexto de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas del Área Metropolitana de Caraca, Sent. 4-6-14, Exp. AP31-S-2013-002259. Por todo ello, el tribunal considera en justicia, aplicando el principio establecido en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que la supresión del primer nombre, está orientado a que el solicitante pueda tener a partir de ahora el libre desenvolvimiento de su personalidad, atendiendo a principios de equidad, lo que representa perfectamente la adecuación del nombre con el origen masculino e identidad reclamadas por el solicitante... (citada *supra*).

⁷³ Véase: RUEDA, N.: “Corrección del registro civil por ‘cambio de sexo’. A propósito de una sentencia italiana: ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 30, enero-junio 2016, p. 396, nota 16, refiere sentencias de: T-477 1995, T-062 2011, T-918 2012, T-977 2012, T-231 2013, T-476 2014, C-584 2015 y T-063 2015.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Aproximación”, cit., pp. 123-126; BRINSEK, M. DE R. y GIAVARINO, M.: “El conocimiento del origen biológico de la persona, como uno de los aspectos de la identidad personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre de 1997. Véase también: GUERRERO QUINTERO, G.: “Genética y Filiación en el Derecho Venezolano”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 64, n° 134, Caracas, 1997, pp. 486 y 486, según el principio de la unidad de la filiación todo niño tiene derecho a conocer a sus padres.

⁷⁵ Véase: VILLAMAYOR, F.: “Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la Convención de los derechos del niño”, *Lecciones y Ensayos*, n° 83, 2007, p. 300; HERRERA, M.: *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad de Buenos Aires, 2008; MUÑOZ GENESTOUX, R. y ROBBA, M.: “La efectivización del derecho a conocer los orígenes en la adopción”, Comunicación presentada a la Comisión

La Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes en su artículo 429 consagra el derecho del adoptado a acceder a esa información⁷⁶. Y en cuanto a la procreación asistida vale la misma consideración⁷⁷ y por tal, los Centros Médicos deben archivar cuidadosamente tal información para el caso que el interesado quiera acceder a ella, al margen de la calificación de “donante anónimo”⁷⁸. Porque de lo contrario mediaría una violación al derecho a la identidad. Rige con mayor razón en este aspecto la característica de “imprescriptible” que caracteriza los derechos personalísimos⁷⁹.

Si bien la filiación se asocia necesariamente con la identidad biológica⁸⁰, debe tenerse claro que el presente derecho se materializa al margen del establecimiento legal de la misma⁸¹. La idea de “identidad genética” fue considerada por nuestro Tribunal Supremo de Justicia

nº 6, “Identidad y filiación”, en las *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Bahía Blanca, 2015.

⁷⁶ “...El adoptado y adoptada, a partir de los doce años de edad o su representante, pueden solicitar directamente el acceso a la información que se encuentre en el expediente de adopción...”.

⁷⁷ Véase: FAMA, “El derecho”, cit., p. 191, se ha de reconocer de manera amplia la posibilidad de acceder a los orígenes, aspecto autónomo del derecho a la identidad, cuya restricción no se justifica en orden a satisfacer otros derechos, como la intimidad del donante y el acceso a las TRA por parte de los usuarios; CÁRDENAS KRENZ, R.: *El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana*, Persona y Familia, nº 4 (1), 2015, Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho, pp. 47-63.

⁷⁸ Véase sin embargo: DURAN RIVACOBIA, R.: “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pp. 3-54. CORRAL TALCIANI, H.: “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 2, 2010, pp. 57-88, “no hay razones que permitan, desde la perspectiva del contexto jurídico latinoamericano, justificar una limitación al principio de verdad biológica de la filiación, al interés superior del niño y a su derecho a la identidad, ya sea por la aprobación de una legislación que admita, como sucede en algunos países europeos, la reserva de la identidad de la madre que ha dado a luz un hijo no estando casada, ya sea por la interpretación de un precepto legal poco categórico como el art. 182 del Código Civil chileno que ampare el anonimato de la identidad del tercero aportante de gametos en una técnica de reproducción humana asistida. Incluso más, si se le interpretara de esta forma podría dar lugar a una impugnación de inconstitucionalidad o de contrariedad con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”. Véase también: FUENMAYOR, K. y POLO, R.: *El derecho a conocer la paternidad paterno-biológica en los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante inseminación artificial con donante anónimo*, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Junio 2014.

⁷⁹ Véase: ZAMUDIO, T.: “El derecho de acceso a la verdad genética”, en *Historia de los Bio-Derechos y del Pensamiento Bioético*: “Cuando la Corte afirma que el acceso a la verdad de origen no cesa con el transcurso del tiempo, se confirma la idea de entender a la identidad como un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte... la persona tiene derecho de acceder a su verdad en cualquier momento, no siendo admisible limitar esta facultad bajo la excusa del transcurso del tiempo”.

⁸⁰ Véase: VARELA CÁCERES, E.L.: “La identidad”, cit., p. 223.

⁸¹ Véase: GONZÁLEZ CONTRÓ, M.: “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 130, enero-abril 2011, Año XLIV, nueva serie, p. 114. “El derecho a conocer el origen biológico tiene como fundamento varios derechos reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales; los más relevantes son el derecho a la identidad y el derecho a la salud. Estos dos derechos son independientes de otros vinculados con la filiación, como podrían ser el llevar el apellido del padre, los alimentos y los derechos sucesorios, pues aunque pueden actualizarse ambos, no se presentan necesariamente juntos. Esto se percibe con claridad en los casos de reproducción asistida, en los que puede alegarse un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación”.

en su Sala Social: “El derecho de la persona de conocer y establecer su verdadera estirpe genética no está consagrado únicamente en el texto constitucional, pues se encuentra en sincretismo con la ley especial que regula la particular materia que nos atañe (los derechos de la infancia y la adolescencia), Ley que a su vez desarrolla los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁸². Se aprecia también consideraciones incidentales en Juzgados de Instancia⁸³, así como una referencia a la identidad biológica en la sentencia de la Sala Constitucional que admite la posibilidad de reconocimiento del hijo matrimonial por un tercero “cuando exista concurrencias de voluntades de las partes involucradas”⁸⁴. Decisión acertadamente criticada por la doctrina⁸⁵ y por el respectivo voto salvado⁸⁶, por cuanto la filiación es de orden público. La misma Sala ha resaltado que: “la identidad biológica es un derecho inherente al ser humano el cual debe ser garantizado por el Estado venezolano, disponiendo este todas las medidas administrativas, legales y judiciales para resguardar los derechos de la infancia”⁸⁷.

No obstante en reciente decisión de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal que admite la familia homoparental a propósito de un caso de reproducción asistida⁸⁸, alude genéricamente al derecho a la identidad biológica, aunque se omite enteramente la referencia a la filiación paterna como parte necesaria de la identidad, así como el derecho

⁸² TSJ/SCS, Sent. N° 0148 del 4-3-10.

⁸³ Véase: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la circunscripción judicial del estado Mérida, Sent. 24-1-13, Exp. 03888: “Con fundamento a los mismos postulados constitucionales, considera el juzgador que la comprobación científica de dicha identidad biológica, la caracterizan dos tipos de intereses, el primero cuya naturaleza es social, en el que se encuentra involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y el segundo de carácter privado, en el que cada persona, busca conocer su identidad genética y tener derecho a dicho conocimiento. De allí que, el artículo 56 constitucional propenda al conocimiento y certificación de la verdad biológica, entendida ésta como el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, a través de los cromosomas, que son portadores de los miles de genes con que cuenta el ser humano, y que establece la identidad propia e irrepetible de toda persona... en cuanto a la trascendencia de los derechos de la personalidad, dentro de los cuales debe incluirse el derecho a la identidad, como elemento esencial para el desarrollo y respeto a la condición humana...”; *Jurisprudencia Ramírez y Garay*, Tomo CLXVIII, Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia del 11-8-00, el derecho del niño a conocer la identidad de su padre prevalece sobre el derecho de este de no ser sometido sin su consentimiento a realizarse la prueba heredo-biológica.

⁸⁴ Véase: TSJ/SConst., Sent. 1443 del 14-8-08: “El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los miles de genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irrepetible de la persona”. Véase también: TSJ/SConst., Sent. 1235 del 14-8-12: debió tenerse presente los nuevos postulados constitucionales en torno a la investigación de la paternidad, así como el derecho humano a conocer su identidad. TSJ/SConst., Sent. 868 del 8-7-13.

⁸⁵ Véase: VARELA CÁCERES, E. L.: “La identidad biológica”, cit.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014, pp. 231 y 232.

⁸⁶ “En resumen, creemos que la construcción interpretativa que hace la mayoría sentenciadora en el caso de autos en nada contribuye a la seguridad jurídica institucional; antes, por el contrario, introduce un elemento de desconcierto social que puede influir negativamente en el pacífico discurrir de las relaciones interfamiliares, creando innecesariamente conflictividad en el ámbito civil privado porque ninguna madre en su sano juicio se arriesgaría a estigmatizar socialmente a su hijo”.

⁸⁷ TSJ/SConst., Sent. 901 del 27-6-12.

⁸⁸ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 1187 de 15-12-16. Véase a propósito de la reproducción asistida permitiendo la fertilización *post mortem* con semen del difunto marido (lo que también afecta el derecho del niño a tener un padre): TSJ/SConst., Sent. 1456 del 27-7-06.

de todo niño de tener una figura materna y otra paterna⁸⁹. El respectivo voto salvado reseña la necesidad de haberse enfocado en el derecho a la identidad⁹⁰.

3. Clonación⁹¹.

La posibilidad de clonación o fotocopia genética, que bien pudiera tener cabida en la esfera de la ciencia para ciertas aplicaciones, queda vedada en el ámbito humano, pues su sola idea afecta la dignidad de la persona y violaría abiertamente el derecho a la identidad estática. El ser humano no puede quedar reducido a la cosificación del ser, tiene derecho a ser producto de la libre fusión de las células femenina y masculina y no debe ser resultado de experimentación genética.

La clonación conforma una violación frontal al derecho a la identidad porque choca con la idea de un ser único e irrepetible en el marco genético. De allí su rechazo, al margen de su prohibición expresa⁹². Al efecto se afirma que aun cuando la clonación “no está encaminada a extinguir la existencia del hombre es incontrovertible que compromete severamente el reconocimiento a su individualidad, así como el patrimonio genético de la humanidad simbólicamente hablando, razón suficiente para elevarla a la categoría de conducta punible”, pues “compromete la identidad y el espectro a la dignidad humana”⁹³.

⁸⁹ Véase: BERNAD MAINAR, R.: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, UCAB, Caracas, 2000, p. 99; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 213 y 261; DE OLIVEIRA LEITE, E.: “El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil”, *Acta Bioeth.*, V. 8, n° 2, Santiago 2002, para un buen desarrollo de su personalidad, los niños necesitan contar con modelos de identidad masculina y femenina... cita a Françoise Dolto: “Más vale que el niño diga: ‘Tengo tres padres’, que diga ‘Mamá vive sola, no tengo padre’”.

⁹⁰ Véase voto salvado “...esta Sala Constitucional ha debido centrar sus análisis en el reconocimiento del derecho de toda persona, en especial de todo niño o niña, a conocer y que sea legalmente reconocida su identidad como parte fundamental de su personalidad, y, no, en interpretar el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...” (destacado nuestro).

⁹¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 116-123; CAMACARO GONZÁLEZ, M. A. y MARTÍNEZ RIVAS, G. J.: “Influencia”, cit., pp. 365-388; REY, R. N. y A. J. RINESSI: “La Clonación: un ataque a la identidad personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre 1997; BENAVIDES DE CASTAÑEDA, L.: “Reflexiones en torno la clonación humana”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, n° 31, 2008.

⁹² Véase: Ley orgánica contra la delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, G.O. 39.912 de 30-4-12, art. 40. “...Si fecunda óvulos humanos con fines distintos a la procreación o terapéuticos o realiza actos de clonación u otros procedimientos dirigidos a la modificación genética, será penado o penada con prisión de ocho a doce años”. (Destacado nuestro).

Véase referencia a leyes extranjeras que la prohíben: TSJ/SConst., Sent. 1456 de 27-7-06: “La Sala advierte, que los aspectos relativos a la clonación no los tratará en esta sentencia, ya que lo planteado en esta causa no se refiere a ella”.

⁹³ SERRANO SUÁREZ, O. y H. LÓPEZ LÓPEZ: “Manipulación genética: innovaciones, retos y prospectiva en el derecho penal colombiano”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, enero-diciembre 2009, pp. 64 y 65.

La generación de vida por esta vía es contraria a la dignidad y libertad del ser humano, vulnera el derecho a ser único e irrepetible que conforma la identidad estática y le impide al ser humano tener un padre y una madre, entre otros álgidos problemas⁹⁴.

4. Otras.

Podríamos además enumerar otras violaciones al derecho a la identidad: aquellas en que quede desvirtuado la correspondencia con nuestra verdadera individualidad. Cabría pasearse por los supuestos concretos que directa o indirectamente conformarían una violación a la parte estática o dinámica de la identidad. Así, por ejemplo, se afirma que las inscripciones falsas ante el Registro del Estado Civil (como los delitos supresión, suposición o sustitución de parto) ciertamente afectan el derecho en estudio. Igualmente, la usurpación del nombre civil o más ampliamente de la identidad de un tercero, propicia en materia penal, el delito de usurpación de identidad⁹⁵.

Amén de las posibles acciones penales, se estaría en presencia también de la violación de un derecho de la personalidad que podría generar una indemnización de tipo civil, la cual es por excelencia, el daño moral consagrado en el artículo 1196 del CC venezolano. De hecho, se ha definido el daño moral como el dolor espiritual o más propiamente moral (para hacerlo extensible a los entes incorporales) que tiene lugar por la violación de uno de los derechos de la personalidad⁹⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha admitido la reparación del daño inmaterial en el ámbito de los derechos humanos⁹⁷, pues el Estado también podría ser responsable patrimonialmente cuando en su posición de poder viola un derecho de la persona y le propicia un sufrimiento.

⁹⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: *Manual de Derecho de Familia*, cit., p. 262, en cuanto, a la posibilidad científica de la clonación o fotocopia genética, en virtud de la cual un ser puede reproducirse genéticamente, de tener excepcionalmente lugar un caso de tal naturaleza, no puede admitirse la filiación producto de una prueba de ADN porque ella denotará como progenitores a los abuelos del clonado que no participaron en forma alguna en tal generación, por lo que nos encontraríamos ante un supuesto excepcional donde ni siquiera la verdad biológica lograría solventar o mitigar una violación tan burda de los derechos personalísimos del ser humano.

⁹⁵ Véase: Ley Orgánica de Identificación, art. 43. Véase entre otras: Tribunal de Juicio N° 01 del Circuito Judicial Penal del Estado Mérida, Sent. 21-6-16, Exp. LP01-P-2012-028206; Corte de Apelaciones, Sala Tercera Maracaibo, Sent. 24-8-16, Exp. VP03-R-2016-000697; Tribunal Primero de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Apure, Sent. 27-6-16, Exp. 1C-20.679-16; Sala Tercera Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Sent. 5-2-16.

⁹⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Aproximación”, cit., pp. 256-261; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017, pp. 242-257.

⁹⁷ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Sentencia 1 de julio de 2011, “la Corte ha sostenido que es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación a sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño inmaterial resulta evidente”.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La identidad es lo que nos hace seres únicos e irrepetibles: se trata de un derecho complejo con proyección en la esfera corporal y moral, compuesto por una identidad estática o inmutable y una identidad dinámica o cambiante. Su estudio es fascinante y amplio, comprendiendo entre otros, el respecto a la verdad biográfica, la identidad sexual, el acceso a la identidad genética y la prohibición de clonación humana. La doctrina y jurisprudencia venezolanas son tímidas en algunos de los tópicos indicados, pero muestran interesantes referencias que perfilan el contenido del citado derecho. En estas escasas líneas apenas ofrecimos un breve panorama de su *status* en el Derecho venezolano.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORRONDONA, J. L.:

- *Derecho Civil Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, 23ª ed., Caracas, 2010.

- “Los derechos de la personalidad y aspectos de la forma de ejercerlos”, *Libro Homenaje a las X Jornadas Dr. José Santiago Núñez Aristimuño*, presentadas en Maturín, Estado de Monagas, Vadell Hermanos Editores/Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Valencia-Venezuela-Caracas, 2000.

- “Los poderes paternos y los derechos de la personalidad de los hijos menores no emancipados”, *SUMMA Homenaje a la Procuraduría General de la República 135º Aniversario*, Caracas, 1998.

ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, José María Bosch Editor, S.A. 14ª ed., Barcelona, 1996, Vol. I.

ANTELA GARRIDO, R.: “La idea de los derechos fundamentales en la Constitución venezolana de 1999”, *Revista de Derecho Público*, nº 116, Editorial Jurídica Venezolana, octubre-diciembre 2008.

AYALA CORAO, C.: “La Jerarquía de los tratados de Derecho Humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Juan E. Méndez y Francisco Cox Editores, San José de Costa Rica, 1998.

BERNAD MAINAR, R.: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

BIDART CAMPOS, G. J.: “Los derechos no enumerados en la Constitución”, *Estudios de Derecho Público, Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje, nº 3, Caracas, 2001, Vol. I.

BENAVIDES DE CASTAÑEDA, L.: “Reflexiones en torno la clonación humana”, *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, n° 31, 2008. (<http://servicio.bc.uc.edu.ve>).

BREWER-CARÍAS, A. R.:

- *Constituciones Iberoamericanas Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Constituciones Iberoamericanas, n° 10, México 2014. (<http://biblio.juridicas.unam.mx>).

- *Principios Fundamentales de Derecho Público, Cuadernos de la Cátedras Allan Brewer-Carías*, n° 17, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005.

BRINSEK, M. DE R. y GIAVARINO, M.: “El conocimiento del origen biológico de la persona, como uno de los aspectos de la identidad personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre 1997. (<http://www.jornadas-civil.org>).

BORREL MACIÁ, A.: *La Persona Humana: Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.

CAMACARO GONZÁLEZ, M. A. y MARTÍNEZ RIVAS, G. J.: “Influencia de la Clonación sobre el derecho a la identidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 121, Universidad Central de Venezuela, 2001.

CALCAÑO DE TEMELTAS, J.: “Notas sobre la constitucionalización de los derechos fundamentales en Venezuela”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas/Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 2003, T. III.

CÁRDENAS KRENZ, R.: “El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana”, *Persona y Familia*, n° 4 (1), 2015, *Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho*. (www.unife.edu.pe).

CASAL H., J. M.:

- “Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales”, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas/Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, 2003, T. III.

- *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Venezuela, 2010.

CERUTI, M. D. C. y PLOVANICH, M. C.: “Identidad personal. Contenido esencial. Protección Jurídica”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre de 1997. (www.acaderc.org.ar).

CHAVES, A.:

- “Castracao, Esterilizacao, “Mudanca” Artificial de sexo”, *Revista da Faculdade de direito*, Univ. Sao Paulo, 1980, Vol. LXXV.

- “Direitos à Vida, ao proprio corpo e às partes do mesmo (Trasplantes, esterilizacao e operacoes cirurgicas para “mudanza de sexo”). Direito do cadáver e às partes do mesmo, *Revista da Faculdade de Direito*, Univ. Sao Paulo, 1977, Vol. LXXII, primera fase.

- “Os Direitos Fundamentais da Personalidade Moral (A integridade psiquica, à seguranca, à honra, ao nome, à imagen, à intimidade)”, *Revista da Faculdade de Direito*, Univ. Sao Paulo, 1977, Vol. LXXII, segunda fase.

CIFUENTES, S.: *Derechos Personalísimos*, edit. Astrea, 2ª ed., Buenos Aires, 1995.

CONTRERAS BRICEÑO, G.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Vadell Hermanos Editores, 5ª ed., Caracas, 1987, G.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Vadell Hermanos Editores, 5ª ed., Caracas, 1987.

CORRAL TALCIANI, H.: “Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos”, *Revista lus et Praxis*, Año 16, nº 2, 2010. (<http://www.scielo.cl>).

CORREA APONTE, T.: *El nombre de la persona física en el Derecho Civil Venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Venezuela-Caracas, 2002.

DE CUPIS, A.: *I Diritti della personalità*, Dott A Giuffré editore, Milano, 1959, T. II.

DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, Caracas, 2013, (<http://www.rvlj.com.ve>).

DE OLIVEIRA LEITE, E.: “El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil”, *Acta Bioeth.*, V. 8, nº 2, Santiago 2002. (www.scielo.cl).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R:

- “El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad”, *Atualidad Jurídica Iberoamericana IDIBE*, nº 1, Agosto 2014. (<http://idibe.org>).

- “La protección jurídica del concebido en el derecho español”, *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 22, julio 2016. (www.redalyc.org).

- “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, enero-diciembre 2015. (<http://Dialnet>).

- “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Rev. Bolív. de Derecho*, n° 23, enero 2017. (<http://idibe.org>).

DELGADO CARRUYO DE AVILA, M.: “Los derechos dirigidos a la individualización en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: las unidades hospitalarias de registro civil de nacimientos”, *LEX Nova*, n° 241, Colegio de Abogados del Estado Zulia, Año 2002.

DIEZ DÍAZ, J.: *Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático*, Ediciones Santillanas, Madrid, 1963.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.:

- “Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)”, *Revista de Derecho*, n° 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

- “Algunas sentencias que declaran el cambio de sexo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 130, Universidad Central de Venezuela, 2007. (www.ulpiano.org.ve).

- “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho*, n° 7, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002.

- *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y jurisprudencia, Caracas, 2017. (www.rvlj.com.ve).

- *Diccionario de Derecho Civil*, Panapo, Caracas, 2009.

- “El daño moral en las personas incorpóreas: improcedencia de la prueba in re ipsa”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, n° 6, 2016.

- “El derecho a la identidad como límite a las libertades de expresión e información”, *Revista de Derecho*, n° 9. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

- “El nombre civil”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 118, Universidad Central de Venezuela, 2000. (www.ulpiano.org.ve).

- “El nombre civil en el Derecho venezolano”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Argentina, Año IV, N° 9, Octubre 2012.

- *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, 3ª ed., Caracas, 2010.

- “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 119, Universidad Central de Venezuela, 2000. (<http://www.ulpiano.org.ve>).
- “Los atributos de las personas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 147, Caracas, 2009. (<http://acienpol.msinfo.info>).
- *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011.
- *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª ed., Caracas, 2014.
- “Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública*, n° 2, 2016. (<http://www.ulpiano.org.ve>).
- “Sobre los derechos de la personalidad”, *Dikaion. Lo Justo, Revista de Actualidad Jurídica.*, Año 17, n° 12, Universidad de la Sabana, Colombia, 2003. (<http://redalyc.uaemex.mx>).

DURAN RIVACOBIA, R.: “Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de espermia”, *Revista Ins et Praxis*, Año 16, n° 1, 2010, (<http://www.scielo.cl>).

ELIZONDO BREEDY, G. y M. CARAZO VICENTE: “Derecho a la Identidad”, *Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Los derechos fundamentales de igualdad e identidad en la familia y la identidad del transexual”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 126, Universidad Central de Venezuela, 2006.

FABIANO, A. y C. DEPETRIS: “Identidad Personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre 1997. (<http://www.jornadas-civil.org>).

FAMA, M. V.: “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Lecciones y Ensayos*, n° 90, 2012. (<http://www.derecho.uba.ar>).

FAÚNDEZ LEDESMA, H.: *El sistema interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1996.

FERNÁNDEZ CABRERA, S. R.:

- *El cambio de género en el ordenamiento jurídico venezolano*, Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias, Mención “Derecho”, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, defendida el 29 enero 2016 (tutor: R. Arrieta).

- “El derecho al olvido”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero*, n° 6, 2016.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la Identidad Personal*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

FUENMAYOR, K. y POLO, R.: *El derecho a conocer la paternidad paterno-biológica en los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante inseminación artificial con donante anónimo*, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, Escuela de Derecho, Maracaibo, Junio 2014. (<http://200.35.84.131>).

GÓMEZ SÁNCHEZ TORREALVA, F.: “El acceso a un intérprete como manifestación de ejercicio de derechos de defensa: Apuntes sobre la identidad cultural y los derechos lingüísticos”, *Boletín Virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista*, 14 de mayo de 2009. (<http://boletinderecho.upsjb.edu.pe>).

GONZÁLEZ CONTRÓ, M.: “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 130, enero-abril 2011, Año XLIV, Nueva Serie. (<http://www.scielo.org.mx>).

GRANDEZ MARIÑO, A.: “El derecho a la identidad de los ciudadanos LGTBP”, en *Conferencias descentralizadas ALFA. Grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad*, PUCP, Lima, 2015. (<http://idehpucp.pucp.edu.pe>).

GUERRERO QUINTERO, G.: *Genética y Filiación en el Derecho Venezolano*, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 64, n° 134, Caracas, 1997. (<http://acienpol.msinfo.info>).

GUITE ANDRADE, T. E.: *El procedimiento de rectificación de partidas y nuevos actos del estado civil*, Tesis presentada para optar al título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, 2011, – Tutora: M.C. Domínguez G –. (<http://saber.ucv.ve>).

HARTING, H.: “Tratamiento normativo de los derechos de la personalidad en el ordenamiento venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 22, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1975-76.

HENRÍQUEZ MAIONICA, G.: “El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica”, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 8, ed. Sherwood, Caracas, julio-diciembre 2003.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E.: “El nombre civil y el sexo de las personas en el Derecho Internacional Privado venezolano”, *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorron dona*, Colección Libros Homenaje, n° 5, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, T. I.

HERRERA, M.: *El derecho a la identidad en la adopción*. (<http://postgrado.uncoma.edu.ar>).

HUNG VAILLANT, F.: *Derecho Civil I*, Vadell, 2ª ed., Caracas-Venezuela-Valencia, 2001.

KARAMAN BETANCOURT, M, y M. VALENCIA VARGAS: *El Nombre como atributo de la Persona Humana*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984.

LA ROCHE, A. J.: *Derecho Civil I*, Edit. Metas C.A., 2ª ed., Maracaibo, 1984.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

MAHECHA SILVA, H. J.: *Cambio de sexo en el ordenamiento jurídico colombiano. Los transexuales y sus anteriores relaciones de familia*, Trabajo presentado para optar al título de abogado, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, 2012. (<http://repositorio.uis.edu.co>).

MARÍN ECHEVERRÍA, A.R.: *Derecho Civil I. Personas*, McGraw-Hill Interamericana, Venezuela, 1998.

MARTÍNEZ, A. Y. y VILLAREAL, I.: “La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana”, *Revista de Derecho*, n° 3, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: “Diferencia de los Derechos inherentes a la personalidad con respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Agosto 2013, (<http://eumed.net>).

MOISSET DE ESPANÉS, L. y HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M. P.: “Derechos de la personalidad”, *Persona, Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, n° 46, octubre de 2005. (<http://www.revistapersona.com.ar>).

MONTERO RODRÍGUEZ, L. M.: “El derecho a la identidad de los niños y adolescentes”, *Primer año de vigencia de la LOPNA, Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001.

MORENO PABÓN, D. C.: “Derecho, persona e identidad sexual. El debate jurídico de la documentación de las personas trans.”, *Univ. Estud. Bogotá* (Colombia), n° 11, enero-diciembre 2014. (<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co>).

MUÑOZ GENESTOUX, R. y ROBBA, M.: “La efectivización del derecho a conocer los orígenes en la adopción”, Comunicación presentada la Comisión n° 6, “Identidad y filiación”, en las *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Bahía Blanca, 2015. (<http://jndcbahiablanca2015.com>).

NARANJO OCHOA, F.: *Familia y Personas*, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª ed., Colombia, 1996.

NICHIOLLS GARCÍA, H. D.: “Del transgenerismo y la identidad personal en el marco

normativo colombiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, Univesidad de Cartagena. (<http://revistas.unicartagena.edu.co>).

NIKKEN, P.:

- *Código de Derechos Humanos*, Colección Textos Legislativos, n° 12, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.

- “Los derechos humanos en la Constitución venezolana del 30 de diciembre de 1999”, *La Constitución de 1999*, Serie Eventos 14, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2000.

OCHOA GÓMEZ, O. E.:

- *Derecho Civil I Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

- “Derechos de la personalidad”, *Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorron dona*, Colección Libros Homenaje N° 5, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, 2002, Vol. I.

ONDEI, E.: *Le persone fisiche e I diritti della personalità*, Giurisprudenza sistematica Civile e Commerciale Diretta da Walter Bigiavi, Unione Tipografico-editrice Torinese, Torino, 1965.

ORTIZ-ORTIZ, R.: “Los derechos de la personalidad como derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional venezolano”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje, n° 3, Caracas, 2001, Vol. II.

PARRA ARANGUREN, G.: “Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario de nombre civil en el derecho internacional privado venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n° 24, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1976-77.

PARRA BENÍTEZ, J.: *Manual de Derecho Civil. Persona, Familia y Derecho de Menores*, edit. Temis, 4ª ed., Colombia 2002.

PÁRRAGA DE ESPARZA, M.: “Consideraciones acerca del derecho a la identidad de la persona natural y su régimen probatorio”, *LEX Nova*, N° 241, Colegio de Abogados del Estado Zulia, Año 2002,

PLAZA MARTÍNEZ, F.: *Situación jurídica del nasciturus: especial referencia al derecho a la identidad*, Tesis para optar al título de Doctora en Ciencias, Mención Derecho, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, consignado en septiembre 2016 (tutora: M. C. Domínguez G.).

POLES DE GRACIOTTI, A. y otros: *Manual de Derecho Civil Personas*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2011.

REY, R. N. y A. J. RINESSI: “La Clonación: un ataque a la identidad personal”, *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Septiembre 1997. (<http://www.jornadas-civil.org>).

ROJAS GONZÁLEZ, G.: *Manual de Derecho Civil*, Ecoe Ediciones, Bogotá, 2001.

RUEDA, N.: “Corrección del registro civil por ‘cambio de sexo’. A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?”, *Revista de Derecho Privado*, n° 30, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2016. (<http://www.uexternado.edu.co>).

SERRANO SUÁREZ, O. y H. LÓPEZ LÓPEZ: “Manipulación genética: innovaciones, retos y prospectiva en el derecho penal colombiano”, *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, enero-diciembre 2009. (<http://Dialnet>).

SILVERINO BAVIO P.: *Breves apuntes sobre la transexualidad y el derecho a la identidad personal*, (<http://revistapersona.8k.com>).

SPÓSITO CONTRERAS, E.: “Notas sobre la evolución del nombre civil”, *Revista de Derecho* n° 35, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2014, T. I, (<http://historico.tsj.gov.ve/>)

TORREALBA SÁNCHEZ, M. A.: *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1999. Análisis de la Jurisprudencia de la Sala Electoral*, Colección Nuevos Autores, n° 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo: *La persona y sus atributos*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, México, 2002. (<http://www.corteidh.or.cr>).

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. y M. SUMOY GETE-ALONSO: “La identidad sexual: la homosexualidad”, *Tratado de Derecho de la persona física*, Civitas/Thomsom Reuters (Direct M. GETE-ALONSO y CALERA/ Coord. J. SOLE RESINA), España, 2013, T. I.

VARELA CÁCERES, E. L.:

- “El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”, *Revista de Derecho*, n° 33, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2010.

- “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, n° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”, *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas* N° 134, Universidad Central de Venezuela, 2009.

- *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*, Serie Trabajos de Grado, n° 17, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008.

VILLAGÓMEZ RODIL, A.: *Aportación al estudio de la transexualidad*, Colección Jurisprudencia

Práctica, edit. Tecnos S.A., Madrid, 1994.

VILLAMAYOR, F.: “Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la Convención de los derechos del niño”. (<http://www.derecho.uba.ar>).

ZAMUDIO, T.: “El derecho de acceso a la verdad genética”, en *Historia de los Bio-Derechos y del Pensamiento Bioético*. (<http://www.bioetica.org>).

ZERPA, L.I.: *Derecho Civil I Personas*. Guía y Materiales para su Estudio por Libre Escolaridad, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1987.



O CRÉDITO COMPENSATÓRIO PREVISTO NO ARTIGO 1676, DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: O QUE O LEGISLADOR DISSE E O QUE REALMENTE QUIS DIZER

POST-DIVORCE COMPENSATORY AWARDS: THE DIFFERENCE BETWEEN WHAT THE LEGISLATOR SAID AND WHAT HE REALLY MEANT

DRA. SANDRA PASSINHAS
Profesora de Derecho Civil
Universidade de Coimbra
sandrap@fd.uc.pt

RESUMO: O presente artigo incidirá sobre o crédito compensatório que um dos cônjuges pode pedir ao outro em resultado da sua contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, nomeadamente, sobre a sua determinação em sede de partilha dos bens do casal, na formulação que lhe foi dada pela Lei 61/2008, de 31 de Outubro, que instituiu em Portugal o novo regime do divórcio.

PALAVRAS CHAVE: crédito compensatório; compensação; trabalho doméstico.

ABSTRACT: This article focuses on the post-divorce awards aiming at compensating the excessive contribution of one spouse for household and care activities. The spouse is entitled to a compensatory payment when, on family dissolution, only a very unbalanced partition of charges and benefits of marriage results is achieved.

KEY WORDS: compensatory payment; awards; household.

FECHA DE ENTREGA: 28/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.- II. O DEVER DE CONTRIBUIR PARA OS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR TAL COMO DESENHADO NO ARTIGO 1676 DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.- III. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 61/2008 NO QUE AO CRÉDITO COMPENSATÓRIO PELO EXCESSO DE CONTRIBUIÇÃO DIZ RESPEITO.- IV. OS CRITÉRIOS DE QUE DEPENDE A ATRIBUIÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO AO CÔNJUGE QUE CONTRIBUIU DE FORMA EXCESSIVA PARA OS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR.- V. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

Entre os deveres dos cônjuges, elencados no artigo 1672 do Código Civil português, encontra-se o dever de assistência que, tal como o legislador português o desenhou, apresenta duas vertentes: o dever de cada um dos cônjuges contribuir para os encargos da vida familiar e, no âmbito da separação de facto, o dever de alimentos. O presente artigo incidirá sobre aquela primeira vertente, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, nomeadamente, a sua avaliação em sede de partilha dos bens do casal, na formulação que lhe foi dada pela Lei 61/2008, de 31 de Outubro, que instituiu em Portugal o novo regime do divórcio.

O artigo 1676, n. 2, do Código Civil, estabelece que: “Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Como demonstraremos adiante no texto, esta norma foi pensada para restabelecer o equilíbrio entre os cônjuges, nas situações em que um deles se sacrificou excessivamente em prol da vida comum, isto é, renunciou à satisfação dos seus interesses individuais em favor da vida familiar, nomeadamente através de trabalho não remunerado¹.

Sempre que, em face dos efeitos patrimoniais do divórcio, agora desligados da declaração de culpa e recusando as sanções económicas que lhe iam associadas, um dos cônjuges sofrer um prejuízo patrimonial importante relativamente ao outro cônjuge - que, em virtude do alívio de que beneficiou ao longo da vida em comum, no período pós-divórcio vai ainda beneficiar do que foi acumulando ao longo da relação conjugal: o tempo para se retemperar e valorizar, para investir em si e eventualmente na sua vida profissional -, cabe

¹ Tal como usado no Inquérito Nacional aos Usos do Tempo de Homens e de Mulheres (INUT), financiado pelo Mecanismo Financeiro do Espaço Económico Europeu 2009-2014, na área de programa PT07 – ([Integração da igualdade de género e promoção do equilíbrio entre o trabalho e a vida privada](#)), o conceito de trabalho não pago refere-se às tarefas e responsabilidades exercidas no contexto dos agregados domésticos, sem qualquer contrapartida monetária. Consiste na chamada “lida da casa” e na prestação de cuidados a pessoas – crianças, jovens ou adultas – que deles necessitam; ou seja, consiste em tarefas domésticas e trabalho de cuidado. É neste sentido que o utilizamos.

ao juiz, em função das circunstâncias do caso concreto, arbitrar-lhe um crédito que atenua ou compense esse desequilíbrio.

II. O DEVER DE CONTRIBUIR PARA OS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR TAL COMO DESENHADO NO ARTIGO 1676 DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.

O artigo 1676, n. 1, do Código Civil português, inserido no âmbito dos deveres conjugais, determina que o dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

A respeito deste preceito cabe fazer três observações. A primeira prende-se com o facto de o dever de assistência não poder deixar de ser lido no conjunto dos deveres conjugais², em especial, está este dever intimamente relacionado com o dever de cooperação entre os cônjuges (o dever de partilhar as responsabilidades inerentes à vida familiar que constituíram juntos, num espírito de entajuda e de colaboração)³, mas também com o dever de respeito, na sua vertente positiva, no sentido de os cônjuges se deverem interessar, um pelo outro e pela família que criaram e constituem⁴. A modelação dos termos em que este dever vai ser concretizado na vida do casal, que será sempre dinâmica e sujeita a vicissitudes mais ou menos imprevisíveis, conjunturais ou até mesmo estruturais, convoca ainda o dever dos cônjuges de (tentarem) acordar sobre a orientação da vida em comum.

Em segundo lugar, cabe destacar o facto de o legislador ter estabelecido um dever recíproco dos cônjuges, o dever de partilharem entre si os encargos da vida familiar, que prescinde, todavia, de uma contribuição igual de cada um deles. A formulação legal é clara no sentido de essa contribuição ser devida “de harmonia com as possibilidades de cada

² O artigo 1672 CC determina que os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Cabe referir a este propósito ainda o artigo 1671, n. 1, que determina que pertencendo a direcção da família a ambos os cônjuges, devem estes acordar sobre a orientação da vida em comum. Relembre-se com PEREIRA COELHO, F. B.: “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. por G. OLIVEIRA), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 87, sobre os deveres conjugais, que “após a Reforma de 2008, deve reconhecer-se que passou a ser difícil descortinar nos deveres conjugais qualquer marca característica de um verdadeiro e próprio dever jurídico, tanto no plano das consequências indemnizatórias do seu incumprimento como no das correspondentes consequências ‘resolutórias’ (quer dizer, em matéria de divórcio)”. No mesmo sentido, CORTE REAL, C.: “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, cit., p. 117, sublinhando o cunho programático dos “deveres” dos cônjuges.

³ A propósito do dever de cooperação, escrevem LEITE DE CAMPOS, D./MARTINEZ DE CAMPOS, M.: “A comunidade familiar”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, cit., p. 15, que: “O amor/solidariedade na família assume radicalmente a característica do dar(-se). Cada um, sem renunciar a si mesmo, mais, sendo completamente e cada vez mais ‘amorosamente’ ele mesmo, vê em cada um dos outros o que precisa para ser completamente”.

⁴ Vide PINHEIRO, J. D.: *Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 383 e ss.

um”⁵, abstraindo de quantificações objectivas e deixando os cônjuges, na sua esfera privada, valorizarem subjetivamente o que cada um deles pode dar à relação, ao outro e à família que constituem, de acordo com o equilíbrio que em cada momento alcançam e aceitam. Não significa que o dever de contribuição não recaia sobre ambos os cônjuges, nem que se admita um esforço ou dedicação superior de um dos cônjuges; os dois estão obrigados à assistência e, se essa obrigação não é igual, ela é certamente paritária: cada um dos cônjuges deve contribuir proporcionalmente de acordo com as suas possibilidades e capacidades para o projecto comum de vida⁶.

Por último, sublinhe-se que cada um dos cônjuges pode cumprir o seu dever de contribuir para os encargos da vida familiar de duas formas: pela afectação dos seus recursos - rendimentos (frutos do capital) e proventos (ganhos do trabalho) - aos encargos da vida familiar e através do trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos. Os cônjuges acordarão⁷, pois, entre si, como cada um deles cumprirá aquela obrigação: pode um deles cumprir a obrigação através da afectação dos seus recursos aos encargos da vida familiar e o outro através do trabalho despendido no lar e na manutenção ou educação dos filhos, mas também podem os dois cumprir a obrigação de ambas as formas⁸.

O legislador português não consagrou um tratamento diferente para cada um dos cônjuges, estereotipado em função do género, o que já não seria possível em face do princípio da igualdade dos cônjuges, consagrado no artigo 1671.º do Código Civil e resultante de imposição constitucional⁹, nem faria sentido face à admissão legal do

⁵ No mesmo sentido o artigo 214 do Código Civil francês: “Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives”. Note-se que também neste ordenamento jurídico, o artigo 270 do Code prevê que um dos cônjuges pague ao outro uma indemnização para compensar, na medida do possível, a disparidade que a ruptura do casamento provoca nas suas condições de vida. Sobre o pagamento da prestação compensatória, em dinheiro ou através da transferência de bens materiais, vide PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 286 e ss.

⁶ Como ensinam PIRES DE LIMA, A./ANTUNES VARELA, J.: *Código Civil Anotado IV*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1992, p. 269, a contribuição individual de cada cônjuge mede-se, não por um critério de igualdade, mas por um princípio de proporcionalidade sobre as suas possibilidades reais. No mesmo sentido, ARAÚJO DIAS, C.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 59: “cada um dos cônjuges está obrigado a concorrer, proporcionalmente aos seus rendimentos e à sua capacidade de trabalho, para a manutenção do trem de vida de ambos, para os sustento dos filhos e restantes encargos da vida familiar”.

⁷ Os já referidos acordos sobre a orientação da vida em comum estão previstos no artigo 1671, n. 2, do Código Civil. Segundo a melhor doutrina, são acordos que não geram obrigações susceptíveis de execução em forma específica, dada a sua natureza estritamente pessoal, nem estão sujeitos ao princípio geral de que os contratos só podem modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes (artigo 406). Podem ser revogados unilateralmente, por qualquer dos cônjuges e a todo o tempo, não só quando se modifiquem as circunstâncias em que um e outro fundaram a sua vontade de fazer o acordo, mas também quando se modifique o juízo ou avaliação que algum dos cônjuges faça dessas circunstâncias. Cfr. PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, 5.ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 404.

⁸ Para desenvolvimentos, PINHEIRO, J. D.: *Direito da Família Contemporâneo*, cit., pp. 387 e ss.

⁹ O princípio da igualdade dos cônjuges, inscrito no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 12 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é um dos princípios constitucionais do Direito da Família português. O artigo 36, n. 3, da Constituição da República

casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁰. Todavia, a realidade sociológica demonstra que, em Portugal, à semelhança de muitos outros países europeus¹¹, predomina o modelo da mulher como única ou principal cuidadora do lar e dos filhos, exercendo ou não uma actividade profissional remunerada¹². A disciplina constante do 1676, n. 1, que foi introduzida pela Reforma de 1977¹³, revestiu-se, pois, de importante valor simbólico: o reconhecimento pelo legislador de que o trabalho doméstico, o trabalho prestado por cada um dos cônjuges no governo da casa e na criação dos filhos, tem valor económico, do mesmo modo que o tem o trabalho profissional, eliminando juízos de desvalor relativamente ao trabalho no lar e abandonando uma concepção familiar em que o homem ganha-pão surge como o sustento da família e, consequentemente, como o seu dirigente.

Portuguesa, consagra que: “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”, formulação só aparentemente redutora, na medida em que esta norma é um corolário do princípio da igualdade consagrado no artigo 13, n. 2, que proíbe a discriminação em razão do sexo. Como escrevem PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 398: “O homem e a mulher são iguais perante a lei (art. 13.º, n.º 2) e não deixam de o ser (é esse o alcance do art. 36.º, n.º 3) pelo facto de serem casados um com o outro”. Sobre a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges, veja-se BELEZA, M. L.: “Os efeitos do casamento”, em ORDEM DOS ADVOGADOS: *Reforma do Código Civil*, 1981, pp. 100 e ss; SOTTOMAYOR, M. C.: “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 88 e ss e, na perspectiva patrimonial, MILES, J.: “Responsibility in Family Finance and Property Law”, in BRIDGEMAN, J./KEATING, H./LIND, C. (eds): *Regulating Family Responsibilities*, Ashgate, 2008, pp. 91 e ss.. Acrescente-se ainda com PINHEIRO, J. D.: *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 120, que, à semelhança do que sucede com o princípio geral da igualdade, o princípio da igualdade entre os cônjuges é susceptível de ser compreendido em sentido positivo e em sentido negativo. No último sentido, o princípio impede que a lei privilegie ou discrimine um cônjuge face ao outro em razão do sexo. Na acepção positiva, impõe um tratamento justificadamente igual ou desigual dos cônjuges. Nesta última óptica, o princípio da igualdade dos cônjuges torna-se permeável à finalidade da igualdade real, admitindo assegurá-la através do tratamento igual dos cônjuges em situações desiguais ou do tratamento desigual dos mesmos em situações iguais. Em concreto, o princípio da igualdade dos cônjuges assume uma dimensão positiva-material.

¹⁰ O direito português consagrou o casamento entre pessoas do mesmo sexo pela Lei 9/2010, de 31 de Maio. De acordo com o artigo 1577, o casamento é hoje “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”, nos termos das disposições do Código Civil.

¹¹ De acordo com o Relatório da ONU “[Progress of the World’s Women 2015-2016: Transforming Economies, Realizing Rights](#)”, de 2015. Veja-se ainda ANDRESS, H.J./ HUMMELSHEIM, D.: *When Marriage Ends, Economic and Social Consequences of Partnership Dissolution*, Elgar, 2009, para um estudo comparativo.

¹² Este elemento, como veremos, foi determinante para a introdução da figura do crédito compensatório após a extinção do matrimónio, e revelar-se-á essencial para a sua compreensão.

¹³ Referimo-nos ao Decreto-Lei 496/77, de 25 de Novembro, que veio adaptar o Código Civil à Constituição da República Portuguesa de 1976, aprovada na sequência da Revolução de 25 de Abril de 1974. Na versão inicial do Código, lia-se no artigo 1677, com a epígrafe “Governo doméstico”: “1. Pertence à mulher, durante a vida em comum, o governo doméstico, conforme os usos e a condição dos cônjuges. 2. Ambos os cônjuges devem contribuir, em proporção dos respectivos rendimentos e proventos, para as despesas domésticas correspondentes à condição económica e social da família; se o marido não entregar o que lhe é devido para este efeito, pode a mulher exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do marido, que o tribunal fixar”.

Todavia, o n. 2 do mesmo preceito viria a introduzir uma importante limitação prática à avaliação concreta das contribuições dos cônjuges, ao determinar que: “Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação”. Sendo que, em 1977, o desajuste mais frequente era aquele de a mulher não exercer ou renunciar a uma actividade profissional, o cônjuge que contribuisse para os encargos da vida familiar de forma que excedesse a parte que lhe pertencia -entenda-se, o cônjuge cuja contribuição fosse proporcionalmente superior à do outro porque, eventualmente, houvesse feito um sacrifício maior, um esforço mais intenso em prol da vida familiar- via presumida a sua renúncia a exigir do outro a correspondente compensação. Esta presunção era elidível, nos termos do artigo 350, n. 2, do Código Civil, mediante prova em contrário. Mas esta prova, de facto negativo, para além de ser difícil, recaía sobre o cônjuge fragilizado e desgastado por uma vida de contribuição excessiva¹⁴. Daí a necessidade que o legislador sentiu, aquando da aprovação do novo regime do divórcio, de alterar o regime legal também neste ponto.

III. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 61/2008 NO QUE AO CRÉDITO COMPENSATÓRIO PELO EXCESSO DE CONTRIBUIÇÃO DIZ RESPEITO.

Entretanto, muitos anos após a Reforma de 1977¹⁵, a entrada das mulheres no mercado de trabalho, e a sua transformação de cuidadoras do lar em profissionais que contribuem com os seus proventos para a vida familiar, não teve o corresponsivo inverso: os homens não se tornaram, nem na mesma medida, nem à mesma velocidade, cuidadores e responsáveis pelo trabalho doméstico. O que gerou um outro fenómeno: ao lado das mulheres que nunca exerceram ou que renunciaram a uma actividade profissional para se dedicarem ao governo da casa e à manutenção e educação dos filhos, temos um grande número de mulheres que acumulam o trabalho profissional remunerado com as lides domésticas e o cuidado dos vulneráveis (para além dos filhos, surgem agora os idosos, em resultado do aumento da esperança de vida). Mas este acumular –segundo o já citado Relatório da ONU, em 2015, a taxa de participação na população activa era, em Portugal, para as mulheres de 54,9% contra 66,2% de homens (representando, todavia, um acréscimo, pois, em 1990 o valor era de 49% para 72,3%)- não é feito sem prejuízo das

¹⁴ Cfr. PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, cit., p. 523.

¹⁵ TOMÉ, M. J.: “Reflexões sobre a atribuição de alimentos entre ex-cônjuges”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, cit., p. 585, relembra que se verifica, na verdade, uma desigualdade significativa de contributos para a vida familiar, apesar de a realidade portuguesa estar longe do modelo do “casamento da dona de casa”. O trabalho realizado na família não é juridicamente valorizado de forma adequada. O reconhecimento do valor do cuidado dos dependentes e da gestão doméstica é recente. Por isso, segundo a autora, a lei estabelece a possibilidade de atribuição de créditos de compensação sempre que se verificar uma assimetria entre os cônjuges nas contribuições para os encargos da vida familiar. Procura evitar-se o agravamento de situações de desigualdade e assimetria entre cônjuges, protegendo-se a parte mais fraca. Nas palavras de CORTE REAL, C.: “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, cit., p. 114, a desigualdade entre os cônjuges só aparentemente foi superada pela Reforma do Código Civil de 1977: “porque não só a sociedade ainda não assimilou adequadamente tal igualdade, como porque na própria leitura do Código Civil se podem entrever resquícios dessa situação anterior, ainda residual”.

suas aspirações profissionais e sem sacrifício dos seus interesses e valorização pessoais e sociais.

Com a reforma do regime do divórcio, produto da Lei 61/2008, de 31 de Outubro, o legislador atendeu a esta realidade¹⁶ e o artigo 1676, n. 2, veio a sofrer uma modificação profunda na sua redacção, que agora lê da forma que se segue: “Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação”.

Assim, em primeiro lugar, note-se que o legislador eliminou a presunção de renúncia constante da anterior formulação do n. 2. Caberá, agora, ao cônjuge prejudicado e que

¹⁶ Na Exposição de motivos ao Projecto de Lei 509/X, que introduziu as alterações ao regime jurídico do divórcio pode ler-se, a propósito deste preceito que: “Trinta anos depois da entrada em vigor da Reforma do Código Civil de 1977 é hoje ainda evidente que a igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento, aí consagrada, não corresponde a igualdade de facto. Inúmeros são os indicadores que nos revelam essa desigualdade, obviamente não exclusiva da situação portuguesa. Limitamo-nos aqui apenas a sublinhar um desses indicadores que evidencia a desigualdade de contributos entre homens e mulheres para a vida familiar. De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008 das Nações Unidas, Portugal é dos países, entre os de desenvolvimento humano elevado, com maior assimetria em desfavor das mulheres em horas de trabalho dentro e fora do mercado: elas despendem, com efeito, mais de uma hora e meia por dia do que os homens. Estes diferenciais de tempo já tinham sido também detectados em duas pesquisas realizadas em Portugal, que, realizadas por equipas separadas, chegaram às mesmas conclusões: somando as horas de trabalho pago com as dos cuidados com a família, as mulheres portuguesas contribuem directamente com mais horas de trabalho do que os homens. Outros dados revelavam ainda que 70% das mulheres no nosso país contribuíam financeiramente de forma decisiva para o orçamento familiar. Por último, são também as mães portuguesas aquelas que mais horas trabalhavam para o mercado de trabalho em toda a União Europeia a quinze. Está longe, da realidade portuguesa assim, o modelo de divisão do trabalho familiar que atribui ao homem papel exclusivo de provedor da família e à mulher o de ser apenas cuidadora do lar e dos filhos. Mas insista-se em que o trabalho realizado pelas mulheres no contexto familiar, hoje acumulado com o trabalho que desempenham no exterior, não é valorizado no contexto do casamento e permanece ainda mais invisível quando surge o divórcio. Ora, o reconhecimento da importância decisiva para as condições de vida e equilíbrio da vida familiar dos contributos da chamada esfera reprodutiva, isto é, dos cuidados com os filhos e do trabalho doméstico, é uma aquisição civilizacional recente que carece ainda de ser verdadeiramente incorporada, quer na realidade quotidiana, quer na percepção política e jurídica. Se muitas vezes no plano dos princípios se está pronto a considerar a maternidade e a paternidade como valores sociais eminentes (art. 68º da Constituição) é necessário promover a sua plena concretização. É por ter em consideração esta falta de reconhecimento e as assimetrias que lhes estão implícitas, que o projecto apresentado estabelece, nas consequências do divórcio, a possibilidade de atribuição de créditos de compensação, sempre que se verificar assimetria entre os cônjuges nos contributos para os encargos da vida familiar. Com efeito, sabe-se que as carreiras profissionais femininas são muitas vezes penalizadas na sua progressão porque as mulheres, para atender aos compromissos familiares, renunciam por vezes a desenvolver outras actividades no plano profissional que possam pôr em causa esses compromissos. Ora quando tais renúncias existem, e por desigualdades de género não são geralmente esperadas nem praticadas no que respeita aos homens, acabam, a prazo, por colocar as mulheres em desvantagem no plano financeiro. Admite-se por isso que no caso da dissolução conjugal seria justo “que o cônjuge mais sacrificado no (des)equilíbrio das renúncias e dos danos, tivesse o direito de ser compensado financeiramente por esse sacrifício excessivo” (in, Guilherme Oliveira, (2004), “Dois numa só carne”, in *Ex aequo*, n.º 10.)”.

pretenda exigir do outro a correspondente compensação o ónus de provar os factos constitutivos da sua pretensão, de acordo com as regras gerais do ónus da prova: que a sua contribuição para os encargos da vida familiar foi consideravelmente superior ao previsto no n. 1 da mesma norma, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, com prejuízos patrimoniais importantes.

Em segundo lugar, o legislador de 2008 alterou o teor do n. 3 do artigo 1676¹⁷, para clarificar que o crédito compensatório “só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”. Sendo exigível apenas no momento da dissociação familiar, afasta-se, pois, a sua exigibilidade nas hipóteses de separação de meações nos bens comuns em caso de execução movida contra um dos cônjuges¹⁸ ou as situações de insolvência individual¹⁹. Mas poderemos ainda considerar abrangida no alcance desta norma a partilha subsequente a uma declaração de nulidade ou anulação de um casamento. É concebível que sejam susceptíveis de gerar um crédito compensatório a favor de um dos cônjuges que contribuiu de forma consideravelmente superior para os encargos da vida familiar, os efeitos putativos de um casamento declarado nulo ou anulado²⁰: os casamentos que sofram de uma invalidade podem ter uma duração suficientemente longa que revele uma contribuição desequilibrada de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar. Pense-se, por exemplo, na acção de anulação fundada na existência de casamento anterior não dissolvido, que pode ser instaurada até seis meses depois da anulação do casamento (não podendo, todavia, ser instaurada, nem prosseguir, enquanto estiver pendente acção de declaração de nulidade ou anulação do primeiro casamento do bígamo), ou na acção fundada em vício da vontade, que pode ser instaurada nos seis meses subsequentes à cessação do vício. A solução apresentada encontra conforto na própria localização sistemática da previsão do crédito compensatório, que está fora da subsecção IV da Secção relativa ao divórcio, que abrange os artigos 1788 a

¹⁷ O n. 3 da redação anterior passou a n. 4, mantendo o seu conteúdo: “4. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar”.

¹⁸ Cfr. a separação de bens na penhora em execução movida contra um só dos cônjuges, nos termos do artigo 740 do Código de Processo Civil.

¹⁹ Cfr. o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-lei 53/2004, de 18 de Março, sobre o direito do cônjuge de separar da massa insolvente os seus bens próprios e a sua meação nos bens comuns.

²⁰ Nos termos do artigo 1627 do Código Civil, o casamento civil pode ser inexistente ou anulável. Ao contrário do casamento inexistente, que não produz quaisquer efeitos, o casamento anulado produz os efeitos putativos estabelecidos nos artigos 1647 e 1648. Assim, nos termos do artigo 1647, n 1, o casamento civil anulado “quando contraído de boa fé por ambos os cônjuges, produz os seus efeitos em relação a estes e a terceiros até ao trânsito em julgado da respectiva sentença”. Acrescenta o n 2 que “se apenas um dos cônjuges o tiver contraído de boa fé, só esse cônjuge pode arrogar-se os benefícios do estado matrimonial e opô-los a terceiros, desde que, relativamente a estes, se trate de mero reflexo das relações havidas entre os cônjuges”. A boa fé, que consiste em ter contraído o casamento na ignorância desculpável do vício causador da nulidade ou anulabilidade, ou cuja declaração de vontade tenha sido extorquida por coacção física ou moral, presume-se, nos termos do artigo 1648, ns. 1 e 3. O casamento católico declarado nulo (pelos tribunais e repartições eclesiásticas, nos termos dos artigos 1625 e 1626 do Código Civil, que concretizam a repartição de competências acordada na Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé em 18 de Maio de 2004, que substituiu a anterior Concordata de 7 de Maio de 1940) também produz os seus efeitos até ao averbamento da decisão, desde que haja sido transcrito no registo civil. A determinação da boa fé, todavia, é da exclusiva competência dos tribunais do Estado.

1793, para surgir regulamentada a propósito do cumprimento do dever de assistência, do cumprimento do dever de contribuir para os encargos da vida familiar. Embora possam ser poucos os casos em que o crédito compensatório venha a ser atribuído, e apesar de não se aplicar nos mesmos termos em que ocorrerá no divórcio –considerando que o novo regime do divórcio instituído em 2008 veio abstrair a dissolução do casamento de qualquer declaração de culpa e das sanções patrimoniais a ela associadas, e que os efeitos do casamento putativo decorrentes da declaração de nulidade ou da anulação do casamento, todavia, protegem o cônjuge de boa fé, que se pode arrogar os benefícios do estado matrimonial e até opô-los a terceiros, desde que, relativamente a estes, se trate de mero reflexo das relações havidas entre os cônjuges, eliminando ou atenuando o desequilíbrio que possa ter existido entre as contribuições dos cônjuges-, não nos parece que seja de afastar liminarmente a possibilidade de compensação ao cônjuge nos casos de dissociação familiar por invalidade do casamento²¹.

Em síntese, a compensação é, pois, feita após a extinção do casamento e terá, normalmente, lugar na partilha do património conjugal²². Será um incidente no processo de inventário com alguma complexidade, é certo, e em alguns casos a discutir nos meios comuns. Se não existir partilha, porque os cônjuges casaram no regime da separação de bens²³, o pedido do crédito compensatório será deduzido em acção autónoma. Por força do artigo 1689, n. 3, os créditos de cada um dos cônjuges sobre o outro são pagos pela meação do cônjuge devedor no património comum; mas, não existindo bens comuns, ou

²¹ Cremos, todavia, que este crédito não será exigível no momento da partilha conjugal após a morte de um dos cônjuges. Na verdade, após a morte, o outro cônjuge será herdeiro legitimário do *de cuius*, nos termos do artigo 2157 do Código Civil, pelo que participará necessariamente no seu património. E não se diga que excluir esta compensação quando o casamento se dissolve por morte será tratar desigualmente os cônjuges, nomeadamente, ignorando o excessivo sacrifício de um deles em favor da vida familiar. Na verdade, para além do facto de o de cuius ter a já aludida qualidade de herdeiro legitimário, o legislador de 2008, a outro propósito é certo, admitiu expressamente que o casamento possa ter um regime patrimonial distinto consoante a sua forma de dissolução. Cfr. OLIVEIRA, G.: “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 2010, n.º 13, p. 18, lembrando que o plano matrimonial não subsiste com o divórcio; mas subsiste até à morte.

²² Sobre a exigibilidade do crédito na partilha e não anteriormente, na acção de divórcio, é hoje pacífica a jurisprudência. Vide os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Abril de 2011 [Processo: 2604/08.4TMLS-B-A.L1-2]; do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de Outubro de 2011 [Processo: 1681/09.5TBBCL.G1]; e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Novembro de 2016 [Processo: 376-14.2TMFUN-A.L1-6], em cujo sumário se pode ler: “Tendo sido proposta acção de divórcio entre cônjuges casados sob o regime de separação de bens, porque inexistente partilha de bens comuns, o crédito de compensação previsto no art.º 1676.º n.º2 do Código Civil tem de ser exigido através dos meios comuns, em acção própria, em vez do processo de partilha, mas sempre depois do decretado o divórcio”.

²³ Como regra geral, vale o princípio da livre escolha do regime de bens estatuído no artigo 1698. Os cônjuges podem escolher um dos regimes um dos regimes tipificados na lei (o regime da comunhão geral de bens, o da comunhão de adquiridos e o da separação de bens) ou criar o seu próprio regime de bens. O artigo 1699, n. 2, determina que o casamento for celebrado por quem tenha filhos não poderá ser convencionalizado o regime da comunhão geral, nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no artigo 1772, n. 1, e o artigo 1720 determina que os casamentos urgentes (celebrados sem precedência do processo preliminar de casamento) e os casamentos celebrados por quem tenha completado sessenta anos de idade são imperativamente celebrados sob o regime da separação de bens. Na falta de convenção antenupcial, ou no caso da sua caducidade, invalidade ou ineficácia, vigora o regime supletivo da comunhão de adquiridos (artigo 1717). Neste regime, são comuns os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

sendo estes insuficientes, respondem os bens próprios do cônjuge devedor. Não há razão para o regime do crédito compensatório se desviar das regras gerais estabelecidas.

Vejamos de seguida quais os pressupostos para a atribuição, em concreto, de um crédito compensatório.

IV. OS CRITÉRIOS DE QUE DEPENDE A ATRIBUIÇÃO DO CRÉDITO COMPENSATÓRIO AO CÔNJUGE QUE CONTRIBUIU DE FORMA EXCESSIVA PARA OS ENCARGOS DA VIDA FAMILIAR.

O núcleo material do artigo 1676, n. 2, consiste em atribuir ao cônjuge, que contribuiu de forma consideravelmente superior ao previsto no n. 1 do artigo 1676 para os encargos da vida matrimonial, o direito a um crédito compensatório²⁴. O cônjuge tem a faculdade de exigir do outro a correspondente compensação se a sua contribuição para os encargos da vida familiar “for consideravelmente superior ao previsto no número anterior [o dever de contribuir para os encargos da vida familiar, relembramos, incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um], porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes”.

Esta norma tem, todavia, suscitado dúvidas várias e até diferentes compreensões na doutrina. A primeira questão que se levanta é, desde logo, a de saber quando se considera a contribuição de um cônjuge consideravelmente superior ao previsto no n. 1, do artigo 1676, sobretudo em face do critério aí apontado: um critério de proporcionalidade, em que cada um dos cônjuges deve contribuir na medida das suas capacidades e proporcionalidades.

O legislador veio esclarecer que a contribuição é superior ao exigível face ao dever de contribuir para os encargos da vida familiar, e está para além do expectável de cada um dos cônjuges, quando o cônjuge “renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum”. O critério para a compensação não é, pois, o da desigualdade da contribuição dos cônjuges, mas o do sacrifício da contribuição, o sacrifício de um dos cônjuges em prol da vida familiar. É este sacrifício, esta renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses, que vai ser objecto de compensação. Um dos cônjuges sacrificou-se mais: pelo outro, pelos filhos, pela família que construíram juntos, e esse sacrifício –repetimos, que não se confunde com a contribuição quantitativa de cada

²⁴ Nas palavras de CORTE REAL, C.: “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, cit., p. 114, a propósito deste preceito, “a nossa lei deixa latente vias de sustentação do estádio de não igualdade conjugal, não sendo o legislador inequívoco na assunção do seu próprio pensamento”. Cremos que esta norma atende, sobretudo, à vulnerabilidade das mulheres que, segundo DOUGLAS, G.: “Simple Quarrels? Autonomy vs. Vulnerability”, em PROBERT, R/BARTON, C. (eds.): *Fifty Years in Family Law – Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, pp. 218-219, tem uma dupla dimensão: as mulheres são as que estão numa situação económica mais difícil devido à estrutural desigualdade do mercado de trabalho e ao seu papel como cuidadoras e, por outro lado, devido à dinâmica emocional da relação com o outro cônjuge em virtude das escolhas e constrangimentos feitos ao longo da relação.

um dos cônjuges para os encargos da vida familiar, porque um dos cônjuges pode ter contribuído mais, financeiramente, e ainda assim se considerar que o outro foi o mais sacrificado em prol da vida em comum—, que consubstancia uma renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, é que gera a necessidade de uma compensação que venha repor o equilíbrio das contribuições.

Em cada caso concreto, em face da vivência de cada casal, cabe, pois, apreciar se verificou esse desequilíbrio. Afastado o critério da igualdade das prestações, o desequilíbrio entre as contribuições dos cônjuges pode ocorrer mesmo quando um deles teve a seu cargo os trabalhos domésticos, bem como a manutenção e educação dos filhos, enquanto o outro provia aos encargos através dos seus proventos ou rendimentos. Necessário é que o governo da casa e a actividade de cuidado, o trabalho não remunerado, tenham representado, no caso concreto, um sacrifício excessivo do cônjuge, pela renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum. Não será sempre assim, mas quando o for, impõe-se o arbitramento do crédito compensatório²⁵.

Abdicamos pois da consideração objectiva da contribuição: mais do que saber se ela excede substancialmente a contribuição que era exigida ao cônjuge em termos normais, de acordo com as suas possibilidades e capacidades, o que releva é o impacto que a renúncia dos interesses pessoais do cônjuge em favor da vida em comum tem na dinâmica daquele casal, ou seja, negativamente, nas aspirações e possibilidades do cônjuge renunciante, bem como, positivamente, nas possibilidades e realizações do cônjuge beneficiado.

Se esta avaliação é mais fácil de fazer nas situações de “tudo ou nada”, em que um dos cônjuges renuncia totalmente aos seus interesses em favor da vida em comum, ela não deixa de ser evidente também quando um dos cônjuges exerce uma actividade profissional remunerada e com os seus rendimentos contribui para os encargos familiares, ocupando, ainda, grande parte do seu tempo nas lides domésticas, no cuidado e educação dos filhos²⁶. O desequilíbrio revela-se, aqui, desde logo, quantitativamente. Efectivamente, nestas situações, um dos cônjuges contribui mais do que o outro²⁷. Mas, podemos

²⁵ Sublinhe-se que o legislador não pretendeu compensar a mera contribuição excessiva para os encargos da vida familiar, em particular o trabalho doméstico excessivo. A redacção do primitivo projecto de lei apresentava o seguinte texto: “2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja de contribuído além do que lhe competia; mas esse crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação”. Esta redacção, que compensava a contribuição excessiva, qua tale, mereceu duras críticas, até mesmo no veto presidencial. Com a redacção actual do preceito, o legislador pretendeu clarificar que se visa proteger o cônjuge que, para além do seu trabalho fora do lar, tem a seu cargo a totalidade ou grande parte das tarefas domésticas.

²⁶ Ainda LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 49, considera, contudo, “que a ‘renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum’ pode ter a ver, não apenas com o chamado ‘trabalho doméstico’ mas, em sentido mais vasto, com outras formas de colaboração familiar —não remunerada— como a colaboração na profissão do outro cônjuge ou na ‘empresa familiar’”.

²⁷ De acordo com o já referido Inquérito Nacional aos Usos do Tempo de Homens e de Mulheres, em Portugal, as mulheres apresentam em média mais duas horas de trabalho diário não pago: na faixa etária dos 25 aos 44 anos, 5h28m por dia contra 3h06m para os homens; na faixa etária dos 45 aos 64 anos, 4h32m contra 2h36m). Relativamente às crianças, são as mulheres que dedicam mais tempo a acompanhá-las nas actividades diárias ou não (ginástica, festas, consultas médicas), no ler, brincar e conversar, no

indagar, continua a ser o mesmo o fundamento da compensação? Continuamos a falar do sacrifício de um dos cônjuges, da renúncia aos seus interesses em prol da vida familiar? Cremos que sim; a desigualdade quantitativa que se verifica não deixa de consubstanciar uma renúncia aos interesses pessoais do cônjuge, que podem não ser apenas profissionais (e sê-lo-ão ainda, se o encargo ou a sobrecarga do trabalho doméstico impedir o cônjuge de fazer uma formação profissional ou académica pós-laboral), mas também de formação pessoal, de lazer ou culturais.

É certo que o legislador, ainda no n. 2, exemplificou a renúncia de forma excessiva à satisfação dos interesses do cônjuge em favor da vida em comum, que traduz uma contribuição consideravelmente superior à prevista no n. 1, e portanto geradora do direito à compensação, com o interesse do cônjuge à vida profissional. Não é, todavia, a renúncia à vida profissional, em face da formulação exemplificativa do legislador, o único factor que pode representar uma renúncia excessiva à satisfação dos interesses pessoais do cônjuge em favor da vida em comum. Outros interesses, que não os profissionais, podem traduzir um sacrifício excessivo de um dos cônjuges em razão da vida familiar (imagina-se um cônjuge que se afastou geograficamente dos seus progenitores porque a família mudou de residência em função das necessidades profissionais do outro; ou o cônjuge que se dedicou ao cuidado dos filhos do outro²⁸, com prejuízo dos seus interesses pessoais). Como reconhece GUILHERME DE OLIVEIRA²⁹, autor do projecto: “Haverá um crédito de compensação quando um cônjuge excedeu manifestamente o seu investimento na vida em comum, quando um cônjuge desinvestiu na sua vida pessoal em favor do casamento, mais do que seria exigível – caso do cônjuge que não acabou os estudos, que não fez cursos de formação profissional, que abandonou o emprego, que aceitou um emprego em tempo parcial, que aceitou um emprego pior mais perto de casa, que não pôde aceitar uma promoção que implicaria a sua deslocação para uma filial afastada, e que por qualquer destas razões fez descontos mais modestos para a segurança social e terá uma reforma menor”. Mas o autor sublinha ainda que: “Em regra, o desinvestimento na vida pessoal implica ainda o afastamento das pessoas amigas, e o abandono de outras práticas de lazer”.

acompanhamento escolar e no cuidar em sentido estrito (dar de comer, dar banho, etc). Segundo o estudo, coordenado pela investigadora do CESIS Heloísa Perista, em todos os grupos etários são as mulheres que dedicam mais tempo às tarefas domésticas e prestação de cuidados a menores e pessoas dependentes. Também “a partilha do cuidado e a articulação entre responsabilidades parentais e trabalho pago são domínios que, apesar de uma crescente 'reivindicação' por parte dos homens do seu direito à paternidade, ainda evidenciam a persistência de desigualdades de género”. São ainda as mulheres quem mais sente as implicações das responsabilidades parentais no emprego.

²⁸ Nos Maintenance Principles dos American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, prevê-se um crédito suplementar quando um dos cônjuges desenvolveu uma especial actividade de cuidado dos filhos do casal ou dos filhos do outro cônjuge. A Secção 5.06 (2) presume o direito ao crédito quando: “1) the marriage has produced children, or when either spouse has children; 2) these minor children have lived with the claimant for a minimum period specified in a rule of statewide application; and 3) the claimant has a substantially lower earning capacity than the other spouse”. Ver BRIAN, P. E.: “Vacant Premises?: The ALI Principles of the Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women”, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 2001, n.º 8, p. 168. Para uma análise crítica, vide WILSON, R. F.: *Reconceiving the Family: Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, CUP, 2006.

²⁹ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, cit., p. 422.

Definido assim o âmbito do sacrifício do cônjuge (a renúncia excessiva aos seus interesses pessoais, profissionais ou outros) cabe ainda dizer algo sobre o alcance da expressão “renúncia”. Alguma doutrina, partindo de uma visão analítica, tem considerado que a norma exige a renúncia a uma vida profissional³⁰. Não cremos que assim seja. O que o legislador exige, como critério fundante, é a renúncia de forma excessiva à satisfação dos interesses pessoais do cônjuge em favor da vida em comum, incluindo entre esses interesses, como já referimos, o interesse a uma vida profissional. A renúncia pressuposta para a atribuição de um crédito compensatório é a renúncia ao interesse pessoal do cônjuge em favor da vida em comum, renúncia essa que importa sacrifício. Ao seu interesse pessoal é que o cônjuge renuncia: seja porque não vai ingressar no mercado trabalho, seja porque ingressou e saiu (acontece muitas vezes na gestação de risco ou quando a criança requer especiais cuidados de saúde), seja porque nele se mantém mas com menor competitividade³¹.

Por último, cabe apreciar o significado da referência do legislador à contribuição que, sendo consideravelmente superior ao previsto no dever de contribuir para os encargos da vida familiar de harmonia com as possibilidades de cada um, pressupõe uma renúncia excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, “com prejuízos patrimoniais importantes”³². É certo que o legislador veio restringir o âmbito da

³⁰ D’ALMEIDA RAMIÃO, T.: *O divórcio e questões conexas, Regime jurídico actual*, Quid Iuris, Lisboa, 2009, p. 105, escreveu que: “Tem é de haver renúncia, e esta tem de ser excessiva. Se não houver renúncia ou esta não for excessiva, não há lugar a compensação. O que significa que só se renuncia ao que existe ou tem grandes possibilidades de existir. Renunciar significa desistir, abdicar. O cônjuge que não exerce nem nunca exerceu qualquer actividade profissional, porque sempre se ocupou do lar e educação dos filhos, por vontade e gosto próprios (...) ou porque exerceu essa actividade profissional e ficou em situação de desemprego involuntário, não se pode considerar que renunciou à sua actividade profissional”. E ainda: “o legislador não quis remunerar o trabalho doméstico enquanto tal, ainda que excessivo, mas apenas quando esse trabalho doméstico, excessivo, é motivado por uma renúncia à satisfação dos seus interesses, nomeadamente à actividade profissional. O cônjuge podia, e até tem habilitações profissionais, exercer uma actividade profissional e auferir rendimentos, mas abdicou em favor da vida em comum e, por isso, tem direito a ser compensado desse prejuízo, porque fica em desvantagem económica em relação ao outro cônjuge, após o divórcio (incluindo a separação judicial de pessoas e bens)”. Seguimos o autor na ideia de que o legislador não quis remunerar o trabalho doméstico enquanto tal, ainda que excessivo. Entendemos, todavia, que o crédito compensatório é estabelecido em função do sacrifício de um dos cônjuges, que gera desequilíbrio, não da renúncia *qua tale*.

³¹ Superamos assim as dúvidas de ARAÚJO DIAS, C.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, cit., p. 69, expressas do seguinte modo: “se o cônjuge nunca exerceu qualquer profissão nem tem habilitações para tal, nunca tendo desistido de nada, não terá direito a essa compensação ainda que os restantes pressupostos estejam preenchidos? Não terá sido essa a intenção do legislador, mas não ficou a mesma plasmada na lei. Talvez o melhor tivesse sido referir simplesmente o trabalho doméstico sem esta expressão confusa utilizada na nova redacção dada ao n.º 2 do art. 1676.º”. D’ALMEIDA RAMIÃO, T.: *O divórcio e questões conexas*, cit, p. 104, com a mesma dificuldade, sugere que se admitam as situações em que o cônjuge não exerce ainda qualquer actividade profissional, mas que frequenta e pretende concluir um curso superior ou um curso de formação e valorização profissional com vista a iniciar actividade profissional. Abrange ainda o cônjuge que abdica de cargo de chefia na empresa, para que foi convidado, por implicar menor disponibilidade de tempo para poder cuidar dos filhos e executar o trabalho doméstico, ou exercer a sua profissão noutra empresa, melhor remunerada.

³² A data limite a ter em conta para o cálculo desses prejuízos terá de ser aquela em que cessaram as relações patrimoniais entre os cônjuges. Nos termos do artigo 1789.º, sobre os efeitos do divórcio: “1. Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, mas retrotraem-se

compensação. De forma consistente com a exigência de uma contribuição consideravelmente superior de um dos cônjuges, o legislador determinou que os prejuízos têm de ser importantes, quer no sentido de serem ostensivos, quer no sentido de serem especialmente relevantes para quem os sofreu³³.

Para determinar o que se entende por “prejuízos patrimoniais importantes” temos de deixar de lado uma exegese analítica do preceito, para procurarmos indagar o que verdadeiramente o legislador pretendeu ao criar esta figura inovadora na ordem jurídica portuguesa³⁴. Se consideramos, como ensina CASTANHEIRA NEVES³⁵, que o objecto da interpretação jurídica não é o objecto formalmente significativo, mas o objecto intencionalmente jurídico-normativo, para uma correcta e adequada interpretação deste preceito normativo, não podemos ignorar que a Reforma de 2008, no âmbito da qual surgiu esta disposição, veio alterar profundamente o regime jurídico do divórcio em Portugal, ao colocar os afectos no centro da relação matrimonial, e ao determinar a dissolução do vínculo quando os laços de rompem e o casamento deixa de ser fonte de realização e satisfação dos cônjuges³⁶. Consagrou-se no ordenamento jurídico português o sistema de divórcio ruptura, em que o fundamento do divórcio é a falência da comunhão conjugal, e em que, na dissolução do casamento, se abstrai de qualquer declaração de culpa, bem como das sanções patrimoniais acessórias aplicadas em função da determinação dessa culpa. O legislador actuou, assim, em vários níveis, nomeadamente em termos de partilha³⁷, estabelecendo o artigo 1790.º que “em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos”, na perda de benefícios, pois nos termos do artigo 1791.º “cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento”, sem esquecer o regime da reparação de danos³⁸ e até o de

à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges. 2 - Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado. 3. Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença”.

³³ O que pode não acontecer, por exemplo, quando um dos cônjuges renunciou a uma actividade profissional, mas em contrapartida beneficiou de um nível de vida, em função dos proventos do outro, que de outro modo estaria completamente fora do seu alcance.

³⁴ Como LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio*, cit., p. 48, “Penso que se consagrou uma figura totalmente inovadora, que envolve principalmente a intenção de reforçar e concretizar a valorização do trabalho feminino no contexto da família e as óbvias renúncias a ela inerentes”

³⁵ CASTANHEIRA NEVES, A.: “Interpretação jurídica”, em *Digesta*, Escritos acerca do Direito, de Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Coimbra Editora, 1995, p. 341.

³⁶ PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada de família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, n.º 3 bis, pp. 167 e ss.

³⁷ Sobre as mudanças na sociedade (como o número de divórcios, o novo casamento, a participação da mulher no local de trabalho) que afectam as consequências económicas do divórcio, ver OLDHAM, J. T.: “Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958-2008”, *Fam. L. Q.* 2008-2009, vol. 42, pp. 420 e ss. Em geral, vide DNES, A. W./ROWTHORN, R.: *The Law and Economics of Marriage & Divorce*, CUP, 2004.

³⁸ A Reforma de 2008 deslocou os aspectos indemnizatórios do divórcio da acção de divórcio para uma acção autónoma e consequentemente dos tribunais de família para os tribunais comuns. É esta a norma

alimentos³⁹. Em todos estes efeitos do divórcio, deixou de ser relevante a culpa de um dos cônjuges na ruptura do casamento, ou a medida em que da dissolução resultam defraudadas as expectativas de um dos cônjuges na manutenção de uma vida em comum. A liberdade pessoal dos cônjuges requer que cada um deles possa pedir o divórcio, unilateralmente, contra a vontade do outro, se demonstrar que se romperam os laços afectivos, que o casamento como projecto de felicidade fracassou. E isto sem ter os esteios das sanções patrimoniais a dificultarem ou a enfraquecerem o exercício da sua livre escolha, a auto-determinação no que ao seu percurso afectivo diz respeito.

Mas, se assim é, não esqueceu o legislador que há casamentos em que as contribuições dos cônjuges para a vida comum, para o governo do lar, para a educação e o cuidado dos filhos, foram manifestamente desequilibradas, porque exigiram da parte de um deles um maior (e pesado) sacrifício dos seus interesses pessoais em favor da vida em comum. E esse sacrifício deve ser compensado após a extinção do casamento, em sede de partilha ou em acção autónoma, para repor algum equilíbrio entre os cônjuges. Para que ambos estejam numa situação paritária (não de igualdade, porque essa não será normalmente possível) no momento do relançamento da sua vida: que um deles não leve consigo todo o peso da relação conjugal anterior ou, pelo menos, não o leve sem uma compensação pelo excesso de sacrifício. Os “prejuízos patrimoniais importante” despem-se, pois, das vestes dogmáticas de uma quantificação objectiva, para assumirem um cariz relativo: os prejuízos de um dos cônjuges serão medidos pela bitola do enriquecimento, correspectivo, do outro cônjuge⁴⁰. Esta é a interpretação, a nosso ver, mais adequada: aquela cujo objecto não é o texto da lei como texto (o sentido que no texto se exprime, esse sentido em termos hermenêuticos gerais, mas a norma que esse texto pretende manifestar (o sentido formativo que através do texto se intenciona)⁴¹.

A tarefa do julgador consiste agora, sobretudo, na articulação das consequências do divórcio, de modo a assegurar, tanto quanto possível, o máximo de protecção dos sujeitos considerados merecedores de especial tutela, com o mínimo de sacrifício de tal

do artigo 1792, n. 1, ainda que o n. 2 excepcione os casos em que o divórcio tem como causa a alteração das faculdades mentais do outro (com o fundamento da alínea b) do artigo 1781.), em que, nesse caso, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio. Com esta medida, os cônjuges encontrar-se-ão no tribunal a discutir as questões indemnizatórias não como ex-cônjuges, mas como lesante e lesado.

O legislador não tomou posição, por exemplo, quanto à questão de sabermos se, à luz da configuração actual do regime, a dissolução do casamento é um facto gerador da obrigação de indemnizar, ou se a violação de um dever conjugal, por exemplo o dever de fidelidade, é susceptível de ser indemnizável. Nas palavras de OLIVEIRA, G.: “A nova lei do divórcio”, cit., p. 21, “serão os tribunais a dar corpo ao regime”.

³⁹ Os alimentos entre ex-cônjuges estão regulados nos artigos 2016 e ss. A Reforma de 2008 veio alterar estas disposições quer quanto à titularidade dos alimentos, quer quanto ao montante dos mesmos. No que à titularidade diz respeito, estabelece o artigo 2016, n. 1, como princípio, que cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio. O n. 2 veio agora consagrar que qualquer dos cônjuges (e não apenas aquele que não foi declarado único ou principal culpado) tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio. OLIVEIRA, G.: *idem*, p. 29, refere que o direito a alimentos se aproximou “da sua natureza mais pura – a intenção de socorro de quem tem necessidades que não consegue suprir ainda que este necessitado tenha sido, porventura, o responsável ou o mais responsável pela falência do casamento”.

⁴⁰ Estamos, pois, de acordo com SILVA, J.G.: *As implicações patrimoniais do novo regime do divórcio*, CEJ, 2014, p. 104.

⁴¹ Citamos CASTANHEIRA NEVES, A.: “Interpretação jurídica”, cit., p. 341.

liberdade⁴². Se o divórcio não é uma forma de enriquecimento, o seu regime patrimonial também não deve conduzir ao empobrecimento de um dos cônjuges. O sentido de compensação visa “corrigir uma distorção, de recuperar o equilíbrio, de contrabalançar a diferença entre as contribuições efectuadas durante a vida em comum”⁴³. Mais do que saber quanto é que o cônjuge deixou de ganhar, ou poderia ter ganho, o que o julgador tem de averiguar é como diminuir o desequilíbrio que estruturou aquela relação conjugal em termos de contribuição para os encargos da vida familiar. E para o fazer, o julgador terá de apreciar se, com a extinção do casamento, com a partilha que se está a fazer, com a perda dos benefícios que o cônjuge obteve em vista do estado de casado, o cônjuge sacrificado sofre prejuízos patrimoniais importantes. E sofrê-los-á se, após uma forte dedicação à vida familiar, com sacrifício dos seus interesses pessoais, os efeitos patrimoniais do divórcio⁴⁴ o deixarem numa situação de manifesto desequilíbrio face ao outro cônjuge que, em virtude do alívio de que beneficiou ao longo da vida em comum, no período posterior ao divórcio⁴⁵ vai ainda aproveitar-se do que foi acumulando ao longo da relação conjugal: o tempo para se retemperar e valorizar, para investir em si e eventualmente na sua vida profissional⁴⁶.

É certo que o campo de aplicação desta compensação é, por excelência, a situação das mulheres que renunciaram aos interesses ligados a uma actividade profissional: como dissemos, seja porque não ingressaram no mercado trabalho, seja porque ingressaram e saíram, seja porque se mantêm mas com menor competitividade. Mas esta norma não visa apenas compensar as mulheres pela renúncia à sua vida profissional; ela visa compensar o cônjuge pelo sacrifício excessivo do seu interesse pessoal em favor da vida em comum. Por outro lado, estando em causa a vida profissional do cônjuge, esta norma não visa compensar a renúncia *qua tale*. O que visa este preceito é repor o equilíbrio entre os cônjuges⁴⁷, equilíbrio que não existiu ou se foi perdendo ao longo da relação, e que agora, na fase da dissociação familiar impõe o correspondente acerto. Se o desacerto resulta

⁴² TOMÉ, M. J.: “Reflexões sobre a atribuição de alimentos entre ex-cônjuges”, cit., p. 575.

⁴³ Nas palavras de LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio*, cit., p. 47.

⁴⁴ Ou os putativos, no caso da invalidade do casamento.

⁴⁵ Sobre a igualdade no divórcio, vide FINEMAN, M.: *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, The University of Chicago Press, 1991.

⁴⁶ Como referiu CORTE REAL, C.: “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, cit., p. 125: “pois o cônjuge que, ainda que acordadamente, fique em casa com tarefas domésticas e de guarda dos filhos afecta a possibilidade da conversão da sua vida no caso de ruptura do casamento, beneficiando o cônjuge que o não faça. Tal circunstância gera o direito a uma pensão compensatória, diz a lei, bem difícil de calcular. Esta pensão compensatória visará fazer face a um dito enriquecimento sem causa obtido à custa do ex-cônjuge tido por renunciante, sendo que é difícil computar o montante de um tal enriquecimento e entrever nesse tocante uma solução que seja justa na superação do impasse que possa ter sido criado.

⁴⁷ Para LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio*, cit., p. 48, consagra-se um mecanismo de correcção do desequilíbrio que eventualmente se verificará, no final da comunhão de vida, e que terá como causa esta maior dedicação ao trabalho em casa. Segundo TOMÉ, M. J., “Reflexões sobre a atribuição de alimentos entre ex-cônjuges”, cit., p. 586, nota 20, o fundamento da obrigação prevista no art. 1676, n. 2, do Cód. Civil, não se encontra numa ideia de titularidade ou de necessidade e independe da culpa pela ruptura da sociedade conjugal. Em causa está, essencialmente, a perda de capacidade aquisitiva decorrente de uma contribuição para os encargos da vida familiar consideravelmente superior às possibilidades de quem a realiza.

objectivamente da situação dos cônjuges⁴⁸, se não pode ser corrigido pela partilha⁴⁹, se é afectado pela perda de benefícios, então o meio ao dispor do julgador é o crédito compensatório previsto no artigo 1776, n. 2. E para o cálculo do crédito a atribuir a quantificação do salário que o cônjuge deixou de receber embora possa ser um factor a considerar, não é absolutamente relevante ou imprescindível⁵⁰. Na verdade, não se visa com este crédito remunerar uma actividade doméstica, nem pagar o valor de um pretensão salário ou ocupação. O que se visa, repita-se, é restabelecer o equilíbrio entre os cônjuges, que, em virtude do especial sacrifício de um deles em prol da vida em comum, estão em posições consideravelmente distintas no momento da dissociação familiar: um deles sacrificou as suas aspirações, os seus interesses, a sua valorização pessoal, o outro beneficia do que foi acumulando ao longo da relação conjugal: o tempo para se retemperar e valorizar, para investir em si e eventualmente na sua vida profissional.

Como escreveu GUILHERME DE OLIVEIRA⁵¹, o cônjuge que prova um desinvestimento manifesto na vida pessoal em favor da vida de casado “tem direito a um valor que o compense desse prejuízo e lhe favoreça alguma recuperação do padrão de vida que poderia ter tido - por exemplo, um valor que pague estudos tardios ou formação profissional, ou um valor que acrescente a pensão de reforma modesta a que tem direito”. Cabe, pois, ao julgador, no seu prudente arbítrio, fazer essa avaliação em cada caso concreto, e determinar a justa medida da correcção do desequilíbrio. Como ensina CASTANHEIRA NEVES⁵², a realização do Direito é um processo metodológico complexo em que a norma se vê amplamente transcendida, quer pela intenção normativo-jurídica fundamentante manifestada pelo sistema, quer pelo problemático concretum decidendo.

⁴⁸ Seguimos LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio*, p. 58: “Ou seja, não se trata de ‘compensar’ o cônjuge pelos benefícios que deixou de obter em consequência das opções tomadas durante o casamento. Do que se trata é de recuperar o equilíbrio entre os cônjuges, equilíbrio que foi posto em causa em virtude de um deles não ter exercido uma profissão remunerada ou de ter limitado o seu exercício. A verificação de um desequilíbrio económico entre os cônjuges, através da comparação entre a situação actual do cônjuge requerente e do requerido, bem como com a que desfrutavam durante o casamento, será um elemento para a confirmação dos ‘prejuízos patrimoniais importantes’”.

⁴⁹ Este crédito permite colmatar muitas das insuficiências ou injustiças resultantes da regra da metade prevista no artigo 1730 do CC, em vista da desigualdade das contribuições para os encargos da vida familiar. Sobre a problemática ver PAIVA, A.: *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, 2008, pp. 333 e ss. Refira-se ainda TOMÉ, M. J.: “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 131 e ss, que sublinha que com este regime se visa “proceder a uma redistribuição das perdas patrimonial que se verificam aquando da dissolução do casamento por divórcio, independentemente do regime de bens do casal”. Segundo PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, cit., p. 423: “Todos os cônjuges prestam solidariedade e recebem solidariedade matrimonial. Por isso, todos os cônjuges têm direito a partilhar o património comum que existir à data da cessação do casamento em partes iguais. Mas o cônjuge que se entregou ao casamento em condições de manifesta desigualdade, que ficou assim prejudicado, deve ter um direito especial, o direito de ser compensado pelo excesso manifesto; um direito que deve acrescer ao direito normal à meação do património comum”. Note-se, todavia, que vigorando um regime de comunhão, “a contribuição prestada para além da obrigação que lhe competia poderá considerar-se eventualmente ‘compensada’ pela participação no património comum adquirido por via do outro cônjuge”.

⁵⁰ Em sentido divergente, D’ALMEIDA RAMIÃO, T.: *O divórcio e questões conexas*, cit., p. 110.

⁵¹ PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, cit., p. 422.

⁵² CASTANHEIRA NEVES, A.: “Interpretação jurídica”, cit., p. 373.

O momento da dissolução de um dado casamento é, em termos patrimoniais, o tempo da partilha dos custos e benefícios, em partes iguais, da vida matrimonial⁵³, afastando-se que esse casamento seja, quer um meio de enriquecimento, quer um meio de empobrecimento de qualquer dos cônjuges. O julgador terá, pois, em cada caso concreto, um papel importante na utilização do mecanismo corrector do desequilíbrio que é o crédito compensatório pela renúncia excessiva de um dos cônjuges aos seus interesses pessoais em favor da vida familiar.

V. CONCLUSÃO.

O crédito compensatório, tal como está definido no Direito português, surge como um mecanismo de correcção da disparidade na contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar em função do sacrifício que representou a renúncia aos seus interesses pessoais em prol da vida em comum e dos interesses da família. O critério para a compensação não é, pois, o da desigualdade da contribuição, mas o do sacrifício na contribuição: um dos cônjuges sacrificou-se mais, pelos filhos, pelo outro, pela família que constituíram juntos.

A renúncia excessiva aos interesses pessoais do cônjuge terá influência na dinâmica do casal, negativamente, nas aspirações e possibilidades do cônjuge renunciante, e positivamente, nas possibilidades e realizações do cônjuge beneficiado. Assim, um dos cônjuges terá prejuízos patrimoniais importantes quando, dos efeitos patrimoniais do seu divórcio resulte que, após uma forte dedicação à vida familiar, com sacrifício dos seus interesses pessoais, fica numa situação de manifesto desequilíbrio face ao outro cônjuge que, em virtude do alívio de que beneficiou ao longo da vida em comum, no período pós-divórcio vai ainda beneficiar do que acumulou ao longo da relação conjugal: tempo para se retemperar e valorizar, investir em si e na sua vida profissional.

Cabe, pois, ao julgador, no seu prudente arbítrio, fazer essa avaliação em cada caso concreto, e determinar a justa medida da correcção do desequilíbrio, de modo que, da extinção do casamento, resulte uma partilha dos custos e benefícios, em partes iguais, da vida matrimonial.

BIBLIOGRAFIA

ANDRESS, H.J/ HUMMELSHEIM, D.: *When Marriage Ends, Economic and Social Consequences of Partnership Dissolution*, Elgar, 2009.

ARAÚJO DIAS, C.: *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁵³ Cfr. TOMÉ, M. J.: “Reflexões sobre a atribuição de alimentos entre ex-cônjuges”, cit., p. 582.

BELEZA, M. L.: “Os efeitos do casamento”, em *ORDEM DOS ADVOGADOS: Reforma do Código Civil*, 1981, pp. 93-135.

BRIAN, P. E.: “Vacant Premises?: The ALI Principles of the Law o Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women”, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 2001, n.º 8, pp. 167-184.

CASTANHEIRA NEVES, A.: “Interpretação jurídica”, em *Digesta, Escritos acerca do Direito, de Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros II*, Coimbra Editora, 1995, pp. 337-377.

CORTE REAL, C.: “Relance crítico sobre o Direito da Família português”, em AA.VV.; *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. por G. OLIVEIRA), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 107-130.

D’ALMEIDA RAMIÃO, T.: *O divórcio e questões conexas, Regime jurídico actual*, Quid Iuris, Lisboa, 2009.

DNES, A. W./ROWTHORN, R.: *The Law and Economics of Marriage & Divorce*, CUP, 2004.

DOUGLAS, G.: “Simple Quarrels? Autonomy vs. Vulnerability”, em PROBERT, R./BARTON, C. (eds.): *Fifty Years in Family Law-Essays for Stephen Cretney*, Intersentia, 2012, pp. 217-229.

FINEMAN, M.: *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, The University of Chicago Press, 1991.

LEITE DE CAMPOS, D./MARTINEZ DE CAMPOS, M.: “A comunidade familiar”, em AA.VV.; *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. por G. OLIVEIRA), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 9-29.

LOBO XAVIER, R.: *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Almedina, Coimbra, 2009.

MILES, J.: “Responsibility in Family Finance and Property Law”, in BRIDGEMAN, J./KEATING, H./LIND, C. (eds), *Regulating Family Responsibilities*, Ashgate, 2008, pp. 91-116.

OLDHAM, J. T.: “Changes in the Economic Consequences of Divorces, 1958-2008”, *Family Law Quarterly*, 2008-2009, vol. 42, pp. 419-447.

OLIVEIRA, G.: “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae* 2010, n.º 13, pp. 5-32.

PAIVA, A.: *A comunhão de adquiridos: das insuficiências do regime no quadro da regulação das relações patrimoniais entre os cônjuges*, Coimbra Editora, 2008.

PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017.

PASSINHAS, S.: “A atribuição do uso da casa de morada de família nos casos de divórcio em Portugal: contributo para um ‘aggiornamento’ interpretativo”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, n.º 3 bis, pp. 165-191.

PEREIRA COELHO, F. B.: “Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. por G. OLIVEIRA), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 78-106.

PEREIRA COELHO, F./OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família I*, 5.^a ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PINHEIRO, J. D.:

- *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, Almedina, Coimbra, 2004.
- *Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2016.

PIRES DE LIMA, A./ANTUNES VARELA, J.: *Código Civil Anotado IV*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1992.

SILVA, J. G.: *As implicações patrimoniais do novo regime do divórcio*, CEJ, 2014, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_familia.php.

SOTTOMAYOR, M. C.: “A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977”, in FDUC, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. I - *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 2004, pp. 75-174.

TOMÉ, M. J.:

- “Algumas reflexões sobre a obrigação de compensação e a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges”, em AA.VV.: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 425-462.
- “Reflexões sobre a atribuição de alimentos entre ex-cônjuges”, em AA.VV.: *Temas de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho* (coord. por G. OLIVEIRA), Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 573-623.

WILSON, R. F.: *Reconceiving the Family: Critique on the American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution*, CUP, 2006.



EL DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS EN MÉXICO. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

THE RIGHT TO ALIMONY IN MEXICO. REGULATORY FRAMEWORK AND JURISPRUDENCE

DRA. KARLA CANTORAL DOMÍNGUEZ
Profesora investigadora de tiempo completo
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
karlacantoral@gmail.com

RESUMEN: En el presente artículo se explica el marco jurídico y jurisprudencial que existe en México sobre el derecho a los alimentos, el cual ha trascendido las fronteras del Derecho Civil, así como los supuestos en los que se actualiza, la competencia, legitimación, sujetos, temporalidad, casos de modificación y causas de extinción de dicha institución, conforme a los cambios ocurridos en la realidad social, es el caso del reconocimiento de diversos tipos de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la pensión compensatoria derivada del divorcio, concubinato o uniones de hecho.

PALABRAS CLAVE: derecho a la pensión alimenticia; principio de solidaridad familiar; obligación alimentaria; estado de necesidad; relaciones familiares.

ABSTRACT: In this article the legal and jurisprudential framework that exists in Mexico on the right to food, which has transcended the boundaries of civil law, as well as the assumptions on which it is updated, competition, legitimation, subject, timing is explained, modification cases and causes of extinction of the institution, according to changes according to social reality, is the case of recognition of different types of family relationships that may arise obligation to food, among which are: parent-child relationships, kinship, marriage, concubinage and alimony arising from divorce, concubinage or unions.

KEY WORDS: right to alimony; principle of family solidarity; maintenance obligation, necessity, family relationships.

FECHA DE ENTREGA: 15/10/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.- 1. Derecho de Familia en México.- 2. Principios de solidaridad familiar e igualdad.- 3. Derecho humano a los alimentos.- 4. Características de la obligación alimentaria.- 5. Presupuestos para otorgar la pensión alimenticia.- 6. Contenido de la obligación alimentaria.- 7. Competencia.- 8. Legitimación para pedir los alimentos.- III PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENSIÓN.- IV. CASOS EN QUE PUEDE MODIFICARSE LA PENSIÓN.- V. CAUSAS DE EXTINCIÓN.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho a recibir alimentos es un elemento del Derecho de Familia, que en el caso de México tiene sus características propias, debido a diversas razones de tipo económico, social, cultural y geográfica, tales como la existencia de 32 Estados, lo que trae como consecuencia que se encuentren por cada entidad federativa Códigos Civiles, así como los correspondientes Códigos de Procedimientos Civiles, en los que encontramos tutelado de forma dispersa el derecho de alimentos. Por otra parte, existe un Código Civil Federal y de Procedimientos Civiles, que también será motivo de análisis en este estudio, aunado a lo anterior, que actualmente existen aproximadamente siete estados de la República Mexicana que han emitido un Código o Ley de Familia.

En el presente artículo se explica el marco jurídico y jurisprudencial que existe en el sistema jurídico mexicano en relación con el derecho a los alimentos, así como los supuestos en los que se actualiza este derecho, la competencia, legitimación, sujetos, temporalidad, casos de modificación y causas de extinción de dicha institución, conforme a los cambios ocurridos actualmente en el derecho de familia.

De ahí que el objetivo de este trabajo consiste en examinar el derecho a recibir alimentos como parte del derecho de familia en México, para determinar sus alcances y efectos en la sociedad actual, toda vez que a partir de la jurisprudencia se considera que este derecho ha trascendido de la legislación civil tradicional al reconocerse como parte del derecho fundamental a un nivel de vida adecuado.

II. PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

1. Derecho de Familia en México.

En la doctrina mexicana¹ algunos teóricos han defendido desde hace años la intervención del Estado en los temas de Derecho de Familia limitando la autonomía de la voluntad a

¹ BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Oxford, México, 2ª edición, 2009, pp. 10-12.

favor del interés social o público del derecho de los más débiles². En este sentido los más destacados civilistas analizan estas posiciones en las que se destaca al Derecho Familiar con las mismas características del Derecho Social³. Han sostenido BAQUEIRO y BUENROSTRO también, que si bien es cierto que la familia es un grupo social de interés público pues constituye la base sobre la cual se finca la sociedad, las relaciones entre los miembros de dicha familia, son ante todo, relaciones entre particulares por lo que la ubicación del derecho de familia dentro del derecho privado es correcta⁴.

En México, el Poder Judicial de la Federación ha considerado que el derecho familiar debe ser visto como un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de los integrantes del grupo familiar entre sí, también a delimitar las relaciones conyugales y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social⁵. Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los descendientes y ascendientes, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos), tienen potestades y sujeciones establecidas especialmente para la protección de los menores de edad. El derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores, del matrimonio, de la obligación de los alimentos y la filiación.

En materia familiar, la competencia corresponde a cada uno de los estados de la Federación, es decir, estamos ante una esfera de competencia local y así cada estado tiene su propio Código Civil, así como su respectivos Códigos de Procedimientos Civiles, además aproximadamente en siete estados del país se han expedido Códigos de Familia, lo que podría entenderse como una posible separación entre el Derecho de Familia y el Derecho Civil⁶.

En los 32 códigos civiles y/o familiares, el Código Civil Federal y 32 códigos de procedimientos civiles y/o familiares más el Código Federal de Procedimientos Civiles aparece una dispersión normativa como regla general, independientemente de que la

² PÉREZ FUENTES, G. M.: “El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Octubre-Diciembre 2013, pp. 655-683.

³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 24 y ss.

⁴ BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia*, cit., p. 11.

⁵ Tesis: I.5o.C. J/11, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133, bajo el rubro: “Derecho de familia. Su concepto”.

⁶ Los estados de la República Mexicana que han emitido códigos de familia son: Zacatecas, Michoacán de Ocampo, San Luis Potosí, Sonora, Yucatán, Sinaloa y Coahuila, Cfr. PÉREZ FUENTES, G. M. y RODRÍGUEZ COLLADO, M. del C.: “El interés superior del menor en los códigos familiares de la República Mexicana: comentario legislativo”, *Revista Nexa Jurídico Locus Regit Actum*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, México, Año VI, número 25, Abril-Junio 2015, pp. 21-26.

tendencia de todos estos Códigos sea acercarse a los de la Ciudad de México⁷, por ser la entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos⁸. Para efectos del presente artículo se trabajará con el Código Civil de la Ciudad de México y de forma representativa se mencionarán las leyes de algunos estados del Norte, Centro y Sur del país.

En el Sureste de México, el Código Civil del Estado de Tabasco, refiere sobre los deberes en beneficio de la familia y dispone que la familia la forman las personas que, estando unidas por matrimonio, concubinato o por lazos de parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil, habiten en una misma casa o tengan unidad en la administración del hogar⁹.

2. Principios de solidaridad familiar e igualdad.

En el caso del deber de dar alimentos, encontramos su fundamento en el principio de solidaridad familiar, su finalidad consiste en garantizar el derecho a la supervivencia de quien reclama los alimentos, al carecer de recursos para procurar su propia subsistencia¹⁰. En el sistema normativo mexicano, se reconoce que la obligación de dar alimentos es recíproca, por tanto, el que los proporciona tiene a su vez el derecho de pedirlos o recibirlos¹¹.

Cabe destacar que, en el Código de Familia para el Estado de Yucatán, por ejemplo, se establece que el derecho a los alimentos es una prerrogativa derivada del parentesco, además se reconoce que este derecho también deriva del matrimonio o del concubinato en los casos previstos por la ley¹².

El Poder Judicial de la Federación en México, ha considerado que los alimentos constituyen un derecho humano fundado en el principio de solidaridad familiar, cuyo fin es generar las mejores posibilidades para que el acreedor se desarrolle adecuadamente, por tanto es necesario identificar que la obligación alimentaria corresponde a ambos progenitores; de ahí que los tres supuestos en que el deudor incumple, se actualizan cuando: 1. Está presente en la familia; 2. No lo está; y, 3. Motiva la separación del hogar

⁷ Cfr. PÉREZ-NIETO CASTRO, L.: “Algunos aspectos de derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003, pp. 14 y ss.

⁸ Cfr. Artículo 44 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ Cfr. Artículo 23 del Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, cuya última reforma se publicó el día 13 de enero de 2016.

¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Derecho de familia y obligación de alimentos” en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 20.

¹¹ Al respecto véase artículo 301 del Código Civil de la Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 5 de febrero de 2015.

¹² Cfr. Artículo 23 del Código de Familia para el Estado de Yucatán, expedido el 11 de abril de 2011, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

familiar, los cuales exigen un mismo estándar de prueba, además de que para resolver sobre su procedencia debe tenerse en cuenta el principio de igualdad reconocido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³.

De ahí que el principio de solidaridad familiar es consecuencia de vínculos tanto de tipo sanguíneos como afectivos, se manifiesta a través de la asistencia, ayuda mutua entre las personas que conforman ese núcleo familiar o afectivo.

El principio de solidaridad familiar, señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye una pauta de comportamiento para los miembros de determinado núcleo familiar, mismo que no se reduce a relaciones paterno-filiales, a partir del cual tienen el deber de apoyar a los integrantes de la familia que se encuentren en situaciones apremiantes o de necesidad. Es decir, se trata de una adhesión circunstancial de unos individuos con otros, situación que se inspira en una expectativa de asistencia recíproca. Así, tal solidaridad se manifiesta en asistencia y ayuda mutua, buscando satisfacer carencias espirituales y materiales, y es una consecuencia directa del reconocimiento de cada persona como un ser individual, titular de derechos fundamentales a partir de tal calidad, pero también como integrante de una familia y, por tanto, adherente a ciertos valores y aspectos comunes. En suma, se trata de una esencia efectiva y un cumplimiento de deberes asistenciales¹⁴.

Además, el derecho a los alimentos también se basa en el principio de igualdad, pues se utiliza como herramienta jurídica para nivelar la afectación patrimonial y personal que se hubiese causado¹⁵, tal es el caso de la igualdad entre cónyuges durante la existencia del matrimonio, así como una vez que se realiza un procedimiento de separación o divorcio¹⁶, de forma tal que al momento de solicitar la pensión alimenticia sea proporcional y equitativa.

3. Derecho humano a los alimentos.

En el contexto internacional de los derechos humanos, encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;

¹³ Al respecto véase tesis de jurisprudencia: PC.XXII. J/4 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 27, febrero de 2016, Tomo II, p. 991, bajo el rubro: “Alimentos vencidos. forma en que operan el principio de igualdad y el estándar de prueba cuando aquéllos derivan de un adeudo contraído por los acreedores (legislación del estado de Querétaro)”.

¹⁴ Amparo Directo en Revisión 1200/2014, resuelto mediante sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Tesis: 1a. LXIII/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 28, marzo de 2016, Tomo I, p. 981, bajo el rubro: “Igualdad entre cónyuges. contenido y alcances”.

¹⁷ Cfr. Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948.

por otra parte, prevé que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. En esa misma línea, encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia¹⁸.

De esta forma, en el derecho mexicano observamos que se reconoce el derecho humano a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos. Así, mediante jurisprudencia¹⁹ se considera que si el objeto de la obligación de alimentos consiste en la efectivización del derecho fundamental a acceder a un nivel de vida adecuado, entonces es indispensable que se encuentren cubiertas todas las necesidades básicas de los sujetos imposibilitados y no solamente aquellas relativas en estricto sentido al ámbito alimenticio, como educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para su subsistencia y manutención.

Además en el caso específico de los menores, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que el derecho de niñas, niños y adolescentes a recibir alimentos es un derecho fundamental, ya que si bien es cierto que todo reclamo alimentario tiene apoyo en artículos precisos de los códigos civiles aplicables, el derecho de alimentos ha trascendido el campo del derecho civil tradicional involucrando derechos humanos para que todo menor pueda ver satisfechas sus necesidades básicas, como se observa en el artículo 4o. constitucional y en diversas disposiciones legales: los niños y las niñas tienen el derecho fundamental a recibir alimentos, los cuales se presumen indispensables para garantizar su desarrollo integral²⁰.

Por otra parte, sostiene el Poder Judicial de la Federación que el objeto de la obligación alimentaria está formado tanto por la cantidad de dinero asignada mediante una pensión, como por los medios necesarios para satisfacer los requerimientos del acreedor alimentista²¹.

4. Características de la obligación alimentaria.

En atención a la obligación alimentaria, cuyo objeto es la sobrevivencia del acreedor, pues

¹⁸ Al respecto véase artículo 11, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

¹⁹ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 35/2016, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “Alimentos. el contenido material de la obligación de otorgarlos va más allá del mero ámbito alimenticio en estricto sentido”.

²⁰ Cfr. Tesis: 1a. LXXXVIII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1380, bajo el rubro: “Alimentos. el derecho a recibirlos constituye un derecho fundamental de los menores”.

²¹ Tesis: 1a. LXXXV/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1379, bajo el rubro: “Alimentos. el derecho a percibirlos en términos del artículo 4o. de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos tiene un contenido económico”.

tiende a satisfacer las necesidades de subsistencia, ésta reúne una serie de características que la diferencian de otro tipo de obligaciones²², las cuales conforme a la doctrina, legislación y jurisprudencia mexicana son las siguientes:

A) Imprescriptible: en tanto no se extingue, aunque el tiempo transcurra sin ejercerla. Es decir, mientras subsistan las causas que generaron esa obligación, el derecho estará vigente²³. El Código Civil Federal establece que la obligación de dar alimentos es imprescriptible²⁴. Resulta interesante que la Ley para la Familia del Estado de Coahuila, prevé el carácter retroactivo de los alimentos a la fecha de nacimiento del menor²⁵, criterio que de forma reciente ha sido adoptado por el máximo tribunal de justicia de México, al considerar que la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe retrotraerse al instante en que nació la obligación misma, esto es, al en que se generó el vínculo y que es precisamente el nacimiento del menor²⁶.

B) Recíproca: esto es que el obligado a darla tiene a su vez derecho a pedirla²⁷. Aunque en el caso de la obligación a cargo de los ascendientes en segundo o ulterior grado deriva de un principio de solidaridad familiar, basado en una expectativa de asistencia recíproca²⁸.

C) Proporcional: Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos²⁹, sin embargo debe observarse que una obligación alimentaria que dure indefinidamente es susceptible de volverse inconstitucional, cuando se verifique que ha durado por un lapso que no corresponde

²² BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia*, cit., p. 30.

²³ Cfr. Tesis, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XII, agosto de 1993, p. 329, bajo el rubro: "Alimentos. el derecho a recibirlos es imprescriptible".

²⁴ Cfr. Artículo 1160 del Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada el 24 de diciembre de 2013. En esa misma línea encontramos los Códigos Civiles del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) y Tabasco.

²⁵ Al respecto véase artículo 279: La obligación de dar alimentos es imprescriptible. En los juicios de paternidad, la pensión alimenticia debe retrotraerse a la fecha de nacimiento de la niña o niño, si se acredita que el padre tuvo conocimiento del embarazo de la madre y se negó a reconocer a su hijo o hija. Si la madre actuó de mala fe o impidió que el padre reconociera a su hijo o hija, la pensión alimenticia de meses vencidos se pagará a partir de la presentación de la demanda correspondiente. Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 2015, última reforma publicada el 1º de julio de 2016.

²⁶ Tesis: 1a. LXXXVII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1382, bajo el rubro: "Alimentos. la pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor".

²⁷ Al respecto véase artículo 301 del Código Civil Federal.

²⁸ Tesis: 1a./J. 69/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 756, bajo el rubro: "Obligación subsidiaria alimenticia a cargo de los ascendientes en segundo grado (abuelos). se actualiza en las líneas paterna y materna, sólo ante la falta o imposibilidad de ambos progenitores".

²⁹ Cfr. Artículo 311 del Código Civil Federal.

proporcionalmente a las circunstancias del caso concreto³⁰.

D) A prorrata: Si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes. Si sólo algunos tuvieren posibilidad, entre ellos se repartirá el importe de los alimentos; y si uno sólo la tuviere, él cumplirá únicamente la obligación³¹.

E) Subsidiaria: la obligación alimentaria se extiende en función de los parientes más próximos en grados, a falta o por imposibilidad de los cónyuges, concubinos, de los padres respecto de los hijos y de los hijos respecto de los padres, así también tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado³². Cabe precisar que el Poder Judicial de la Federación ha establecido que la "imposibilidad" puede actualizarse por ejemplo cuando los progenitores padezcan alguna enfermedad grave, se encuentren inhabilitados para el trabajo o enfrenten un obstáculo absoluto para satisfacer las necesidades de sus descendientes; de ahí que cuando se alude a la imposibilidad, debe entenderse como un impedimento absoluto y de gran entidad que imposibilite a los padres a cubrir los alimentos de sus hijos; así, el hecho de que los progenitores no tengan trabajo, es insuficiente para actualizar la obligación subsidiaria de los abuelos, pues además de que pueden conseguir un empleo por medio del cual obtengan recursos para satisfacer las necesidades alimenticias de sus menores hijos y las suyas propias, en todo caso, también sería preciso verificar que no tienen bienes con los cuales satisfacer esas necesidades³³.

F) Irrenunciable: la obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia³⁴.

G) Intransigible: el derecho a los alimentos tampoco puede ser objeto de transacción, aunque por disposición legal se autoriza su celebración únicamente en cuanto a las cantidades que se adeudan por tal obligación³⁵.

H) Incompensable: la compensación no tendrá lugar si la deuda es por concepto de alimentos³⁶.

I) Inembargable: el derecho a recibir alimentos es personalísimo y en consecuencia es intransmisible e inembargable³⁷. En la legislación civil mexicana se prevé en el contrato de

³⁰ Tesis: 1a. CCLV/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 470, bajo el rubro: "Obligación alimentaria. debe ser proporcional en cuanto a su duración".

³¹ Cfr. Artículos 311 y 312 del Código Civil Federal.

³² Al respecto véanse los artículos 302 a 307 del Código Civil Federal.

³³ Tesis: 1a./J. 69/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 756.

³⁴ BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia*, cit., p. 30.

³⁵ El artículo 3258 del Código Civil de Tabasco dispone: "Podrá haber transacción sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos", en el mismo sentido se encuentra el artículo 2951 del Código Civil Federal.

³⁶ Al respecto véase el artículo 1343 fracción III del Código Civil del Estado de Yucatán, publicado en el Diario Oficial de Yucatán el 31 de diciembre de 1993, última reforma publicada el día 12 de junio de 2015.

³⁷ Cfr. Artículo 277 de la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

renta vitalicia, que si la renta se ha constituido para alimentos, no podrá ser embargada sino en la parte que a juicio del juez exceda de la cantidad que sea necesaria para cubrir aquéllos, según las circunstancias de la persona³⁸.

5. Presupuestos para otorgar la pensión alimenticia.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en diversas ocasiones que para que nazca la obligación de alimentos es necesario que concurren tres presupuestos: 1. el estado de necesidad del acreedor alimentario; 2. un determinado vínculo familiar entre acreedor y deudor; y 3. la capacidad económica del obligado a prestarlos. En este sentido, es claro que el estado de necesidad del acreedor alimentario constituye el origen y fundamento de la obligación de alimentos, entendiendo por éste aquella situación en la que pueda encontrarse una persona que no puede mantenerse por sí misma, pese a que haya empleado una normal diligencia para solventarla y con independencia de las causas que puedan haberla originado. Sin embargo, las cuestiones relativas a quién y en qué cantidad se deberá dar cumplimiento a esta obligación de alimentos dependerán directamente de la relación de familia existente entre acreedor y deudor, el nivel de necesidad del primero y la capacidad económica de este último, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso concreto³⁹.

Este estado de necesidad surge, como su nombre lo indica, de la necesidad y no de la comodidad, por lo que es evidente que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus necesidades básicas.⁴⁰ La jurisprudencia mexicana ha reiterado que la legislación civil o familiar en nuestro país reconoce una serie de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la pensión compensatoria⁴¹.

A Efecto derivado de las relaciones paterno-filiales: esto significa que la obligación alimentaria que tienen los progenitores en relación a sus hijos, surge como consecuencia de la patria potestad, es decir, como resultado de un mandato derivado del artículo 4º constitucional que les vincula a procurar el mayor nivel de protección, educación y formación integral, siempre en el marco del principio del interés superior del menor y con la característica de que recae tanto en el padre como en la madre, es decir, es una obligación compartida sin distinción de género.

³⁸ Al respecto véase artículo 2787 del Código Civil Federal, así como artículo 3029 del Código Civil de Tabasco.

³⁹ Amparo Directo en Revisión 1200/2014, resuelto mediante sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁰ Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 34/2016, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: "Alimentos. el estado de necesidad del acreedor alimentario es estrictamente individual y surge de la necesidad y no de la comodidad".

⁴¹ Tesis: 1a./J. 36/2016, Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: "Alimentos. el contenido, regulación y alcances de la obligación de otorgarlos dependerá del tipo de relación familiar de que se trate".

B) Efecto derivado del parentesco: se refiere a la obligación que surge de dar alimentos que la ley señala a cargo de ascendientes, descendientes, hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, respecto de un determinado sujeto, que no deriva de la patria potestad, sino del principio de solidaridad familiar.

C) Efecto derivado del matrimonio y/o concubinato: tratándose de los cónyuges en el caso de matrimonio o de parejas de hecho que viven en concubinato, la legislación civil y/o familiar en México establece una obligación de dar alimentos como parte del deber de contribuir al sostenimiento de la familia. Así, en condiciones normales, la pareja guarda una obligación recíproca de proporcionarse todos los medios y recursos necesarios para cubrir las necesidades de la vida en común y establecer las bases para la consecución de los fines del matrimonio.

D) Efecto derivado de la pensión compensatoria: esta obligación encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial⁴², el concubinato⁴³ o las uniones de hecho,⁴⁴ en el que alguno de los dos quizás enfrente una desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado.

Como refiere el profesor CARLOS ROGEL,⁴⁵ las uniones de hecho estables entre personas de igual o distinto sexo que perduran a lo largo del tiempo, son una realidad social muy frecuente en la actualidad y tienen características similares a los matrimonios, por lo que de acuerdo a la jurisprudencia española se pueden exigir alimentos en caso de ruptura de las uniones dichas, situación similar es la que se ha reconocido en la legislación y jurisprudencia mexicana.

6. Contenido de la obligación alimentaria.

Conforme al Código Civil Federal, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos

⁴² Tesis: 1a. CCCLXXXVII/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 725, bajo el rubro: “Pensión compensatoria. la obligación de proporcionarla es de naturaleza distinta a la obligación alimentaria que surge de las relaciones de matrimonio, pues el presupuesto básico para su procedencia consiste en la existencia de un desequilibrio económico”.

⁴³ Tesis: 1a. VII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, p. 768, bajo el rubro: “pensión compensatoria. procede ante el quebrantamiento de una unión de concubinato, a favor de la persona que se hubiera dedicado preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos”.

⁴⁴ Tesis: 1a. VIII/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, p. 769, bajo el rubro: “Pensión compensatoria. procede ante el quebrantamiento de uniones de hecho, siempre y cuando se acredite que se trata de una pareja que convivió de forma constante y estable, fundando su relación en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua”.

⁴⁵ ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 35.

comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales⁴⁶. En el Sureste de México, específicamente en el Estado de Tabasco, se reconoce además que tratándose de menores⁴⁷, los alimentos comprenden los gastos necesarios para su sano esparcimiento que le permitan un desarrollo integral.

En el caso del Código Civil para el Distrito Federal⁴⁸, hoy Ciudad de México, los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

En el norte del país, la ley de Familia del Estado de Coahuila, establece que se entiende por alimentos: la alimentación nutritiva, el vestido, la habitación, la atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, la asistencia médica y terapéutica en casos de enfermedad, la recreación. Respecto de las niñas y niños los alimentos comprenden los gastos necesarios para la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior del alimentista, su recreación y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a sus circunstancias personales⁴⁹.

7. Competencia.

De forma tradicional se ha considerado que el juez competente en materia familiar para resolver un litigio sobre alimentos será el del lugar de residencia del acreedor o acreedores alimentarios, sin embargo, recientemente en una sentencia se determinó que en atención al principio del interés superior de la infancia, no puede establecerse una regla general ni una excepción específica para efectos de determinar la posibilidad de modificar las reglas ordinarias de competencia, pues deberá atenderse a las circunstancias del caso concreto, a fin de establecer cuándo procede, en virtud de que pueda verse vulnerado dicho principio.

⁴⁶ Cfr. Artículo 308 del Código Civil Federal.

⁴⁷ Al respecto véase artículo 304 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

⁴⁸ Cfr. Artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México.

⁴⁹ Cfr. Artículo 276 de la Ley para la Familia del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 2015, última reforma publica el 1º de julio de 2016.

Lo anterior indica que las reglas de competencia de la jurisdicción de los tribunales para conocer de un asunto en que se ventilen derechos de la infancia, pueden modificarse y regularse con el objeto de atender al principio del interés superior del niño, siempre que éste se encuentre evaluado, así como primordialmente justificado y ponderado el porqué de la necesidad de su variación⁵⁰.

8. Legitimación para pedir los alimentos.

En cuanto a la legitimación, tienen derecho a pedir el aseguramiento de los alimentos conforme a la legislación civil federal: I. El acreedor alimentario; II. El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad; III. El tutor; IV. Los hermanos, y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado; V. El Ministerio Público⁵¹. En el caso del Código Civil del Distrito Federal⁵², se considera legitimado además de los anteriores para pedir el aseguramiento de los alimentos a la persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario.

III. PLAZO DE DURACIÓN DE LA PENSIÓN.

A diferencia del derecho español, en el que la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte del obligado⁵³, no obstante que pueda variar con el paso del tiempo, en el caso de México, cuando se decreta una pensión alimenticia con carácter definitivo, ésta subsistirá hasta en tanto se actualice alguna de las causas de extinción previstas de forma expresa en la legislación civil correspondiente, ya sean códigos civiles o familiares.

Cabe destacar que cuando se trata de cuestiones relativas a alimentos el Poder Judicial de la Federación ha sostenido de forma reiterada que no opera la figura de la cosa juzgada, esto es así porque los acreedores alimentarios conservan todo el tiempo el derecho de pedir e incluso de demandar su ministración⁵⁴.

IV. CASOS EN QUE PUEDE MODIFICARSE LA PENSIÓN.

⁵⁰ Tesis: I.11o.C.82 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, p. 3175, bajo el rubro: “Competencia por territorio en los juicios de divorcio incausado y alimentos. no debe establecerse una regla general ni una excepción específica para determinar la posibilidad de modificar las reglas ordinarias de aquélla, pues tiene que atenderse a las circunstancias del caso concreto, a fin de establecer cuándo procede, en virtud de que puede vulnerarse el interés superior del menor [modificación de la tesis i.11o.c.4 c (10a.)]”.

⁵¹ Cfr. Artículo 315 del Código Civil Federal.

⁵² Cfr. Artículo 315, fracción V del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México.

⁵³ Cfr. Artículo 150 del Código Civil Español.

⁵⁴ Tesis: I.9o.C.118 C, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, enero de 2004, p. 1439, bajo el rubro: “Alimentos. en las sentencias firmes que los decretan no opera la cosa juzgada, pero sí la de preclusión”.

En el sistema jurídico mexicano existen diversas formas de modificación de la pensión alimenticia, ya sea a través del aumento, reducción o cancelación de la misma, por ejemplo en el Código Civil Federal se contempla que siempre que medie un convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal hoy Ciudad de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente⁵⁵.

En la reciente Ley de Familia para el Estado de Coahuila, se establece que la autoridad judicial tomando en cuenta las circunstancias del caso podrá aumentar, disminuir o cancelar la obligación de dar alimentos; sin embargo, esta obligación a favor del cónyuge que se haya divorciado se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias, se le reconozca unido en concubinato, celebre pacto civil de solidaridad o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio⁵⁶.

No obstante, se ha determinado jurisprudencialmente que cuando se promueve la revocación, disminución o aumento de la pensión alimenticia, bajo el amparo de una nueva ley, es aplicable la ley instrumental vigente en el momento en que se actúa procesalmente, ya que las leyes que regulan meros procedimientos, sin afectar cuestiones de fondo, son de inmediata ejecución y pueden aplicarse desde luego, aun cuando los derechos que se ventilen hayan tenido origen con anterioridad a su vigencia, por no lesionar derechos adquiridos, sino modificar simples expectativas de derecho; en virtud de que los derechos adjetivos que concede la ley procesal sólo se van adquiriendo o concretando a medida que se actualizan los supuestos normativos correspondientes⁵⁷. En virtud del principio de derecho procesal de que todo aquél que afirma está obligado a probar, cuando se demande el aumento o reducción de la pensión alimenticia, debe acreditarse el cambio de las circunstancias bajo las cuales se reconoció de forma inicial el derecho a los alimentos.

Por ejemplo, si el deudor alimentario solicita la reducción de la pensión bajo el argumento de que su hijo mayor de edad reprobó algunas asignaturas de la carrera profesional que se encuentra estudiando, el juez tendrá que analizar las circunstancias del caso⁵⁸, ya que puede considerarse normal que un estudiante acredite algunas materias y otras no, quedando pendiente su revalidación, sin que esto pueda considerarse anormal, mientras se

⁵⁵ Cfr. Artículo 311 del Código Civil Federal.

⁵⁶ Cfr. Artículo 238 de la Ley de Familia para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

⁵⁷ Tesis: VI.2o.C.670 C, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, Abril de 2009, p. 1933, bajo el rubro: "Pensión alimenticia. su revocación, disminución o aumento debe promoverse conforme a la ley instrumental vigente en el momento en que se actúa, aun cuando ésta se haya fijado por sentencia definitiva bajo el amparo de una ley procesal anterior".

⁵⁸ Tesis: VI.2o.C.46 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, Tomo II, p. 1205, bajo el rubro: "pensión alimenticia. las bajas calificaciones o reprobación alguna asignatura no es un factor que por sí solo justifique su reducción, tratándose de hijos mayores de edad que se encuentren estudiando (legislación del estado de Puebla)".

continúen los estudios y sea posible cambiar el estatus de las materias reprobadas; cosa distinta ocurre cuando de forma voluntaria el alumno presenta un desdén por las actividades escolares o académicas pero, en todo caso, ello debe demostrarse en juicio para poder atribuir las materias reprobadas a circunstancias anormales, para que se actualice alguno de los supuestos por los que puede reducirse la pensión.

Para que el deudor alimentario pueda solicitar la reducción de la pensión, deberá acreditar que es por circunstancias ajenas a su voluntad, por las que se ve afectado o disminuido en su capacidad económica, como sería el caso, del nacimiento de un nuevo hijo, la pérdida del empleo o el acaecimiento de una enfermedad grave o cualquier otro que le imposibilite realizar trabajo alguno⁵⁹.

V. CAUSAS DE EXTINCIÓN.

Acorde con lo que dispone el Código Civil Federal, cesa la obligación de dar alimentos⁶⁰:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de injuria, falta o daño graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos;
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas;
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

En el Sureste de México, el estado de Tabasco previene que la obligación de dar alimentos cesa además de los motivos antes mencionados, cuando el alimentista incurra en una conducta dolosa o alevosa, y con ello obtenga un beneficio en detrimento de la economía del deudor⁶¹.

En un criterio reciente, el Poder Judicial de la Federación sostuvo que, si bien con la disolución del vínculo matrimonial la obligación alimentaria se extingue, salvo los casos de

⁵⁹ Tesis: XXXI.2 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, Tomo 2, p. 2078, bajo el rubro: “Pensión alimenticia. hipótesis en que el deudor tiene legitimación para solicitar su reducción”.

⁶⁰ Cfr. Artículo 320 del Código Civil Federal.

⁶¹ Cfr. Artículo 317 fracción VI del Código Civil para el Estado de Tabasco.

excepción que la ley señala; en la cesación, la obligación de mérito se interrumpe, no desaparece, por lo que se trata de dos supuestos jurídicos diferentes⁶².

Esta distinción entre suspensión y cesación la encontramos en la ley especial del estado de Coahuila⁶³, cuando establece que se suspende la obligación de dar alimentos: cuando el o la que la tiene carece de medios para cumplirla; cuando el o la alimentista deja de necesitar los alimentos; cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del o la alimentista, mientras subsistan estas causas o si el o la alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificadas. Además, prevé que cesa la obligación de dar alimentos en caso de injuria, falta o daño grave inferidos por el o la alimentista contra el que debe prestarlos, o cuando aquél o aquélla llega a la mayoría de edad si no está en los casos de excepción.

En el caso del Distrito Federal, hoy Ciudad de México⁶⁴, establece de forma general que la obligación de dar alimentos se suspenderá o cesará -sin hacer distinción de los conceptos - entre otros, cuando el acreedor alimentista deje de necesitarlos. De ahí que uno de los elementos que tendrá que demostrarse en juicio es que el pago de los alimentos no sea necesario para el acreedor alimentista, por cualquier circunstancia, por ejemplo, en el caso de que el deudor alimentario afirme que la acreedora ya no necesita los alimentos que le eran proporcionados por contar con un trabajo, éste debe acreditar en el juicio no sólo que la demandada presta sus servicios laborales a alguna empresa o particular, sino también que por virtud de éste recibe una remuneración económica superior o de la misma cuantía a la pensión otorgada (para su cancelación) o en su caso, inferior (para su reducción); además que dicho trabajo no sólo es esporádico, sino de carácter permanente que le permita cubrir sus gastos diarios y no sólo los eventuales⁶⁵.

VI. CONCLUSIONES.

En el sistema jurídico mexicano, la obligación de dar alimentos se basa en los principios de solidaridad familiar e igualdad, que se manifiesta en asistencia y ayuda mutua, buscando satisfacer carencias tanto de tipo espiritual como material. Si bien es cierto que se reconoce el derecho humano a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos, en el caso específico de menores y en atención al principio del interés superior de la infancia, el derecho a recibir alimentos se considera un derecho fundamental.

⁶² Tesis: II.4o.C.23 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “pensión alimenticia. diferencias entre su cancelación y su cesación (legislación del estado de México)”.

⁶³ Cfr. Artículos 305 y 306 de la Ley de Familia para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

⁶⁴ Al respecto véase artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁶⁵ Tesis: I.3o.C.986 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro I, octubre de 2011, Tomo 3, p. 1645, bajo el rubro: “incidente de reducción o cancelación de pensión alimenticia. reglas para su procedencia cuando se alega cambio de circunstancias”.

En cuanto a la competencia para el procedimiento judicial en materia de alimentos, nos encontramos ante una esfera de competencia local y así cada estado de la República Mexicana tiene su propio Código Civil, así como su respectivos Códigos de Procedimientos Civiles, además aproximadamente en siete estados del país se han expedido Códigos de Familia, sin embargo podemos observar que los operadores jurídicos al momento de resolver cada caso concreto están obligados a interpretar el derecho a recibir alimentos de forma integral, es decir a partir de argumentos en el que se tomen en cuenta además de las leyes civiles, los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efectos de otorgar a las personas la protección más amplia.

Frente a los cambios que enfrentamos en el actual Derecho de Familia, la jurisprudencia mexicana ha reiterado que la legislación civil o familiar reconoce diversos tipos de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la pensión compensatoria derivada del divorcio, concubinato o uniones de hecho.

Cuando se decreta una pensión alimenticia con carácter definitivo, ésta subsistirá hasta en tanto se actualice alguna de las causas de suspensión o extinción previstas de forma expresa en la legislación civil o familiar correspondiente, debiendo existir por tanto una resolución judicial que ordene su modificación, ya sea aumento o reducción de la pensión, de forma proporcional y equitativa a las posibilidades de quien está obligado a otorgar los alimentos y a las necesidades de quien deba recibirlos.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia*, Editorial Oxford, México, 2ª edición, 2009.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Derecho de familia y obligación de alimentos” en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.): *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000.

PÉREZ FUENTES, G. M.: “El interés superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Octubre-Diciembre 2013.

PÉREZ FUENTES, G. M. y RODRÍGUEZ COLLADO, M. del C.: “El interés superior del menor en los códigos familiares de la República Mexicana: comentario legislativo”, *Revista Nexo Jurídico Locus Regit Actum*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, México, Año VI, número 25, Abril-Junio 2015.

PÉREZ-NIETO CASTRO, L.: “Algunos aspectos de derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (dirs.): *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.

ROGEL VIDE, C.: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

LEGISLACIÓN

Código Civil de la Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 5 de febrero de 2015.

Código Civil de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, cuya última reforma se publicó el día 13 de enero de 2016.

Código Civil del Estado de Yucatán, publicado en el Diario Oficial de Yucatán el 31 de diciembre de 1993, última reforma publicada el día 12 de junio de 2015.

Código Civil de España publicado en el Boletín Oficial Español el 25 de julio de 1889, última modificación publicada el 6 de octubre de 2015.

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada el 24 de diciembre de 2013.

Código de Familia para el Estado de Yucatán, expedido el 11 de abril de 2011, última reforma publicada en el Periódico Oficial el 12 de junio de 2015.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, cuya última reforma se publicó el 15 de agosto de 2016.

Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial el 15 de diciembre de 2015, última reforma publicada el 1º de julio de 2016.

TRATADOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

JURISPRUDENCIA

Amparo Directo en Revisión 1200/2014, resuelto mediante sentencia dictada el 8 de octubre de 2014 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis de jurisprudencia 1a./J. 35/2016, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “Alimentos. El contenido material de la obligación de otorgarlos va más allá del mero ámbito alimenticio en estricto sentido”.

Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 34/2016, Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “Alimentos. El estado de necesidad del acreedor alimentario es estrictamente individual y surge de la necesidad y no de la comodidad”.

Tesis de jurisprudencia: PC.XXII. J/4 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 27, febrero de 2016, Tomo II, p. 991, bajo el rubro: “Alimentos vencidos. Forma en que operan el principio de igualdad y el estándar de prueba cuando aquéllos derivan de un adeudo contraído por los acreedores (legislación del estado de Querétaro)”.

Tesis, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XII, agosto de 1993, p. 329, bajo el rubro: “Alimentos. El derecho a recibirlos es imprescriptible”.

Tesis: 1a. CCCLXXXVII/2014, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, p. 725, bajo el rubro: “Pensión compensatoria. La obligación de proporcionarla es de naturaleza distinta a la obligación alimentaria que surge de las relaciones de matrimonio, pues el presupuesto básico para su procedencia consiste en la existencia de un desequilibrio económico”.

Tesis: 1a. CCLV/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, agosto de 2015, Tomo I, p. 470, bajo el rubro: “Obligación alimentaria. Debe ser proporcional en cuanto a su duración”.

Tesis: 1a. LXIII/2016, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 28, marzo de 2016, Tomo I, p. 981, bajo el rubro: “Igualdad entre cónyuges. Contenido y alcances”.

Tesis: 1a. LXXXV/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1379, bajo el rubro: “Alimentos. El derecho a percibirlos en términos del artículo 4o. de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos tiene un contenido económico”.

Tesis: 1a. LXXXVII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1382, bajo el rubro: “Alimentos. La

pensión alimenticia derivada de una sentencia de reconocimiento de paternidad debe ser retroactiva al momento del nacimiento del menor”.

Tesis: 1a. LXXXVIII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 15, febrero de 2015, Tomo II, p. 1380, bajo el rubro: “Alimentos. El derecho a recibirlos constituye un derecho fundamental de los menores”.

Tesis: 1a. VII/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, p. 768, bajo el rubro: “Pensión compensatoria. Procede ante el quebrantamiento de una unión de concubinato, a favor de la persona que se hubiera dedicado preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos”.

Tesis: 1a. VIII/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, p. 769, bajo el rubro: “Pensión compensatoria. Procede ante el quebrantamiento de uniones de hecho, siempre y cuando se acredite que se trata de una pareja que convivió de forma constante y estable, fundando su relación en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua”.

Tesis: 1a./J. 36/2016, Décima Época, Primera Sala, Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “Alimentos. El contenido, regulación y alcances de la obligación de otorgarlos dependerá del tipo de relación familiar de que se trate”.

Tesis: 1a./J. 69/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 756, bajo el rubro: “Obligación subsidiaria alimenticia a cargo de los ascendientes en segundo grado (abuelos). Se actualiza en las líneas paterna y materna, sólo ante la falta o imposibilidad de ambos progenitores”.

Tesis: 1a./J. 69/2015, Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo I, p. 756.

Tesis: I.11o.C.82 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, p. 3175, bajo el rubro: “Competencia por territorio en los juicios de divorcio incausado y alimentos. no debe establecerse una regla general ni una excepción específica para determinar la posibilidad de modificar las reglas ordinarias de aquélla, pues tiene que atenderse a las circunstancias del caso concreto, a fin de establecer cuándo procede, en virtud de que puede vulnerarse el interés superior del menor [modificación de la tesis i.11o.c.4 c (10a.)]”.

Tesis: I.3o.C.986 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro I, octubre de 2011, Tomo 3, p. 1645, bajo el rubro: “Incidente de reducción o cancelación de pensión alimenticia. Reglas para su procedencia cuando se alega cambio de circunstancias”.

Tesis: I.5o.C. J/11, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, p. 2133, bajo el rubro: “Derecho de familia. Su concepto”.

Tesis: I.9o.C.118 C, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, enero de 2004, p. 1439, bajo el rubro: “Alimentos. En las sentencias firmes que los decretan no opera la cosa juzgada, pero sí la de preclusión”.

Tesis: II.4o.C.23 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 26 de agosto de 2016, bajo el rubro: “Pensión alimenticia. Diferencias entre su cancelación y su cesación (legislación del estado de México)”.

Tesis: VI.2o.C.46 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, Tomo II, p. 1205, bajo el rubro: “Pensión alimenticia. Las bajas calificaciones o reprobar alguna asignatura no es un factor que por sí solo justifique su reducción, tratándose de hijos mayores de edad que se encuentren estudiando (legislación del estado de Puebla)”.

Tesis: VI.2o.C.670 C, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, Abril de 2009, p. 1933, bajo el rubro: “Pensión alimenticia. Su revocación, disminución o aumento debe promoverse conforme a la ley instrumental vigente en el momento en que se actúa, aun cuando ésta se haya fijado por sentencia definitiva bajo el amparo de una ley procesal anterior”.

Tesis: XXXI.2 C, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, Tomo 2, p. 2078, bajo el rubro: “Pensión alimenticia. Hipótesis en que el deudor tiene legitimación para solicitar su reducción”.



LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS EN LA NUEVA NORMATIVA DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA (LOSSEAR) *

GROUPS OF INSURANCE AND REINSURANCE COMPANIES IN THE NEW LAW ON REGULATION, SUPERVISION AND SOLVENCY (LOSSEAR)

DR. PABLO GIRGADO PERANDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)
pablo.girgado@urv.cat

RESUMEN: La nueva LOSSEAR atiende de una manera más amplia que en anteriores ocasiones al fenómeno de los grupos de entidades de seguros. Este mayor detalle se refleja en un título específico dentro de la ley dedicado a alguno de sus aspectos más destacados en la supervisión por la DGSEF.

PALABRAS CLAVE: Derecho de seguros. Ordenación, Supervisión y Solvencia. Grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

ABSTRACT: The new LOSSEAR deals in a broader way than in the legislation previous occasions with the phenomenon of groups of insurance entities. This growth of interest is reflected in a specific title within the law dedicated to some of its most highlights in supervision by the DGSEF.

KEY WORDS: Insurance Law. Regulation, Supervision and Solvency. Groups of insurance and reinsurance companies.

FECHA DE ENTREGA: 13/11/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 07/01/2017.

*El texto se corresponde con la ponencia presentada en el III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en Seguros Privados y II Congreso Internacional de Derecho de Seguros, celebrado en Valladolid los días 17 y 18 de noviembre de 2016. Igualmente, cabe indicar su realización en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-59182, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (España) y de las actividades que venimos desarrollando en el Grupo de Investigación "Derecho de seguros" 2014-SGR-1518, reconocido por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES.- II. PRESUPUESTOS DE LA SUPERVISIÓN EN LOS GRUPOS.- 1. Delimitación de conceptos.- A) La noción de control.- B) La noción de grupo.- 2. El caso específico de los grupos mutuales.- A) Regulación en la LOSSEAR.- B) Requisitos de los grupos mutuales.- C) Contenido del acuerdo.- 3. Grupos sujetos a supervisión.- A) Supuestos.- B) Ámbito de aplicación.- C) Ejercicio de la supervisión.- IV. SITUACIÓN FINANCIERA DEL GRUPO.- V. SUPERVISIÓN DEL GRUPO CUANDO LA MATRIZ ESTÁ DOMICILIADA FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA.

I. CUESTIONES GENERALES.

Como es notoriamente conocido, la normativa ordenadora del seguro privado cumple una función tutelar de los diversos intereses en juego en un contrato de seguro, especialmente el de tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados¹. De tal modo, se pretende garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras a fin de que puedan desempeñar correctamente su objeto social. Desde la perspectiva de los sujetos mencionados, se regula su funcionamiento a fin de que estén en disposición de hacer frente a las obligaciones previamente contraídas con ellos.

Por ello, las entidades aseguradoras están sometidas al control de la Administración pública que se extiende no sólo a las condiciones de acceso a la actividad y a las de su ejercicio sino también a los recursos patrimoniales exigibles para desempeñarla. En este sentido, el control no se limita únicamente a la entidad aseguradora o reaseguradora individualmente considerada sino también a los grupos en que se integran, lo que permite una mayor eficacia en su supervisión².

La normativa previa a la entrada en vigor de la LOSSEAR venía recogida en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprobó el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados (en adelante, TRLOSSP-2004) y, previamente, en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, LOSSP-1995). Además, existen otras disposiciones normativas que debe tenerse presente a la hora de estudiar el régimen jurídico de las entidades aseguradoras y sus grupos³.

¹ V. PEÑAS MOYANO, M. J.: “La protección del asegurador en la LOSSP”, en BATALLER, J./ VEIGA, A. (Dirs.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Cizur Menor, 2014, pp. 309 ss.

² ACEDO VÁZQUEZ, F., en RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (Dirs.): “Un análisis de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *RES*, nº 165-166, 2016, p. 75.

³ Así, en concreto, cabe referirse a las siguientes normas: Ley 5/2005, de 22 de abril, de Supervisión de los Conglomerados Financieros (en adelante, Ley 5/2005); Ley 13/2007, de 2 de julio, en materia de supervisión del reaseguro; Ley 5/2009, de 29 de junio, sobre reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras; y Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Por otro lado, cabe poner de manifiesto el impulso que supone en la nueva normativa de ordenación la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento de recientes Directivas comunitarias⁴ y, al mismo tiempo, adaptar el ordenamiento vigente a la evolución que ha sufrido en los últimos años el mercado asegurador. Desde la perspectiva de los grupos, la Directiva Solvencia II –en su Considerando tercero– señala que sería recomendable la coordinación en la normativa de supervisión de los grupos, a fin de cumplir con el objetivo de mejorar el correcto funcionamiento del mercado asegurador⁵. En esta labor, se ha puesto de manifiesto que la normativa comunitaria ha desplazado el centro de atención en sede de grupos de la supervisión a la solvencia⁶. Al respecto, conviene atender especialmente a las dos siguientes normas:

- Directiva 2009/138/CE, de 25 noviembre, Parlamento Europeo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)⁷,
- y el Reglamento Delegado 2015/35/UE, de 10 octubre 2014, de la Comisión, que completa dicha Directiva 2009/138/CE (Reglamento Delegado).

⁴ En concreto, cabe indicar la Directiva 2009/138, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (en adelante, Directiva Solvencia II) y sus posteriores modificaciones, especialmente la Directiva 2014/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 (en adelante, Directiva Ómnibus II).

⁵ Así lo señala el Considerando tercero de la citada Directiva: “Desde la óptica del correcto funcionamiento del mercado interior, es conveniente establecer normas coordinadas referentes a la supervisión de los grupos de seguros y, con vistas a la protección de los acreedores, a los procedimientos de saneamiento y liquidación de las empresas de seguros”.

⁶ ACEDO VÁZQUEZ, F., en RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (Dirs.): “Un análisis del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *RES*, nº 165-166, 2016, p. 259, citando la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del borrador de ROSSEAR.

⁷ Como es sabido, la Directiva Solvencia II, en realidad, es una refundición de diversas Directivas comunitarias precedentes. La finalidad que se persigue con Solvencia II es dotarlas de la suficiente claridad. Por ello, se ha considerado oportuno elaborar un texto refundido que introduce una serie de modificaciones en las siguientes Directivas: en la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio; en la Directiva 78/473/CEE del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario; en la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica; en la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios; en la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida); en la Directiva 98/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros; en la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros; en la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida; y en la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro.

Y sin olvidar el papel destacado que para su interpretación pueda realizar la nueva Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ)⁸.

Respecto de la regulación precedente, la nueva LOSSEAR reconoce “un carácter más sustantivo”⁹ a los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, como demuestra la disposición de un título específico –el quinto-. Más discutible es su reconocimiento como “sujetos supervisados” –en la expresión utilizada por la propia Exposición de motivos-, si bien conviene aclarar que, en modo alguno, puede calificarse al grupo como “sujeto”.

Entre las novedades de la nueva regulación, se destaca la posibilidad reconocida en la LOSSEAR de crear grupos de entidades sin vinculación de capital, como en el caso específico de los grupos de mutuas de seguros¹⁰, objeto de atención más adelante¹¹. Lo que ha servido para poner de manifiesto el carácter “innovador” del régimen de supervisión de los grupos de LOSSEAR¹².

La supervisión del grupo de entidades aseguradoras comprenderá, principalmente, tres puntos de evaluación: la solvencia, las concentraciones de riesgo y las operaciones intragrupo. En cualquier caso, conviene aclarar que la supervisión de los grupos es de carácter “adicional” a la prevista para cada una de las entidades aseguradoras individualmente consideradas, en consonancia con el encabezamiento del título-, (art. 131.2)¹³. Igualmente, y desde una perspectiva de funcionamiento interno del grupo, se reconoce la necesidad de que exista un gobierno de grupo, que ha de ser eficaz y sujeto a supervisión.

Por otro lado, la regulación tiene en cuenta aquellos supuestos de grupos internacionales, especialmente cuando es competencia de la autoridad nacional (la DGSFP) su supervisión. No obstante, se reconoce en esta materia la existencia de un principio rector en virtud del cual convergen en la autoridad europea (AESPJ) los instrumentos y las prácticas de supervisión.

⁸ Creada mediante Reglamento (CE) n° 1094/2010, de 24 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que asume facultades importantes de coordinación y decisión en materia de supervisión y ordenación de seguros y reaseguros.

⁹ Exposición de motivos, ap. VI.

¹⁰ Junto a los constituidos por mutualidades de previsión social configuran los denominados “grupos mutuales”, si bien es en la norma de desarrollo, donde se explicita mejor esta posibilidad (cfr. art. 211 ROSSEAR).

Según indica ACEDO VÁZQUEZ, F.: “Un análisis de la Ley 20/2015”, cit., p. 76, siguiendo lo indicado en el citado art. 211 ROSSEAR, “... las razones que llevarían a formar un grupo mutual serían el centralizar la política financiera, de explotación, estratégica, comercial y de prestación de servicios comunes, así como “el establecimiento y la administración de vínculos de solidaridad financiera sólidos”, elementos todos estos que formarían a la postre el objeto social exclusivo de la sociedad anónima participada por los integrantes del grupo”.

¹¹ V. *infra* epígrafe II.2.

¹² ACEDO VÁZQUEZ, F.: “Un análisis de la Ley 20/2015”, cit., p. 75.

¹³ RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas reflexiones acerca de los grupos de sociedades en el Proyecto de Ley de Supervisión de Seguros”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (DIRS.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013, p. 412.

El tratamiento de los grupos se ubica en el título V de la LOSSEAR (*Supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras*) y comprende veinticuatro artículos estructurados en los cuatro capítulos siguientes:

1º) Disposiciones generales (arts. 131-133).

2º) Ejercicio de la supervisión de los grupos (arts. 134-142), analizando las funciones y facultades de la DGSFP como supervisor del grupo, los supuestos de colaboración con otras autoridades que asuman dicho papel, así como los diferentes niveles de supervisión.

3º) Situación financiera del grupo (arts. 143-153), en concreto analiza su solvencia, la concentración de riesgo y las operaciones intragrupo, la gestión de riesgos y el control interno y, en caso de incumplimiento de dicho régimen de solvencia, las medidas a adoptar.

4º) Grupos con entidades matrices fuera de la Unión Europea (art. 154).

II. PRESUPUESTOS DE LA SUPERVISIÓN.

1. Delimitación de conceptos.

Al igual que en la normativa anterior, el legislador dedica, con carácter preliminar, varios preceptos en el capítulo II del Título preliminar a delimitar el significado de determinados conceptos empleados en la normativa, si bien limitando sus efectos a esta ley y a “las demás disposiciones reguladoras de la supervisión y contratación de los seguros privados”¹⁴.

A) La noción de control.

Por lo que a nuestro estudio corresponde, interesa detenerse en lo previsto en los arts. 9 (*Relaciones de participación o control entre entidades*) y 131 (*Definiciones y normas sobre la supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras*). El primero se ocupa de definir lo que se entiende por “entidad matriz”¹⁵, “entidad filial”¹⁶, “control”¹⁷, “participación”¹⁸, “participación significativa en una empresa aseguradora o reaseguradora”¹⁹, “vínculos

¹⁴ Dicha afirmación permite reconocer la aplicabilidad no sólo a esta ley sino a todo el régimen jurídico – público y privado- del Derecho de seguros.

¹⁵ “Aquella entidad que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

¹⁶ “Aquella entidad sobre la que una entidad matriz ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control”.

¹⁷ “La relación existente entre una entidad matriz y una filial o una relación de la misma naturaleza entre cualquier persona física o jurídica y una empresa, en las situaciones previstas en el artículo 42 del Código de Comercio y en sus disposiciones de desarrollo”.

¹⁸ “La posesión, de manera directa o mediante un vínculo de control, de un porcentaje igual o superior al 20 por 100 de los derechos de voto o del capital de una empresa”.

¹⁹ “La posesión en una entidad aseguradora o reaseguradora, de manera directa o indirecta, de al menos un 10 por 100 del capital o de los derechos de voto o cualquier otra posibilidad de ejercer una influencia

estrechos”²⁰ y “participaciones financieras y de crédito”.

De una primera lectura, se aprecia que el “control” desempeña un papel esencial en la delimitación de la matriz y sus filiales. Y la definición empleada está en consonancia con lo previsto en el art. 42 Cdc, admitiendo el control efectivo o potencial, directo o indirecto, remitiéndose para ello a los supuestos previstos en el art. 42 Cdc²¹, y a sus disposiciones de desarrollo²². Pero, aun es más amplia, porque extiende aún más el perímetro de delimitación del art. 42 Cdc, pues no se limita únicamente a la relación de control entre una matriz y una filial sino también a aquella relación “... de la misma naturaleza entre cualquier persona física o jurídica y una empresa”, si bien en ambos casos conforme a los mismos términos previstos en el art. 42 Cdc²³.

En la doctrina²⁴, se ha planteado si la remisión del art. 9.3 LOSSEAR al art. 42 Cdc se refiere sólo a los efectos de qué se entiende por control o su aplicación debe ser más amplia y entender su remisión también en la labor de delimitar el concepto de grupo. En tal sentido, compartimos la opinión de que la referencia al art. 42 Cdc es únicamente a los efectos de delimitar cuáles son los supuestos de control reconocidos en la LOSSEAR. Así, como veremos en el siguiente epígrafe, existen otras situaciones de grupo, como los

notable en la gestión de la entidad”.

²⁰ “Toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control. Asimismo, la situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas, entre las que se encuentre una entidad aseguradora o reaseguradora, estén vinculadas, de forma duradera, a una misma persona física o jurídica por un vínculo de control”.

²¹ Los supuestos del art. 42.1 son los siguientes: “a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

²² Si bien no se indica cuáles son las disposiciones de desarrollo, parece entenderse las relativas a la consolidación contable, donde se ubica el citado art. 42 Cdc.

²³ Como advierte SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración y de reestructuración en el marco del Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión*, cit., p. 307, nota 11. Conviene también tener en cuenta que no se remite únicamente al nº 1 del art. 42 sino a todo el precepto, y éste también prevé otras situaciones como las contempladas en los números 3 y 6. En el primero se refiere a la necesidad de incluir también en la consolidación “... a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social”. En el segundo, se reconoce que lo dispuesto en el precepto, también puede aplicarse “... a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, 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”.

Es cierto que una interpretación que los incluya puede parecer demasiado forzada, pero desde luego no se puede negar que son situaciones presentes en el art. 42 Cdc, analizado en su conjunto.

²⁴ VERCHER MOLL, J.: *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Madrid, 2016, p. 285.

llamados “grupos mutuales”, no fundamentadas en el control sino en el un acuerdo negocial entre sus integrantes.

B) La noción de grupo.

Como ya hemos indicado el art. 9 no define lo que entiende por grupo, sino que pospone su tratamiento al título dedicado específicamente a su supervisión por los órganos encargados de ello (en concreto, art. 131 LOSSEAR). No obstante este segundo precepto reitera alguno de los conceptos definidos en el art. 9 -en concreto los de “entidad matriz”, “entidad filial” y “participación”²⁵ - y añade nuevas definiciones para “entidad participante”, “entidad vinculada”, “sociedad financiera mixta de cartera”, “operaciones intragrupo” y “entidades reguladas”.

El art. 131 LOSSEAR²⁶ entiende por grupo todo conjunto de entidades que:

“1º) esté integrado por una entidad participante²⁷, sus filiales y las entidades en las que la participante o sus filiales posean una participación, así como las entidades vinculadas entre sí por hallarse sujetas a una dirección única o porque sus órganos de administración, de dirección o de control, se compongan mayoritariamente de las mismas personas; o

2º) se base en un reconocimiento²⁸, contractual o de otro tipo, de vínculos financieros sólidos y sostenibles entre esas entidades, que puede incluir mutuas y mutualidades de previsión social²⁹, siempre que:

- Una de esas entidades, que será considerada la entidad matriz, ejerza efectivamente, mediante coordinación centralizada, una influencia dominante en las decisiones, incluidas las decisiones financieras, de todas las entidades que forman parte del grupo, que se considerarán entidades filiales;

²⁵ Si bien añade para la entidad matriz, “... así como cualquier entidad que, a juicio de las autoridades de supervisión, ejerza de manera efectiva una influencia dominante en otra entidad”; para la entidad filial, “así como cualquier entidad sobre la que, a juicio de las autoridades de supervisión, una entidad matriz ejerza de manera efectiva una influencia dominante”; e incluso la definición de participación se complementa, “así como la posesión, directa o indirecta, de derechos de voto o de capital en una entidad sobre la que, a juicio de las autoridades de supervisión, se ejerce de manera efectiva una influencia notable”.

²⁶ El precepto, en líneas generales, reproduce el criterio previsto en el art. 212 Directiva Solvencia II.

²⁷ “Una entidad matriz u otra entidad que posea una participación, o bien toda entidad vinculada a otra por hallarse sujetas a una dirección única o porque sus órganos de administración, de dirección o de control, se compongan mayoritariamente de las mismas personas”.

²⁸ Siguiendo a C. CASTILLO -quien revisa el título dedicado a los grupos en el Anteproyecto de LOSSEAR- en BATALLER GRAU, J. (Dir.): “Informe SEAIDA: El anteproyecto de Ley de supervisión de los seguros privados”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dir.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013, p. 924. El autor criticaba, con razón, el empleo de este término y, prefiere, en línea con lo previsto en Solvencia II, el de “establecimiento”. Además, sirve de apoyo a este argumento, que el mismo precepto en su punto segundo recurre también a la expresión de “establecimiento”.

²⁹ Respecto de las PLSP de 2011, se incluye a las mutualidades, pero queda al margen las cooperativas de seguros, como indica el citado “Informe SEAIDA”, cit., p. 924, sin que parezca suficientemente justificado.

- el establecimiento y disolución de dicha relación, a los efectos del presente título, estén sometidos a la autorización del supervisor del grupo; y
- en el caso de tratarse de grupos de mutuas o de mutualidades de previsión social, se ajusten a lo que se determine reglamentariamente”³⁰.

Previamente al estudio de la noción de grupo en LOSSEAR se debe tener presente cuál es la finalidad perseguida por la normativa y el motivo que justifica su atención a los grupos. Así, hemos de partir de esa finalidad tuitiva de supervisión de la actividad aseguradora y el interés en evitar los riesgos de solvencia también en aquellas situaciones cuando su explotación la realice una entidad integrada en un grupo. Si a ello se suma la aplicación limitada de tal noción –“a los efectos de esta ley”–, nos permite relativizar el alcance de tal disposición a otros sectores de nuestro ordenamiento. Realmente, la preocupación del legislador es la solvencia en el sector asegurador y para ello la supervisión tiene un alcance lo más amplio posible, comprendiendo situaciones de grupo y otras que, propiamente, no pueden calificarse como tal. Por ello, la necesidad de la dirección unitaria para la existencia de un grupo o la suficiencia de una situación de control se contempla como una cuestión secundaria³¹. En la norma de supervisión prima la transparencia en las relaciones y no el modelo de organización empresarial. El resultado, desde la perspectiva de grupos, como se ve en una lectura atenta de los preceptos, se caracteriza por una cierta confusión terminológica, además de un llamativo desorden en la ubicación de los preceptos. Crítica similar –confusa y poco ordenada– a la que, en su momento, realizamos sobre el régimen de los grupos contenido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de lo Seguros Privados (LOSSP)³².

En la doctrina, se ha destacado la amplitud del concepto de grupo presente en la LOSSEAR, que no se centra –como en el art. 42 Cdc– en el concepto de “control” sino en el de “participación” y en el de “influencia notable”. Concepción tan amplia que obvia el elemento sustancial a todo grupo, que es la dirección unitaria³³. En mi opinión, sin menoscabo del carácter amplio de la delimitación, la norma no prescinde del reconocimiento de la dirección unitaria como elemento común que integra a todos los grupos. Y ello se ve tanto en los grupos correspondientes al primer epígrafe –“...por hallarse sujetas a una dirección unitaria ...”– como en los del segundo (“... ejerza efectivamente, mediante coordinación centralizada, una influencia dominante en las decisiones ...”)³⁴.

³⁰ En concreto, en el art. 211 ROSSEAR. En detalle, v. *infra* epígrafe II.2.

³¹ Lo pone también de manifiesto, recientemente, VERCHER MOLL, J.: “Las condiciones de acceso al mercado de seguros, en particular la sincronía entre la autorización y el objeto social de las entidades de seguros”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 2016.

³² La empresa de grupo y el Derecho de Sociedades, Granada, 2001, p. 113, nota 342. En idéntico sentido, v. AA. VV.: Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación de los Seguros Privados, Madrid, 1997.

³³ Así, si bien respecto del proyecto de ley, lo advierte RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas reflexiones”, cit., pp. 411-412.

³⁴ Se advierte una cierta similitud entre las opciones de grupo del art. 131.1. f/ LOSSEAR con la previsión de la Propuesta de Código Mercantil (en adelante, PCM), que, en su art. 291-1, también distingue dos modalidades, una más propia de los grupos jerárquicos y otra de los horizontales o por coordinación.

En consonancia con lo manifestado en un análisis detalle y relevante cuando la LOSSEAR sólo era proyecto de ley³⁵, cabe destacar tanto la falta de un concepto unitario de grupo como la indeterminación del resultado final. Ello conduce a una disminución de la seguridad jurídica para las entidades aseguradoras a la hora de interpretar si son o no destinatarios de las normas de supervisión y solvencia y con qué alcance. Igualmente, se recuerda que falta tanto el establecimiento de un procedimiento adecuado para el reconocimiento del grupo como la indicación de cuál sea el momento preciso de referencia para el cálculo de los porcentajes previstos en la norma.

2. El caso específico de los grupos mutuales.

A) Su regulación en la LOSSEAR.

Como una de las notas anteriormente destacadas de la nueva regulación, destaca la atención prestada a los grupos mutuales (art. 131.1.f.2º.iii LOSSEAR)³⁶. El tratamiento de esta modalidad de grupo viene reconocido en la propia Directiva Solvencia II, que señala como uno de los objetivos perseguidos en el nuevo régimen de supervisión de las entidades aseguradoras el establecimiento de mecanismos que favorezcan la concentración económica en el sector mutualístico³⁷.

Con ello, se reconoce el papel destacado que puede desempeñar la organización de la actividad aseguradora a través de una estructura de grupo en la concentración y

³⁵ Elaborado por un grupo de investigadores de SEAIDA, bajo la dirección de J. BATALLER, “Informe SEAIDA”, cit., p. 734; v. en detalle el análisis realizado en el informe para los grupos por C. CASTILLO, *ibidem*, p. 923.

³⁶ Regulado en otros países de la Unión Europea como Francia (*Ordonnances n° 766, 767 de 29 de agosto de 2001*). Al respecto, v. el artículo de MOREAU, J. P.: “Les nouvelles structures de groupe dans l’assurances”, *Revue Générale du Droit des Assurances (RGDA)*, 2001, pp. 96-918.

Art. 212.1.c.ii Directiva Solvencia II: “1. A efectos del presente título, se entenderá por: [...] c) «grupo»: todo conjunto de empresas: [...] ii) que se base en el establecimiento, contractual o de otro tipo, de vínculos financieros sólidos y sostenibles entre esas las empresas, y que puede incluir mutuas o asociaciones de tipo mutualista, siempre que:

- una de esas empresas ejerza efectivamente, mediante coordinación centralizada, una influencia dominante en las decisiones, incluidas las decisiones financieras, de todas las empresas que forman parte del grupo; y

- el establecimiento y la disolución de dichas relaciones a efectos del presente título estén sometidos a la aprobación previa del supervisor del grupo.

La empresa que ejerza la coordinación centralizada se considerará la empresa matriz, y todas las demás empresas se considerarán empresas filiales”.

³⁷ Así, establece el Considerando 98 que: “Con arreglo a la legislación comunitaria y nacional, las empresas, en particular las mutuas y sociedades mutuas, *deben poder constituir concentraciones o grupos*, no mediante vínculos de capital, sino mediante relaciones oficiales, fuertes y estables, basadas en un reconocimiento contractual o de otro tipo que garantice una solidaridad financiera entre dichas empresas. Cuando se ejerza una influencia dominante mediante una coordinación centralizada, las empresas deben ser supervisadas de conformidad con las mismas normas que se aplican a los grupos constituidos sobre la base de vínculos de capital a fin de alcanzar un nivel de protección adecuado de los tomadores de seguros y la igualdad de oportunidades entre los grupos” [el subrayado es nuestro].

reestructuración del sector mutualístico³⁸ y, además, sirve como mecanismo útil para reforzar la solvencia y liquidez también requerida a estas figuras jurídicas en la nueva LOSSEAR³⁹.

Este instrumento de concentración tiene cierta similitud con el mecanismo empleado en el sector crediticio a través del conocido como Sistema Institucional de Protección (SIP)⁴⁰. No obstante, resaltan algunas diferencias de cierta importancia. Así, cuando las entidades integradas en el grupo sean Cajas de Ahorro también la matriz del grupo debe ser una entidad de crédito que adopte la forma de sociedad anónima y habrá de estar controlada conjuntamente por todas ellas, entendiendo el concepto de control en los términos del art. 42 Cdc⁴¹. No obstante, en tal caso, la exigencia de participación a las entidades de crédito en el sistema institucional de protección no se reclama “en su totalidad”, como sí ocurren en los grupos mutuales⁴².

Este mecanismo permite conseguir un accionariado “homogéneo y cerrado” en la matriz del grupo mutual, pues quien ostente una participación en la matriz deberá de someterse necesariamente al contrato de integración. En cierta medida, se puede hablar de un grupo por coordinación altamente centralizado. No obstante, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina⁴³, la exclusión de la posibilidad de participar en un grupo mutual a otras figuras jurídicas, dificulta, en gran medida, su papel como instrumento de capitalización de los grupos mutuales, porque les impide contar con un instrumento eficaz en la labor de captación de fondos en el mercado a fin de fortalecer la solvencia exigida al grupo. Y ello en abierta contradicción con otros supuestos similares en los mercados financieros como los mencionados SIP, empleados con frecuencia en la práctica bancaria, a los que sí se

³⁸ SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración”, cit., pp. 306 y 342 (“nueva figura de concentración corporativa en el sector asegurador”).

³⁹ SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., p. 606.

⁴⁰ Anteriormente, se regulaba esta figura en el art. 8.3, letra d/ de la ya derogada Ley 13/1985, de 25 de mayo sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, que reconocía como grupos consolidables de entidades financieras aquel acuerdo contractual entre varias entidades de crédito integrando un sistema institucional de protección (S.I.P.), cuando cumplan una serie de requisitos previstos en la norma. Ésta se derogó por Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, regulando la supervisión de los grupos consolidables en su art. 57 y el art. 81 de su norma de desarrollo (R.D. 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito). Sobre los sistemas institucionales de protección, v. la Disp. Adicional quinta de la citada ley 10/2014, que regula los requisitos que han de cumplir, en concordancia con el Reglamento (UE) n° 575/2013, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012.

Sobre el tema, v. SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión*, cit., pp. 605-618. La naturaleza propia de las Mutuas y mutualidades le impide tanto establecer vínculos de capital entre ellas como recurrir al capital como mecanismos de financiación que, como es sabido, representa uno de los pilares del nuevo régimen asegurador en la LOSSEAR.

⁴¹ Cfr. Disp. Adicional quinta Ley 10/2014.

⁴² Como ponen de relieve SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., pp. 606-607.

⁴³ SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., pp. 607-608.

permite la integración de entidades diferentes a las de crédito⁴⁴.

En cambio, lo que sí consigue tal decisión legislativa es que se pueda mantener estable el accionariado.

B) Requisitos de los grupos mutuales.

Desarrollada la figura reglamentariamente (art. 211 ROSSEAR), el grupo mutual se articula, en tal caso, a través de la constitución de una sociedad anónima en la que participan todas las mutuas que lo integran. El precepto reconoce a la citada sociedad el papel de matriz del grupo si bien sólo “a los efectos de la normativa de ordenación, supervisión y solvencia”⁴⁵. Como se ha recordado entre nosotros⁴⁶, es objeto de crítica la exigencia de la forma social anónima y no otras posibilidades como las entidades de carácter mutual. En principio, parece comprensible que la forma jurídica societaria sea la anónima, al igual que para la entidad aseguradora individualmente considerada. No obstante, no parece justificado la exclusión de las otras figuras admitidas como las de naturaleza mutual. Además, si sólo se permite que en su accionariado lo integren las entidades que han suscrito el contrato de integración, no parece sentido limitar la opción a la sociedad anónima que es la que favorece esa participación en el capital de la matriz del grupo⁴⁷.

Cada mutua ostentará una participación en la sociedad matriz, que podrá ser diferente según el volumen de actividad que cada una de las mutuas desarrolle. De tal modo, no se sigue el criterio mutualista de un voto para cada uno de ellos, sino que habrá de atender al grado de participación que cada una ostente, es decir, el número de acciones de las que sea titular en la matriz y el contenido de los posibles pactos incorporados a los estatutos. Esta participación, lógicamente, será proporcional, como hemos indicado, al volumen de actividad de cada entidad, si bien habrá que estar a lo dispuesto en el contrato de integración, que puede introducir mecanismos de reequilibrio o compensación para evitar que las entidades de menor actividad se puedan ver sometidas al de aquellas que tengan un mayor volumen.

Al respecto, cabe poner de manifiesto la diferente condición asumida por el tomador del seguro con la entidad aseguradora matriz del grupo –pues es un simple tomador, que no participa en la Junta general- y con las entidades que componen el grupo. En este segundo supuesto, el tomador mantiene su consideración de mutualista y puede votar directamente en la asamblea de la mutua con la que contraten. En cambio, su votación en la junta

⁴⁴ SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración”, cit., p. 343. En relación con las SIP, cita dos artículos: PAZ-ARES, C./ NÚÑEZ-LAGOS, R.: “¿Qué son los SIPs y qué futuro les espera?”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2011, n° 36, p. 8-23; HIDALGO ROMERO, R.: “Sobre la estructura de gobierno de los sistemas institucionales de protección (SIP) de carácter reforzado integrado por Cajas de Ahorros”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 11, 2011, pp. 29-41.

⁴⁵ Es habitual el recurso en las regulaciones sectoriales a la limitación de la noción del grupo a los efectos de la correspondiente norma.

⁴⁶ SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración”, cit., p. 343, nota 77.

⁴⁷ Como apuntan SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., p. 608.

general de la sociedad matriz se realiza de manera indirecta a través del representante de la mutua de la que es miembro⁴⁸.

Entre las notas que caracterizan a la matriz de este grupo mutual es su objeto social exclusivo: “el establecimiento y la administración de vínculos de solidaridad financiera sólidos y sostenibles entre entidades que formen parte del grupo, así como el diseño y ejecución de políticas estratégicas y comerciales del grupo y la prestación de servicios comunes”. Aunque puede entenderse comprendido en tal objeto, la propia norma resalta cuáles son las actividades desempeñadas por la sociedad, en concreto, “la dirección de las políticas financieras y de explotación de todas las entidades del grupo”.

En cuanto a los otros miembros del grupo, comprendería entre ellos tanto a mutualidades de previsión social como a mutuas de seguros. Al respecto, cabe señalar que se corrige la previsión contemplada en el art. 196.4 PLSSP (2011), conforme al cual no se admitía la integración en un mismo grupo de mutuas y mutualidades de previsión social⁴⁹. Además, la norma recuerda una cuestión evidente a las mutuas y mutualidades, su integración en un grupo mutual impide que puedan, simultáneamente formar parte de otro.

Finalmente, aunque la sociedad anónima matriz del grupo no se pueda considerar como entidad aseguradora –pues no cumple los requisitos exigidos por la ley y no sería admisible que los cumpliera, porque se apartaría de su objeto social exclusivo- sí está sometida al régimen jurídico de supervisión de la LOSSEAR y de la ROSSEAR.

En este sentido, se atribuye a la DGSFP la competencia como supervisor del grupo mutual y le corresponde autorizar su constitución, modificación y disolución⁵⁰. Esta labor se tramita como expediente administrativo que, una vez iniciado, tiene un plazo máximo de seis meses para su resolución. Transcurrido este plazo sin resolución, se entenderá desestimada su solicitud (art. 211.4 ROSSEAR).

C) Contenido del acuerdo.

El elemento de vinculación entre las entidades del grupo se sustenta en el contrato de integración, ya que, aunque adquieran participaciones en la matriz sociedad anónima, las entidades mutuales no pueden ostentar vínculos de capital en otra. Este vínculo ha de ser duradero y vinculante para todos los firmantes, que se someten, en definitiva, a las instrucciones que se impartan desde la sociedad anónima matriz del grupo.

En tal sentido, el mismo art. 211 ROSSEAR se ocupa de cuál es la organización y el funcionamiento del grupo mutual. Así, se resalta, junto a los estatutos de la sociedad matriz, el papel destacado que desempeñan los convenios de adhesión suscritos con cada una de las entidades integrantes del grupo⁵¹. La presencia necesaria de estos convenios

⁴⁸ Como nos recuerdan, SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., p. 609.

⁴⁹ Cuestión que era objeto de crítica, SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales”, cit., p. 610.

⁵⁰ Conviene analizar esta facultad de la DGSFP y su procedencia alemana.

⁵¹ El acuerdo debe servir para determinar cuál es la participación de cada entidad en la sociedad anónima

para la configuración de los grupos mutuales nos permite afirmar que *stricto sensu* se trata de un contrato de grupo y, en virtud de este carácter convencional, se puede incardinar entre los llamados grupos por coordinación. Como se indica en la norma, tales convenios se elevan a escritura pública y son objeto de depósito en el Registro Mercantil⁵². Entendemos que, en el asiento de las entidades afectadas, tanto la sociedad anónima matriz como el propio de la entidad mutualista.

Sin llegar a un alto grado de detalle, la norma reglamentaria indica algunos aspectos del contenido de tales convenios⁵³. De tal modo, se menciona que “...deberán incluir los derechos y obligaciones, tanto políticos como financieros, de cada una de las entidades del grupo, hacia el resto de las entidades del grupo y hacia la propia sociedad matriz, así como aspectos relativos a las estrategias comerciales y operativas del grupo”. Los estatutos de la sociedad matriz también pueden servir como mecanismo para determinar los derechos y obligaciones de los integrantes del grupo a través del recurso a las prestaciones accesorias y la exigibilidad de su cumplimiento, conforme con el art. 86 LSC.

Además, y conforme con la estabilidad inherente a todo contrato de organización de grupo, se fija una duración mínima de diez años de cada convenio. Al mismo tiempo, y con el lógico propósito de que se cumpla este criterio temporal, se debe incorporar al convenio mutual un régimen de penalizaciones en el caso de que alguna entidad quiera salir del grupo antes del plazo previsto⁵⁴. Este régimen está presidido por los principios de permanencia y estabilidad de las entidades en el grupo. Los convenios de adhesión se elevarán a escritura pública y se depositarán en el Registro Mercantil.

En otro orden, cabe puntualizar la doble autorización requerida a tales convenios de grupo. Por un lado, de naturaleza contractual, el de la propia asamblea general de la entidad que pretende integrarse en el grupo. Por otro, de naturaleza técnica, la de la propia DGSFP en caso de que asuma el papel de supervisor del grupo (art. 211.6 ROSSEAR). Si la entidad matriz del grupo está domiciliada en otro Estado miembro, la

matriz.

⁵² Puede ser interesante comparar esta previsión legal con la Propuesta de Código Mercantil en la que se preveía también tal opción para los grupos.

⁵³ La PLSSP-2011 había previsto, además, cuál había de ser el régimen financiero del grupo mutual. En concreto, señalaba en su apartado 4 que: “a) El contrato de grupo mutual deberá garantizar la solidaridad financiera entre las entidades que lo integren mediante un compromiso mutuo de solvencia y liquidez. El compromiso de apoyo mutuo incluirá las previsiones necesarias para que el apoyo entre sus integrantes se lleve a cabo a través de fondos inmediatamente disponibles.

b) En virtud del contrato de grupo mutual, las entidades que lo integren pondrán en común una parte significativa de sus resultados, que deberá ser distribuida de manera proporcional a la participación de cada una de ellas en el grupo.

Reglamentariamente se determinará el porcentaje que sobre los fondos propios de cada entidad deberá alcanzar, como mínimo, el compromiso mutuo, así como la parte de los resultados que las entidades del grupo mutual pondrán en común”.

La supresión de dicho epígrafe se fundamenta, probablemente, en la intención de facilitar a las entidades involucradas un mayor margen de maniobrabilidad en su configuración. Además, el control de tal operación quedaría cubierto por su sometimiento a la autorización de la DGSFP.

⁵⁴ Como señala SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración”, cit., p. 433, el grupo mutual tiene vocación “de perdurar en el tiempo”. Detrás de tal requisito temporal, subyace la exigencia de un compromiso de estabilidad que permita dotar a los grupos de la solvencia y liquidez necesaria.

mutua o mutualidad de previsión social domiciliada en España que pretenda incorporarse o abandonar el grupo deberá comunicárselo a la DGSFP (art. 211.8 ROSSEAR)

En cambio, la posibilidad de abandono de un grupo mutual, exige su preaviso con un plazo mínimo de dos años y su comunicación a la DGSFP⁵⁵. Al respecto, cabe destacar la facultad de oposición de la DGSFP al abandono de la entidad correspondiente “cuando suponga un incumplimiento de las obligaciones financieras asumidas en el contrato de grupo mutual” (art. 211.7 ROSSEAR).

Finalmente, el precepto recuerda el sometimiento de los grupos mutuales al mismo régimen de supervisión que los grupos constituidos sobre la base de vínculos de capital. Además, quizá con una visión temerosa de tales grupos, se afirma que “en ningún caso” el compromiso que puedan alcanzar las entidades integrantes del grupo mutual en materia de solvencia y liquidez puede poner en peligro la solvencia de cada uno de sus miembros individualmente considerados, ni los compromisos asumidos con sus asegurados (art. 211.9 ROSSEAR).

Por último, la exigencia de que todas las entidades integrantes del grupo mutual mantengan tal condición durante el período de duración del contrato se conecta con la previsión del epígrafe 10 del analizado art. 211 ROSSEAR. Conforme a dicho epígrafe, se califica las operaciones societarias acontecidas a cualquiera de las mutuas que lo integran como modificación del grupo, y, por tanto, de su contrato constitutivo. Al respecto, cabe resaltar que no se refiere a simples operaciones societarias sino a aquellas que tengan carácter estructural y supongan la pérdida de la condición de mutualista de la entidad afectada y por extensión de sus miembros (por ej., con ocasión de su transformación en sociedad anónima). El legislador parece estar pensando, más bien, en una cuestión no atendida en el PLSSP (2011) y relativa a las posibles operaciones de segregación de la actividad de la mutua y su traslado a la matriz del grupo. Se trataría de una operación de desmutualización, pues al integrarse el negocio asegurador en la matriz, el mutualista dejaría de ser tal para reconvertirse en un simple tomador de una póliza de seguros con una sociedad anónima de seguros. Como es lógico, en tales casos, el legislador promueve un sistema de control que permita contar con la aprobación del propio grupo y, por extensión, de los mutualistas⁵⁶.

3. Grupos sujetos a supervisión.

A) Supuestos.

⁵⁵ Con ello, lo que se pretende es potenciar el carácter duradero del vínculo contractual. Conviene puntualizar sobre su carácter sustancial a la idea de grupo y en especial a la dirección unitaria, que requiere un ejercicio estable en el tiempo y que no puede quedar reducido a una situación pasajera o esporádica. En el caso de los grupos mutuales, además, ese presupuesto de durabilidad se enmarca también en la exigencia al grupo de solvencia. Así, la entrada y salida continua y por espacios cortos de tiempo perjudica la estabilidad del mismo grupo y, al mismo tiempo, su solvencia.

⁵⁶ Más en detalle sobre el tema v. SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales, cit., pp. 617-618.

A la hora de determinar los grupos sujetos a supervisión, el art. 132 LOSSEAR establece cuatro modalidades:

- en primer lugar, aquellas entidades aseguradoras o reaseguradoras que sean entidad participante en, al menos, una entidad aseguradora o reaseguradora, incluso en una entidad aseguradora o reaseguradora de un tercer país;
- en segundo lugar, aquellas entidades aseguradoras o reaseguradoras cuya matriz sea una sociedad de cartera de seguros o una sociedad financiera mixta de cartera con domicilio social en la Unión Europea;
- en tercer lugar, aquellas entidades aseguradoras o reaseguradoras cuya matriz sea una sociedad de cartera de seguros o una sociedad financiera mixta de cartera que tenga su domicilio social fuera de la Unión Europea, o una entidad aseguradora o reaseguradora de un tercer país;
- finalmente, en cuarto lugar, aquellas entidades aseguradoras o reaseguradoras cuya matriz sea una sociedad mixta de cartera de seguros.

En el caso de una sociedad financiera mixta de cartera sujeta a supervisión, ya sea conforme al régimen de supervisión de los conglomerados financieros⁵⁷, ya sea por la normativa de supervisión de las entidades de crédito⁵⁸ o por la correspondiente a los mercados de valores⁵⁹, se reconoce a la DGSFP -cuando sea el supervisor del grupo, y previa consulta a las autoridades supervisoras en los citados sectores financieros- , la facultad de decidir que se apliquen únicamente las disposiciones supervisoras específicas de tales sectores (art. 132 puntos 2 y 3).

B) *Ámbito de aplicación.*

El legislador ha delimitado el perímetro de supervisión excluyendo algunas entidades por diversas circunstancias (art. 133 LOSSEAR). Así, en principio, se parte de la no obligatoriedad de extender la supervisión a las entidades aseguradoras o reaseguradoras de un tercer país, a sociedades de cartera de seguros y a sociedades mixtas de cartera de seguros⁶⁰.

Además, la DGSFP asume la facultad para excluir determinadas entidades en alguno de los siguientes supuestos:

- porque la entidad se encuentre domiciliada en un tercer país y concurran impedimentos

⁵⁷ Ley 5/2005.

⁵⁸ Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito (LOSSEC).

⁵⁹ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV)

⁶⁰ Con respecto a estas dos últimas, como se indica en el Considerando nº 96 Directiva Solvencia II, la supervisión de tales entidades, individualmente consideradas, queda excluida limitándose a las del grupo en que se integran y “en la medida de lo necesario”.

legales para la remisión de la información necesaria⁶¹;

- porque la entidad presente un interés poco significativo en atención a los objetivos de la supervisión de grupo, salvo que sean varias las entidades afectadas y conjuntamente sí gocen de un “interés significativo”; o
- o porque la inclusión de la entidad resulte inadecuada o induzca a error en relación con los objetivos de la supervisión de grupo.

No obstante, cuando concurra alguno de los dos últimos supuestos citados, la autoridad de supervisión del Estado miembro donde esté ubicada la entidad afectada podrá solicitar la información necesaria para la supervisión a la matriz del grupo domiciliada en España.

Igualmente, cuando sea la autoridad de otro Estado miembro la que, según su normativa, excluya a la entidad afectadas de supervisión, la DGSFP está autorizada para solicitar la información necesaria para la supervisión a la matriz del grupo domiciliada en dicho Estado miembro⁶².

III. EJERCICIO DE LA SUPERVISIÓN.

Como es sabido, la competencia para el ejercicio de las funciones de supervisión se atribuyen a la DGSFP cuando las entidades del grupo se encuentre domiciliadas en España (art. 134 LOSSEAR)⁶³. En el caso de que no todas se encuentren en España, el legislador ha detallado una serie de supuestos específicos, cuya lectura suscita una cierta complejidad⁶⁴.

Lógicamente, el criterio empleado es el del lugar del domicilio de la matriz para fijar la supervisión por la DGSFP en los siguientes supuestos (art. 134.2 LOSSEAR):

- cuando la matriz es una entidad aseguradora o reaseguradora domiciliada en España,
- cuando la matriz es una sociedad de cartera de seguros o sociedad financiera mixta⁶⁵ y todas sus filiales estén domiciliada en España,

⁶¹ Al respecto, llama la atención que se incluya la mención de “sin perjuicio de lo que se disponga reglamentariamente”; siendo discutible la atribución –vía reglamentaria- de tal facultad a la DGSFP ante la concurrencia de un impedimento legal.

⁶² En el *Informe SEAIDA* se plantea la necesidad de valorar el papel del supervisor autonómico cuando la filial desempeñe su actividad limitadamente a dicho territorio (*Informe SEAIDA*, p. 927).

⁶³ Igual que en la nota anterior, el *Informe SEAIDA* pone de manifiesto la necesidad de aclarar qué ocurre cuando una filial desarrolla sus actividades con carácter principal o exclusivo en el ámbito de una CC.AA. que tenga atribuida la competencia de supervisión en tal sector.

⁶⁴ Así, v. el n° 2 del art. 134 LOSSEAR.

⁶⁵ La ausencia de las sociedades financieras mixtas ya era advertida en el PLSP de 2011, v. RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas reflexiones”, cit., pp. 415.416.

- cuando la matriz es una sociedad de cartera de seguros o sociedad financiera mixta domiciliada en España y alguna de sus entidades aseguradoras o reaseguradoras también lo estén,
- cuando la matriz la constituyan varias sociedades de cartera de seguros o sociedades financieras mixtas domiciliadas en España y en otros estados de la Unión Europea, y también esté domiciliada en España la entidad aseguradora o reaseguradora con mayor balance de entre las demás domiciliadas en la Unión Europea,
- cuando una sociedad de cartera de seguros o sociedad financiera mixta domiciliada fuera de la Unión Europea sea matriz de varias entidades aseguradoras y reaseguradoras domiciliadas en la Unión Europea, entre las cuales tenga domicilio en España la que cuente con un mayor balance total,
- cuando carezca de matriz [sic] o en cualquier circunstancia diferente de las indicadas anteriormente, esté domiciliada en España la entidad aseguradora o reaseguradora de mayor balance total.

No obstante, el legislador ha atribuido, entre otras muchas, a la DGSFP una facultad decisoria muy relevante, pues le reconoce el derecho a elegir entre supervisar al grupo o no hacerlo contrariamente al propio criterio establecido, siguiendo lo estipulado en el Reglamento de desarrollo de la propia ley (ROSSEAR).

En esta doble vertiente -positiva y negativa- de tal facultad decisoria corresponde atender a los arts. 175 y 176 ROSSEAR.

En primer lugar, desde la vertiente positiva, la ROSSEAR en su art. 175 incorpora otro supuesto de supervisión adicional. En concreto, se reconoce tal facultad cuando sean las propias autoridades de supervisión afectadas de cada Estado miembro quienes decidan conjuntamente, previa solicitud de cualquiera de ellas, atribuir tal competencia a la DGSFP. La asignación debe responder a una mejor adecuación a la estructura del grupo y a la importancia relativa de las actividades que vienen desarrollando las entidades aseguradoras y reaseguradoras del grupo en sus correspondientes Estados (art. 175 ROSSEAR)⁶⁶.

Esta temática suscita una cierta problemática en el recurso cada vez mas frecuente de las sociedades matrices de un grupo a optar por la sucursalización y centralización de sus actividades en el mercado asegurador con la finalidad de simplificar su entramado societario⁶⁷. El motivo de tal reestructuración interna procede de las nuevas exigencias

⁶⁶ La norma regula algunos aspectos de tal decisión, señalando que el procedimiento se podrá iniciar a solicitud de cualquier autoridad de supervisión, aunque sólo una vez al año Y la decisión se debe de adoptar de manera conjunta por el colegio de supervisores y dentro de los tres meses siguientes a tal solicitud, debiendo dar la oportunidad al grupo –entendemos a los órganos de la matriz- de manifestar su opinión.

⁶⁷ Haciendo referencia a estos problemas, v. RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (Dirs.): “Un análisis del Real Decreto 1060/2015”, cit., p. 259. Sobre el tema de la sucursalización, en detalle, v. SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Los procesos de sucursalización”, cit., pp. 365 ss.

regulatorias en Solvencia II y en la LOSSEAR, que provocan en la matriz un interés en reforzar su capital de solvencia mediante la reconversión de sus filiales en sucursales⁶⁸. Este camino ya había sido previsto en diversos estudios y análisis de mercado como consecuencia de la aplicación de los nuevos estándares regulatorios.

El papel del Colegio de Supervisores es relevante a efectos de fijar o levantar la supervisión, así como de establecer los mecanismos que armonicen dicha actividad en los diversos Estados miembros⁶⁹. También suscita un relevante debate en torno a las decisiones de los supervisores sobre quién es el que tiene competencia en la materia (v. art. 175 ROSSEAR)

Y, en segundo lugar, la vertiente negativa, es decir, cuándo no sería supervisora del grupo (art. 176 ROSSEAR). En tal caso, se requiere una decisión conjunta de las autoridades de supervisión afectadas para que la DGSFP no asuma las funciones de supervisor. Los motivos de tal exclusión giran en torno a la falta de adecuación de tal supervisión en atención a cuál sea la estructura del grupo y la importancia de las actividades que vengan realizando las entidades aseguradoras y reaseguradoras en los diferentes países miembros en los que actúe.

La decisión conjunta de no asumir tal función de supervisor tiene un plazo de tres meses desde que se plantee por cualquiera de las autoridades integradas en el Colegio de Supervisores y deberá estar plenamente motivada.

Las funciones asumidas por la DGSFP como supervisora del grupo se agrupan, según el art. 135 LOSSEAR, en un listado amplio y no taxativo⁷⁰, pero que, en principio, no pueden ser objeto de delegación al Colegio de Supervisores⁷¹. En concreto, cabe destacar las siguientes:

- “a) La coordinación de la recopilación y la difusión de información pertinente o necesaria para las situaciones corrientes y de emergencia, incluida la difusión de

⁶⁸ Como expresa el considerando 101 Directiva Solvencia II: “El capital de solvencia obligatorio de un grupo consolidado debe tener en cuenta la diversificación general de los riesgos existentes en todas las empresas aseguradoras y reaseguradoras del grupo, de modo que refleje adecuadamente la exposición a los riesgos de ese grupo”.

⁶⁹ Así lo pone de relieve el Considerando 139 del Reglamento delegado, según el cual: “El colegio de supervisores debe ser una plataforma permanente de coordinación entre las autoridades de supervisión, que promueva una comprensión común del perfil de riesgo del grupo y de sus empresas vinculadas y persiga lograr una supervisión basada en el riesgo más eficiente y eficaz a nivel individual y de grupo. En este contexto, a fin de garantizar un funcionamiento adecuado del colegio, es necesario establecer criterios para determinar cuándo una sucursal se considera significativa a efectos de que sus autoridades de supervisión participen en el colegio. Asimismo, resulta esencial armonizar las exigencias aplicables a la coordinación de la supervisión de grupos de seguros y reaseguros, a fin de promover la convergencia de las prácticas de supervisión”.

⁷⁰ El citado precepto remite a otras funciones asignadas en la LOSSEAR o en otra norma de aplicación, apartado g/ art. 135.1).

⁷¹ Según RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas reflexiones”, cit., p. 418, se trata más bien de “funciones” que no pueden ser objeto de delegación por la DGSFP. La autora confronta la redacción del punto 1 *ab initio* del art. 164 PLSP 2011 –coincidente con el del art. 135.1 LOSSEAR- y el punto 3 del mismo precepto, que sí ha quedado modificado.

información que revista importancia para la función de las autoridades de supervisión.

- b) La supervisión y evaluación de la situación financiera de grupo.
- c) La comprobación de que el grupo cumple las disposiciones sobre la solvencia y la concentración de riesgo, y sobre las operaciones intragrupo.
- d) El examen del sistema de gobierno del grupo⁷² y de si los miembros del órgano de administración o dirección de la entidad participante cumplen los requisitos establecidos en el artículo 38 y demás que se establezcan reglamentariamente.
- e) La planificación y coordinación, mediante reuniones celebradas al menos con periodicidad anual o mediante otros medios apropiados, de las actividades de supervisión en las situaciones corrientes y de emergencia, en cooperación con las autoridades de supervisión afectadas y teniendo en cuenta el carácter, la dimensión y la complejidad de los riesgos inherentes a la actividad de todas las entidades que forman parte del grupo.
- f) La dirección del proceso de validación de los modelos internos utilizados a nivel de grupo, conforme a lo dispuesto en el artículo 147, y del proceso destinado a autorizar la aplicación del régimen de grupos con gestión centralizada de riesgos.
- g) Las demás funciones, medidas y decisiones asignadas al supervisor de grupo en esta Ley y en las demás normas que resulten de aplicación”.

Respecto de estas tareas supervisoras, y con el fin de facilitar su ejercicio, una de las notas destacadas, como ya hemos indicado, es el establecimiento de un Colegio de Supervisores (136.5 LOSSEAR). Su creación y funcionamiento es objeto de desarrollo reglamentario⁷³.

Igualmente, el legislador se ha preocupado por establecer los mecanismos necesarios que permitan a la DGSFP acceder a la información y verificación precisa para cumplir con las funciones encomendadas (art. 136)⁷⁴. Con idéntica finalidad, el legislador se interesa por delimitar cómo ha de articularse la colaboración con otras autoridades de supervisión. Así, se ocupa de regular la convocatoria y consulta entre las autoridades de supervisión (art. 137)⁷⁵, la información que pueda ser solicitada a otras autoridades supervisoras (art. 138)⁷⁶

⁷² Analizar este por la gran importancia que supone la supervisión de la dirección unitaria del grupo. Análisis de las instrucciones impartidas por la matriz dentro del grupo y del gobierno del grupo, si cumple los requisitos previstos por la LOSSEAR. Conectar con los temas de responsabilidad de los órganos de administración y con los Códigos de Buena Conducta. RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas Reflexiones”, cit., en nota 7 hace referencia a un trabajo de LA ROCCA en *Giur Comm*, 1995, pp. 3-5 sobre los aspectos negativos en los grupos con entidades del sistema financiero.

⁷³ Al respecto, v. el art. 177 ROSSEAR, siguiendo los arts. 248.2 ss. Directiva Solvencia II.

⁷⁴ Con tal fin, es necesario poner en contacto los arts. 113 y 114 LOSSEAR y su desarrollo reglamentario en el art. 178 ROSSEAR. Sobre la posibilidad de limitar la información en determinados casos (cfr. art. 161 ROSSEAR).

⁷⁵ Conexión del precepto con el art. 141 Solvencia II, ante el temor de un posible deterioro en el grupo y con la finalidad de proteger los intereses de los tomadores de los seguros contratados.

En cuanto al art. 137.1.a/ el *Informe SEAIDA*, ya destacaba la necesidad de precisar el incumplimiento y de ponerlo en relación con las sanciones. Así, lo más adecuado es que en vez de hablar de un

y las labores de cooperación con las autoridades supervisoras de las entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión (art. 139).

Finalmente, la normativa de ordenación atiende a la concurrencia de grupos con varios niveles –y subgrupos– dentro de la Unión Europea⁷⁷. El punto de partida es la supervisión por la entidad “última” que asume el papel de matriz de todo el grupo. No obstante, el legislador ha reconocido a la DGSFP la facultad de someterlo a supervisión cuando reúna las condiciones que lo califiquen como un subgrupo nacional de entidades aseguradoras y reaseguradoras⁷⁸. Con tal fin, deberá emitir una resolución motivada, previa consulta al supervisor del grupo y a la entidad matriz correspondiente a nivel Unión Europea. La única excepción es cuando la filial española se someta por su matriz europea al régimen de supervisión de solvencia de grupos con gestión centralizada de riesgos (v. atr. 150 LOSSEAR). En caso de supervisión del subgrupo nacional, la LOSSEAR establece algunas particularidades respecto del régimen general (v. art. 141.2), así como cuáles son los niveles de supervisión exigidos a los subgrupos de entidades que comprendan subgrupos nacionales de varios Estados miembros (art. 142).

IV. SITUACIÓN FINANCIERA DE GRUPO.

En cuanto a la situación financiera del grupo, como reconoce la Directiva comunitaria, el objetivo previsto consiste en adoptar medidas de supervisión sobre entidades de seguros integradas en un grupo lo que permita “formarse un juicio más fundamentado sobre su situación financiera”⁷⁹.

Con tal preocupación, la LOSSEAR establece tres puntos neurálgicos en el análisis de la situación financiera del grupo, en concreto: la solvencia del grupo, la concentración de riesgos y las operaciones intragrupo y la gestión de riesgos y su control interno.

En cuanto a la *solvencia*, que suscita un mayor interés para el legislador, se establece un deber de asegurar “... que el grupo dispone en todo momento de los fondos propios admisibles en cuantía, como mínimo, igual al capital de solvencia obligatorio de grupo calculado con arreglo a lo previsto en esta Ley y las demás normas que resulten de aplicación” (art. 143.1)⁸⁰. Incluso si el perfil de riesgo no queda “adecuadamente

incumplimiento “importante” se indicara un incumplimiento “grave o más grave”.

⁷⁶ Sobre esta materia, v. el Reglamento de ejecución (UE) 2015/2014 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta a los procedimientos y las plantillas para la presentación de información al supervisor de grupo, así como para el intercambio de información entre las autoridades de supervisión, de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁷⁷ V. arts. 215 ss. Directiva Solvencia II.

⁷⁸ La figura jurídica del “subgrupo” se introduce en el ordenamiento español a partir de la LOSSP de 1995, por influencia del Derecho comparado. Desde esta perspectiva, v. sobre el tema, EMMERICH, V./ HABERSACK, M.: *Konzernrecht*, 10ª ed., Munich, 2013, pp. 63-64.

⁷⁹ Conforme expresa el Considerando nº 95.

⁸⁰ En idéntico sentido a lo establecido en el art. 218 Directiva Solvencia II.

reflejado”, se puede exigir un capital adicional al propio capital de solvencia obligatorio del grupo (art. 148).

Además, se determina que las entidades aseguradoras y reaseguradoras participantes, las sociedades de cartera de seguros o las sociedades financieras mixtas deben de publicar un informe anual sobre la situación financiera y de solvencia a nivel de grupo (art. 144.1)⁸¹. Se trata de un deber que corresponde a cada una de las entidades, si bien, previa conformidad de la DGSFP se puede elaborar un solo informe siempre que la información sobre cualquiera de las filiales integrantes del grupo pueda ser identificable individualmente (art. 144.2).

El método de cálculo de la solvencia se efectuará de conformidad con el método basado en la consolidación contable (art. 145.1)⁸². Y ello a salvo de la competencia de la DGSFP en caso de que tal método no sea apropiado de decantarse por el método de deducción y agregación o combinado éste con el de consolidación contable (art. 145.2)

El formulario empleado para el cálculo del capital de solvencia obligatorio es el estándar (art. 70 ROSSEAR) u otro modelo interno (art. 147 LOSSEAR), previamente aprobado por la DGSFP y siempre que sea coherente con los principios y requisitos exigidos a nivel individual (art. 146.1). Es posible solicitar el empleo de un modelo interno en el cálculo del capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado, pero ha de contar con la autorización correspondiente de la DGSFP (art. 147)⁸³.

La DGSFP dispone, por un lado, de la facultad de exigir un capital adicional sobre el capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado cuando el perfil de riesgo del grupo no haya quedado “adecuadamente reflejado” (art. 148). Y, por otro, también cuenta con la facultad de establecer otro método de cálculo cuando asume el papel de supervisor del grupo. En concreto, se trata del método de deducción y agregación (art. 149 LOSSEAR y desarrollado por el art. 186 ROSSEAR).

La matriz del grupo puede solicitar que sus filiales se acojan al régimen de grupos con gestión centralizada de riesgos (art. 150 LOSSEAR), conforme a los requisitos reglamentariamente establecidos (art. 197 ROSSEAR).

⁸¹ Sobre el citado informe, v. en detalle lo dispuesto en el art. 181 ROSSEAR.

⁸² Conexión con art. 230 Directiva Solvencia II y desarrollado en art. 183 ROSSEAR.

⁸³ Como nos recuerda el Considerando 131 Reglamento delegado: “Los grupos pueden solicitar la utilización de dos tipos de modelos internos para calcular su capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado. Cuando un modelo interno se utilice solo para calcular el capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado y no se utilice para calcular el capital de solvencia obligatorio de una empresa de seguros o reaseguros vinculada del grupo, procede aplicar el artículo 230 de la Directiva 2009/138/CE. En este contexto, es necesario garantizar que el supervisor de grupo otorgue la aprobación de un modelo interno utilizado solo para calcular el capital de solvencia obligatorio de grupo consolidado de un modo coherente con lo previsto en dicha Directiva sobre el procedimiento de aprobación de modelos internos utilizados individualmente, incluido el acto de ejecución al que se refiere el artículo 114, apartado 2, de la citada Directiva. A fin de fomentar la cooperación en el seno del colegio de supervisores, es necesario especificar cómo debe involucrar el supervisor de grupo a otras autoridades de supervisión antes de tomar su decisión sobre la solicitud”.

Otra de las cuestiones que interesa al legislador con relación a la situación financiera del grupo es la relativa a las *operaciones de concentración o significativas* que tengan lugar. La razón que justifica esta medida –prevista en el art. 244 Directiva Solvencia II– reside en el temor a que afecten a la situación financiera de las entidades que lo integran e incluso al propio mercado⁸⁴. Así se establece la obligación de notificarlas a la DGSFP, cuando sea el supervisor del grupo, al menos una vez al año, sin menoscabo de la posibilidad de que reglamentariamente se establezcan plazos más reducidos (art. 151)⁸⁵. Dentro de las operaciones significativas se incluye las realizadas con una persona física vinculada a cualquier entidad del grupo mediante vínculos estrechos.

Finalmente, la gestión de riesgos no sólo ha de contar con el control externo de la DGSFP, sino que también internamente el propio grupo ha de establecer *mecanismos específicos de gestión*, en todas y cada una de las entidades que lo integran (art. 152)⁸⁶. Además, la DGSFP, cuando sea supervisora del grupo, revisará que tal gestión de riesgos se efectúa en el ámbito interno del grupo.

Igualmente, cada entidad integrante del grupo debe implantar procedimientos destinados a detectar el deterioro que pueda sufrir la situación financiera del grupo (art. 152). En caso de que se produzca tal deterioro, la entidad que lo detecte deberá notificarlo en un plazo máximo de diez días a la DGSFP, cuando sea el supervisor del grupo (art. 152.3).

Finalmente, las medidas establecidas a fin de conocer la situación financiera del grupo de entidades aseguradoras y reaseguradoras se han completado con un *mecanismo específico en caso de incumplimiento* (art. 153)⁸⁷. E incluso, aunque se cumpla con las exigencias anteriormente citadas, pero esté en riesgo su solvencia o las operaciones intragrupo y las concentraciones de riesgo pongan en peligro la situación financiera de la entidad aseguradora o reaseguradora.

En tal caso, sin mayor detalle, se reconoce a la DGSFP, en cuanto supervisor del grupo, exigirá que se adopten las medidas necesarias para superar dicha situación. Todo ello sin menoscabo de la aplicación del régimen de infracciones y sanciones establecido en el título octavo de la LOSSEAR.

V. LA SUPERVISIÓN DEL GRUPO CUANDO LA MATRIZ ESTÁ DOMICILIADA FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Como hemos analizado en epígrafes precedentes, el régimen de los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras está destinado a aquellos grupos que se encuentren domiciliados en España, contemplando también algunas normas dedicadas a los grupos ubicados en algún Estado miembro de la Unión Europea. No obstante, el legislador ha

⁸⁴ ACEDO VÁZQUEZ, F.: “Un análisis de la Ley 20/2015”, cit., p. 84.

⁸⁵ El art. 202 ROSSEAR establece que esta obligación de comunicar toda posible concentración de riesgo significativa a nivel de grupo deberá realizar trimestralmente.

⁸⁶ En consonancia con lo que, a nivel individual, se preceptúa en el art. 66 LOSSEAR.

⁸⁷ Siguiendo lo establecido en el art. 258 Directiva Solvencia II.

dedicado un capítulo a aquellos grupos en los que la matriz se halle fuera de la Unión Europea, si bien la atención se reduce a un único precepto (art. 154).

Según el citado precepto, las autoridades de supervisión –en nuestro caso, la DGSFP– deben verificar que el régimen de ordenación de los seguros en el Estado donde se domicilie la matriz cuente con un sistema equivalente de supervisión.

La Comisión Europea, con la asistencia de la AESPJ, es la que determina tal equivalencia con arreglo a los criterios previamente especificados (art. 134.1.a). En caso de que no se cumplan tales criterios cabe reconocer una equivalencia de manera temporal por un período de cinco años (art. 134.1.b). En los demás supuestos, corresponde a la DGSFP verificar la equivalencia entre el régimen español y el del Estado donde tenga el domicilio social la entidad matriz del grupo.

En caso de que concurra tal equivalencia, la DGSFP recurre a la supervisión equivalente ejercitada por las autoridades de supervisión del Estado correspondiente (art. 154.2). En caso de ausencia de tal equivalencia, el legislador ha optado –de manera sorprendente– porque, reglamentariamente, se determine cuáles son las normas aplicables (art. 154.3).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación de los Seguros Privados*, Madrid, 1997.

ACEDO VÁZQUEZ, F. en RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (Dirs.): “Un análisis de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *RES*, nº 165-166, 2016.

ACEDO VÁZQUEZ, F., en RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A. (Dirs.): “Un análisis del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, *RES*, nº 165-166, 2016.

CASTILLO PLAZA, C., en BATALLER GRAU, J. (Dir.): “Informe SEAIDA: El anteproyecto de Ley de supervisión de los seguros privados” en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013.

GIRGADO PERANDONES, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de Sociedades*, Granada, 2001.

MOREAU, J. P.: “Les nouvelles structures de groupe dans l’assurances”, *Revue Générale du Droit des Assurances (RGDA)*, 2001.

PEÑAS MOYANO, M. J.: “La protección del asegurador en la LOSSP”, en BATALLER, J./ VEIGA, A. (Dirs.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Cizur Menor, 2014.

RAMÍREZ OTERO, L. C.: “Algunas reflexiones acerca de los grupos de sociedades en el Proyecto de Ley de Supervisión de Seguros”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013.

RAMÍREZ OTERO, L. C.: *Grupos de entidades aseguradoras*, Madrid, 2011.

SAN PEDRO MARTÍNEZ G./ VIDAL, P.: “Apuntes sobre los grupos mutuales en el Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados”, en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013.

SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: “Operaciones de concentración y de reestructuración en el marco del Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados” en CUÑAT EDO, V./ BATALLER GRAU, J. (Dirs.): *Supervisión en seguros privados. Hacia Solvencia II*, Valencia, 2013.

VERCHER MOLL, J.:

- *Las condiciones de acceso al mercado de las entidades aseguradoras*, Madrid, 2016.

- “Las condiciones de acceso al mercado de seguros, en particular la sincronía entre la autorización y el objeto social de las entidades de seguros”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 2016.



LAS VENTAS ONLINE DESPUÉS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

ONLINE SALES AFTER THE TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS IN
SOME EUROPEAN COUNTRIES

DRA. STEFANIA GIOVA
Professor of Private Law
Università degli Studi del Molise
giova@unimol.it

RESUMEN: El artículo analiza las ventas online así como la relación existente entre el Código Civil italiano y la legislación especial en materia de comercio electrónico. El autor se centra en el estudio del derecho de desistimiento, los requisitos de información y la llamada “Button solution”, dirigida a evitar las denominadas “Internet cost traps”. De igual modo, el artículo también estudia el impacto que la Directiva ha tenido sobre el resto de disposiciones existentes en materia de protección del consumidor.

PALABRAS CLAVE: ventas online; Derecho de consumo; Derecho civil; Derecho europeo.

ABSTRACT: The essay analyzes online sales and the relationship between the Italian civil code and the special legislation of e-commerce. The author focuses on the right of withdrawal, the information requirements and the so-called “Button solution” to prevent Internet cost traps. It also analyzes the impact that the new law has produced on the general law.

KEY WORDS: online sales; consumer rights; civil law; European law.

FECHA DE ENTREGA: 17/07/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: I. ONLINE SALES: THE METHOD OF STUDY.- II. RELEVANT REGULATION.- III. INFORMATION REQUIREMENTS, THE “BUTTON SOLUTION” IN THE ITALIAN, GERMAN AND SPANISH LEGAL SYSTEM AFTER THE TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS.- IV. RIGHT OF WITHDRAWAL.- V. EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF WITHDRAWAL.- VI. ANCILLARY SERVICES.- VII. THE EXECUTION OF THE CONTRACT.- VIII. CONCLUSIONS.

I. ONLINE SALES: THE METHOD OF STUDY.

Online sales (contracts of sale entered into on the web) started to spread also in European countries at the end of 1990s, becoming an innovation within the economic system and bringing an important social change¹. Firms, stimulated by the progress of information and communication technologies, started to use the web as an alternative channel for the promotion and sales of their products.

Online customers have been continuously increasing thanks to both the intrinsic economic convenience and ease of doing transactions in a market without borders, wherever and whenever they want and by paying through more secure electronic mechanisms and instruments. The initial suspicion that especially old people, used to more traditional physical exchanges and due to a lack of IT education, had to these new electronic devices, can be considered over.

In Italy for example, a research done in collaboration with the Polytechnic of Milan (2014), observed that in Italy there were 14 million online customers, an increase of 14% over the previous year.

The 2013 sales volume was 11 billion euro, with an individual expense of 900 euro, which is continuously increasing, although less than the European average of 1.492 euro².

When this new phenomenon has started to become common and popular, scholars began to study this “subject” in a systematic way³.

¹ As it noticed, the different subjects that participate in the exchange determine the distinction among the B2B (*business to business*) contracts, such as contracts among businessmen; the B2C (*business to consumer*) contracts between businessmen and consumer; the B2PA/B2G (*business to public administrations/business to governments*) contracts, such as contracts between businessmen and public administration; the S2C (*supplier to customer*) contracts, such as contracts between suppliers and customers; the P2P (*peer to peer*) contracts, such as contracts among peers, that includes all the hypothetical goods and services exchanges by and among privates, through a specific professional staff (for example: in online auctions, or when users exchange music files, independently from their professional status).

² Osservatorio *ecommerce B2C Netcomm* – School of Management, Polytechnic of Milan.

³ ALBERTINI, L.: “Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computer e sull’“accettazione di un’offerta in Internet”, *Giustizia civile*, II, 1997, 21; BIANCA, C. M.: “I contratti digitali”, *Studium Iuris*, 1998, 1035; BISCONTINI, G. and RUGGERI, L.: *Diritti del cittadino e tecnologie informatiche*, Edizioni

For the subject of interest here, the literature started to appear at the end of the last century and has grown in the first years of this century. This debate has been characterized by various theses with the rise of those who, due to lack of *ad hoc* regulation, have stated that this subject could be governed by the evolutionary interpretation of the 1942 code which, although created for a physical and sensorial system, could be adapted to this new reality, finding solutions that respect the fundamental principles of the legal system and the inalienable human rights, which are constitutionally guaranteed⁴.

A multidisciplinary approach is required, as the jurist has to deal, not only with legislative elements, but also with the social, economic, technical and psychological components. Only in this way it is possible to understand and give adequate answers to this phenomenon that is more influenced by the economy, the social effects of the new IT society and by the continuous technological progress.

In addition, it is essential to carry out this study adopting a transnational perspective. Due to its intrinsic nature, e-commerce involves the crossing of national law borders. The use of State regulation is not sufficient in order to solve problems that cross its borders; the globalization of information and services" market does not allow to distinguish between national and international commerce, anymore businessmen do not detect the borders of their activities.

Therefore, in order to regulate the solution of various concrete problems, it is necessary to refer to EU regulations, international law and also to non-state sources such as self-regulation, with the sensitiveness of not rejecting our traditional legal values and the

Scientifiche Italiane, Napoli, 2004; BORRUSO, R. and CIACCI, G.: "Diritto civile e informatica", *Trattato di diritto civile of C.N.N.* directed by P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 10th ed, Napoli, 2004; COMANDÉ G. and SICA, S.: *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, GIAPPICHELLI, Torino, 2001; DELFINI, F.: "Il commercio elettronico", *Trattato di diritto dell'economia* directed by E. Gabrielli e E. Picozza, Cedam, Padova, 2004; FAVALE, R.: "La conclusione del contratto telematico", *Giurisprudenza di merito*, XII, 2013, 2553; FOLLIERI, L.: *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005; FRANCESCHELLI, V.: "Computer" (disciplina giuridica del) *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, III, 1989, 151; GAMBINO, A. M.: *L'accordo telematico*, GIUFFRÉ, Milano, 1997; GIOVA, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; NAZZARO, A. C.: "Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico", *Informatica e diritto*, 7, 2010; PENNASILICO, M.: "La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, 810; PERLINGIERI, C.: "Il contratto telematico", in A. Di Amato ed, *Appunti di diritto dei mezzi di comunicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 239; PERLINGIERI, P.: "Metodo categorie e sistema nel diritto del commercio elettronico", in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, 652; RICCIUTO, V. and ZORZI, N. (a cura di): "Il contratto telematico", *Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia* directed by F. Galgano, Cedam, Padova, 2002; RIZZO, V. (a cura di): *Documento informatico firma digitale e commercio elettronico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; SICA, S. e STANZIONE, P. (a cura di): *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffré, Milano, 2002; TOSI, E. (a cura di): *I problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'ebusiness*, Giuffré, Milano, 2001; also TOSI, E.: *Diritto privato dell'informatica e di Internet. I beni - i contratti - le responsabilità*, Giuffré, Milano, 2006; VALENTINO, D. (a cura di): *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

⁴ PERLINGIERI, P.: "Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico", in Sica, S. and Stanzone, P. (a cura di): *Commercio elettronico e categorie civilistiche* n 3 above, 9; PERLINGIERI, G.: "Le nuove tecnologie e il contratto, in VALENTINO, D.: (a cura di): *Manuale di diritto dell'informatica* n 3 above, 7; GIOVA, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, n. 3 above, 55.

compatibility with the General Principles of the Legal System. In fact, external solutions, often shaped by the mercantilist procedures (as taught by the Master), cannot be considered valid and worthy by our national legal system just because other “civil” countries recognize them⁵.

II. RELEVANT REGULATION.

In e-commerce, all issues related to the qualification of the offer, the various contract’s stipulation modalities, time and place of conclusion are solved by the Italian civil code and by the EU- related special legislation (referring to Decreto Legislativo 9 April 2003 no 70, enforcing the directive 2000/31/CE on e-commerce, stating that “the civil code regulations dealing with all the contract’s stipulation modalities apply also when the IT good or service’s recipient submits his order through an *electronic way*”⁶; this refers also to IT obligations for businessmen and the consumer’s withdrawal right, introduced by European legislator)⁷.

In Spain instead, on 2007 the General Law for consumer’s protection (LGDCU) was approved by Real Decreto Legislativo n° 1/2007.

This law is divided in four books dedicated to general provisions (1st book), contracts and guarantees (2nd book), civil liability for defective goods and services (3rd book) and organized trips (4th book).

In e-commerce it is important to give attention to the contract regulation and to the concrete interests and profits’ rules in order to prove their compliance with law, focusing on the concrete worthiness of the deed and determining if it has generated a proportionate, fair and reasonable layout of interests. In fact, in order to be worthy of protection according to our national legal system based on the solidarity, equity and person protection, the legal act can not be the mere objectification of the free will of being legally bound⁸, but it has also to implement the general framework of constitutional principles⁹ that are harmonized by the reasonable balancing between interests and values

⁵ PERLINGIERI, P.: “Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico” n 3 above, 10.

⁶ DELFINI, F.: “Il decreto legislativo 9 April 2003 n° 70 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico”, *Contratti*, 2003, 819; GIOVA, S.: “Il recepimento della direttiva sul commercio elettronico: informazioni, conclusione dei contratti e profili di responsabilità civile (Osservazioni)”, in BISCONTINI, G. and RUGGERI, L. (eds): *Diritti del cittadino e tecnologie informatiche*, n. 3 above, 306.

⁷ CAPOBIANCO, E. and PERLINGIERI, G.: (a cura di): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

⁸ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 184-185; see also PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, 12.

⁹ PERLINGIERI, P.: “Il diritto civile e la complessità del sistema”, in *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 12.

which contribute to give contents to the concrete case¹⁰.

Taken singularly, the economic value of online sales is (very often) moderate (hence justifying the lack of significant juridical rulings). In particular, legal decisions have dealt with the qualification of the offer in the contract concluded through the website access known as “public supply” (art. 1336 Italian civil code), as the proposal is addressed to all web users and all the contract’s elements are stated¹¹; as well as the need to sign the approval of each vexatious provision through the asymmetric double checked digital signature, as it does not determine the stipulation of a sale contract through the unconditional Internet approval of a contract’s general conditions published on the webpage¹². All together online sales represent an important business amount, which deserves attention. The bargaining contents in fact are managed by businessmen who, due to their superior condition, are able to impose to an undetermined mass of potential contracting parties standard bargaining regulations to which the bargaining configurability and the capacity to affect regulations are simply waste.

If ever, the actual concern affects the remedy modalities and all the protection instruments to be used.

The contents’ test is more important in the contracts between business (so called *B2B*), where the formal protection instruments, which characterize the weak consumer-contracting party’s protective legislation, do not applied¹³. Actually the weak contracting party is not anymore identified with the consumer also thanks to the bargaining experience related to e-commerce, where technological progress and the increasing complexity of the economic operations determine relationships that, although carried out among firms, are characterized by disequilibria among parties¹⁴. Art. 1229, 1342, 1370 which are suitable for all the contractual typologies, can apply to these sales, as well as the sub-procurement legislation which, focusing on the so called “technological and economic dependence”, can apply also to the above-mentioned contracts, where the technological unbalance between the contracting parties can cause a vexatious situation

¹⁰ See also GIOVA, S: *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 33.

¹¹ These confirm what scholars have already stated: “The website page where the enterprise exposes its goods” catalogue can be considered a store legally representative “IT document” in relation to the public supply (art. 1336 Italian civil code), when the proposal is addressed to all web users and all the essential contractual elements are present, in order to turn the proposal into an actual contract», Tribunale di Bari 11 June 2007, *Diritto e pratica societaria*, XIX, 85 (2007).

¹² Corte di Cassazione 22 March 2006 n° 6314, *Foro italiano*, c. 2035, 7-8 (2006), according to which a business contract stipulation on the web does not imply the unconditional acceptance of all the provisions included in the general contractual conditions published on the web. The vexatious provision must be signed with the asymmetric double checked digital signature.

¹³ MINERVINI, E. and BARTOLOMUCCI, P. F.: “La tutela del consumatore online”, in VALENTINO, D. (a cura di): *Manuale di diritto dell’informatica*, n 3 above, 62.

¹⁴ LAZZARELLI, F.: *L’equilibrio contrattuale nella fornitura di sistemi informatici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

against one of the parties¹⁵.

Generally, e-commerce is regulated by (as mentioned above) the general legislation on contract (adequately adapted) combined with the specific one related to the sales, integrated by the particular one on the e-commerce, included both in the decreto legislativo 9 April 2003 no 70 and in the Consumer Code, decreto legislativo 6 September 2006 no 206, whose text, recently modified with the decreto legislativo 21 February 2014 no 21¹⁶, entered totally into force on 13 June 2014 (this last one only for the B2C)¹⁷.

This important change, consisting of the recruiting of a whole new Chapter one (from artt. 45 to 67) has transposed the (famous) 2011/83/EU Directive on consumer rights, which was released with the purpose of increasing the legal certainty both for EU traders and consumers¹⁸, improving the consumers' protection and solving the problem of the so called "*Internet cost traps*" (cost traps, over-the-counter costs), has aimed at totally harmonizing some fundamental elements of the B2C contract regulation¹⁹.

For online sales this transposition has consisted of the adoption of the correlated EU legislation, particularly adopting the definitions of "sale contract"²⁰, "distance contract"²¹, "durable medium"²², "digital content"²³ and "ancillary contract"²⁴.

¹⁵ For more details see LAZZARELLI, F.: "Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una 'ragionevole' interpretazione della legge sulla subfornitura", *Rassegna di diritto civile*, 2015, I, 102.

¹⁶ Gazzetta Ufficiale 11 March 2014 n° 58.

¹⁷ CUFFARO, V.: "Nuovi diritti per i consumatori. Note a margine del decreto legislativo 21 February 2014 n° 21", *Corriere Giuridico*, 2014, VI, 745; PAGLIANTINI, S.: "La riforma del codice del consumo ai sensi del decreto legislativo 21 February 2014 n° 21: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)", *Contratti*, VIII, IX, 2014, 796.

¹⁸ Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 22 November 2011, legge 304/64 entered into force the 12th December 2011; DE CRISTOFARO, G.: "La direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui 'diritti dei consumatori': l'ambito di applicazione e la disciplina degli obblighi informativi precontrattuali", in D'ANGELO, A. and ROPPO, V. (eds): *Annuario del contratto 2011*, Giappichelli, Torino, 2012, 30; LEHMANN, M.: "E-Commerce in der EU und die neue Richtlinien über Rechte der Verbraucher", 2012, CR, 261; see also LEHMANN, M. and DE FRANCESCHI, A.: "Il commercio elettronico nell'Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", *Rassegna di diritto civile*, 2012, 419.

¹⁹ PERLINGIERI, C.: "La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE", *Corti salernitane*, 2012, 526.

²⁰ Art. 45, par. 1, lett. e), Consumer Code: "Any contract under which the trader transfers or undertakes to transfer the ownership of goods to the consumer and the consumer pays or undertakes to pay the price thereof, including any contract as its object both goods and services".

²¹ Art. 45, par. 1, lett. g), Consumer Code: "Any contract concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded".

²² Art. 45, par. 1, lett. l), Consumer Code: "Any instrument which enables the consumer or the trader to store information addressed personally to him in a way accessible for future reference for a period of time adequate for the purposes of the information and which allows the unchanged reproduction of the information stored".

²³ Art. 45, par. 1, lett. m), Consumer Code: "Data which are produced and supplied in digital form".

²⁴ Art. 45, par. 1, lett. q), Consumer Code: "a contract by which the consumer acquires goods or services related to a distance contract or an off-premises contract and where those goods are supplied or those

Among the important innovations, the trader shall provide the consumer with much information, the extension of the time to exercise the right to withdraw, the possibility of excluding the right of withdrawal in the digital contents' procurement and the introduction of the so called "*Button solution*" to prevent "*Internet cost traps*".

Also in Spain, on 28th of March 2014 entered into force law 3/2014 which modifies the text of General law for consumers protection approved by Real decreto legislativo no 1/2007²⁵.

With the influence of directive 2011/83/UE in fact, this law aims to give more protection to consumers rights²⁶.

In this way, art. 3 of LGDCU²⁷ establishes a new concept of consumer, dedicating the first paragraph to consumer as physical person and the second one to consumer as legal person.

And so, consumer is a physical person who acts beyond his commercial or professional activity, but consumers as legal person are all entities without legal personality which act without profit's aim beyond their commercial activity²⁸.

In addition, Law 3/2014 regulates together distance contracts and contracts stipulated beyond commercial establishment.

In particular, the new 3rd title, expands the concept of distance contract which includes all contracts stipulated between businessman and consumer in a organized system of sale or professional services, using only one or more methods of communication, for example internet, telephone, fax or email²⁹.

III. INFORMATION REQUIREMENTS, THE "BUTTON SOLUTION" IN THE ITALIAN, GERMAN AND SPANISH LEGAL SYSTEM AFTER THE TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS.

services are provided by the trader or by a third party on the basis of an arrangement between that third party and the trader".

²⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU el "nuevo" concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10/12/2013.

²⁶ For more details see, MEZZASOMA, L., RIZZO, V., RICCIUTO, V. and LLAMAS POMBO, E.: *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

²⁷ General Law for consumers protection.

²⁸ See also MEZZASOMA, L.: "Il consumatore e il professionista", in *Diritti e tutele dei consumatori* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

²⁹ For more informations, see MENDOZA LOSANA, A. I.: "Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantile tras la directiva 2011/83/UE", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 1/2012; see also: MEZZASOMA, L., RIZZO, V., LLAMAS POMBO, E.: *La compravendita: realtà e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

The legislation obliges traders to inform consumers about the main elements of the contractual regulation, information shall form an integral part of the contract and shall not be altered unless the contracting parties expressly agree otherwise. They are in addition (for our interest) to the information requirements, established by the Decreto Legislativo 9 April 2003 no 70 about e-commerce.

In particular, in order to prevent cost traps, the legislator obliges traders to specify the total price of goods or services, inclusive of all additional freight, delivery or postal charges and any other costs, including the cost of returning the goods in case of withdrawal as well as the manner in which the price of goods is to be calculated when the total costs can not be reasonably calculated in advance³⁰.

If the trader has not complied with the information requirements, the consumer shall not bear those charges or costs, with the burden of proof in charge of trader³¹.

In particular, for the distance contracts concluded by electronic means which place the consumer under an obligation to pay, the information provided for by art. 49, par. 1, lett. a), e) q) and r) of the Consumer Code, related to the main characteristics of the goods or services, the total cost inclusive of taxes, the duration of the contract and conditions, time limit and procedures to exercise the right of withdrawal, has to be communicated to consumers «in a clear and prominent manner» before the consumer places his order. If the trader has not complied with these requirements, the consumer «shall not be bound by the contract or order» (art. 51, par.2, Consumer Code).

The Italian legislation, by the transposition of the European Directive, has unified the two paragraphs of par. 2 of art. 8 Directive, enhancing consumer's protection with the introduction of the "non-binding character of contract or order", when the informations about costs, the duration of the contract, the minimum duration of the consumer's obligation under the contract, the consumer's explicitly acknowledgment that the order implies an obligation to pay, are not being shown before the order is placed³².

In addition, the trader shall ensure that the consumer when placing his order explicitly acknowledges that the order implies an obligation to pay. If placing an order entails activating a button or a similar function, the button or similar function shall be labelled in an easily legible manner only with the words «order with obligation to pay» or a corresponding unambiguous formulation.

This is the so called "*Button solution*", a specific modality that aims to prevent the so called "*Internet cost traps*", which is a deception that, although other mechanisms of protection

³⁰ Art. 49, par. 1, lett. a), Consumer Code.

³¹ Art. 49, par. 6, Consumer Code.

³² PERLINGIERI, C.: "La protezione del cyberconsumatore", n. 19 above, 256: «In fact beforehand, the lack of binding was limited only to single provisions: the "illegal" ones and those that "limit or exclude, directly or indirectly, consumers" rights included respectively in the art. 6 par. 1 of the Directive 93/13/CEE on unfair terms in consumer contracts and in the art. 7, par. 1 of the Directive 99/44/CE on certain aspects of the sale of consumer good".

already present in national law, represents one of the main reason to distrust this type of contract.

The legislator has transposed art. 8, par. 2 of the European Directive (the same provision is included in the art. 25 of the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a common European sales law),³³ stating that information requirements are considered the essential prerequisite for the existence of the contractual duty. In this way penalties “effective, proportionate and dissuasive” are provided, as required by art. 24 Directive which aims at reducing cost traps and increasing consumers’ trust on online sales.

With regard to the “*Button solution*”, in Germany the European Directive has been transposed in 2012. The current §312j, par. 4, BGB states that “contract is binding only if”³⁴ information requirements³⁵ are fulfilled as provided by the antecedent par. 3³⁶.

German scholarship has hoped that the Italian legislator, as in Germany, would not simply reproduce the text of the European Directive which, in the par. 2 part two, states: «The consumer shall not be bound by the contract or order», as it happened.

It is my opinion that due to the formulation chosen by the legislator, if the trader violates information requirements, the contract shall be deemed non-existent; the legislator analyzes the interests’ regulation and states that the information requirements are the fundamental prerequisite for the contract’s existence (and not for its validity). So, in case of their violation and if the trader delivers goods to the consumer, it can be considered, as German literature has already stated, a «not requested supply»³⁷ (art. 57, par. 1, Consumer

³³ COM (2011) 635. [Definition](#).

For more details about the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a common European sales law, see D’AMICO, G.: “Il diritto comune della vendita”, *Contratti*, 2012, 611; MELI, M.: “Proposta di regolamento. Diritto comune europeo della vendita”, *Nuove leggi civili commentate*, 2012, 183; STANZIONE, P.: “Il regolamento di diritto comune europeo della vendita”, *Contratti*, 2012, 624; SIRENA, P.: “Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?”, *Contratti*, 2012, 634.

³⁴ The so called “*Button Solution*” has originally (May 2012) been acknowledged by the German legislator in the par. 3 and 4, BGB. Through the German acknowledgement law of the whole European provision (September 2013), all the contents are included in the present BGB.

³⁵ §312j, par. 4, BGB: «Ein Vertrag nach Absatz 2 kommt nur zustande, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus Absatz 3 erfüllt».

³⁶ §312j, par. 3, BGB: «Der Unternehmer hat die Bestellsituation bei einem Vertrag nach Absatz 2 so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Erfolgt die Bestellung über eine Schaltfläche, ist die Pflicht des Unternehmers aus Satz 1 nur erfüllt, wenn diese Schaltfläche gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern “zahlungspflichtig bestellen” oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet ist».

³⁷ LEHMANN, M. and DE FRANCESCHI, A.: “Il commercio elettronico nell’Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori”, n. 18 above, 447, state that “it can hardly affirm that the performance can not be considered as “request” from the consumer only because he, due to the free claim of the offered service, has been attracted and consequently fallen into trader trap, accepting (or simply not refusing) of receiving the offered service, thinking wrongly that it would be free. For example, we think of the advertised free offered goods through some indications inserted in the *banners* which appear on the consumers email *account*; or also when the consumer, as he needs a PC program, writes on *Google Adobe*

Code), which does not prevent the consumer from exercising his right to damages, due not to “*not stipulated contract*”, but to the so called “*illegitimate bargaining*”³⁸.

Information requirements involve the area of values and interests’ regulation affecting not the validity, due to the lack of agreement (art. 1325 Consumer Code), but the “*existence*” of the contract³⁹, in opposition to the scholarship, which advocates a distinction between validity and behaviour rules.

Validity rules, which can be summarized into a “must be”, such as obligations and behaviour duties, may be included in behaviour rules.

As regards Spanish judicial system, art. 60 of TRLGDCU⁴⁰ reinforces all information that businessman has to give to consumer in a distance contract.

In this way, businessman has to give to consumer all informations about goods, services but also his identity, his commercial name, costs of products including taxes and all payment conditions⁴¹.

And so, art. 97 TRLGDCU, in execution of all general rules established by art. 60 obliges businessman to give all informations about distance contract clearly and comprehensible⁴².

reader gratis and consequently the website addresses him to a trader website. So apparently the program can be downloaded freely but, after that he realizes that a costly subscription contract has been stipulated. In all these hypothesis, the consumer (even in a non technical definition) does not request the service, but the professional invites him to accept the service (attracting him in his trap), without specifying that this consumer’s behaviour will determine the demand (that is unfounded) for a counter service. So, due to the *Internet cost trap*, the art. 8, par. 2, Directive firstly provides the elimination of the trap created by traders, considering the contract or the order not binding for consumers; for this reason the consumer’s service is considered ‘not requested’ as he owns it because he has been attracted in the professional trap, although he could prove- an evil *probatio* that the consumer looked for the service and not that he simply found it. In this case, there would not be the risk of consumers’ violation and neither disequilibrium in favor of him. The not binding contract for consumers due to the violation of the art. 8 par. 2 and the consequential above mentioned not requested procurement discipline applicability will be put into force only when the service is presented as free to the consumer and if he violating the art. 8 par. 2 par. 2, Directive has not be informed about the service cost and he has not recognized that his order would imply an obligation to pay». For a deeper knowledge of the 2011/83/EU Directive and the protection instruments strictly linked to the online contract stipulation and execution modalities, see PERLINGIERI, C.: “La protezione del cyberconsumatore” n 19 above, 526.

³⁸ PERLINGIERI G.: *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013; see also PERLINGIERI, P.: *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’articolo 1337 codice civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, 33.

³⁹ PERLINGIERI, G.: *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, n. 33 above, 53.

⁴⁰ Texto Refundido de la Ley General par. la defensa de los consumidores y usuarios.

⁴¹ New art. 60, differently from the past, includes the obligation for businessman to inform about contract’s duration or if the contract has an indeterminate duration, all conditions about its dissolution.

⁴² REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 2 february 2015, 253-292.

IV. RIGHT OF WITHDRAWAL.

The Italian Code has extended from ten to fourteen days the deadline for exercising the withdrawal right that in the case of “sales contract” starts “(...) the day on which the consumer (...) acquires physical possession of goods”⁴³, while in case of contracts for the supply of “digital content” which is not supplied on a tangible medium, it starts on the day of the conclusion of the contract.

If the trader has not provided the consumer with the information on the right of withdrawal (as required by art. 49, par. 1, lett. *b*)) the withdrawal period shall expire twelve months (art. 53, par. 1, Consumer Code) from the end of the initial withdrawal period of fourteen days; while, when information is provided late, the withdrawal period shall expire fourteen days after the day upon which the consumer receives that information (art. 53, par. 2, Consumer Code).

Any agreement on the contrary is void (art. 143, par. 1, Consumer Code).

The legislator has made innovations to the previous legal frame-work, where the expiry of the withdrawal right in case of omitted information was sixty or ninety days (art. 65, par. 3, old formulation).

In order to exercise the withdrawal right, the consumer may use the model withdrawal form as set out in Annex I or make any other unequivocal statement setting out his decision to withdraw from the contract. The trader may give the option to electronically fill in and submit either the model withdrawal form set out in Annex I or other unequivocal statement on the trader’s website. In those cases the trader shall communicate to the consumer an acknowledgement of receipt of such a withdrawal on a durable medium without delay (art. 54 pars. 1, 2, 3 Consumer Code), while the burden of proof of exercising the right of withdrawal in accordance with law provisions shall be on the consumer.

The exercise of the right of withdrawal does not oblige parties to perform the distance contract and, in case of consumer’s offer, to conclude the distance contract also.

The trader shall reimburse, without any delay (and anyway not later than fourteen days from the moment when he was aware about the exercise of withdrawal), all payments made by the consumer through the same means of payment that the consumer has used (unless the consumer has expressly agreed otherwise and does not incur any fees as result of such reimbursement). So he has to reimburse within no more than thirty days, as the

⁴³ Art. 52 par. 2 lett. *b*): “1) in the case of multiple goods ordered by the consumer in one order and delivered separately, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer acquires physical possession of the last good; 2) in the case of delivery of a good consisting of multiple lots or pieces, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer acquires physical possession of the last lot or piece; 3) in the case of contracts for regular delivery of goods during defined period of time, the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer acquires physical possession of the first good”.

old version of the Consumer Code stated, but «without delay» or not later than fourteen days.

All the agreements that limit the reimbursement are void. Unless the trader has offered to collect the goods himself, he may withhold the reimbursement until he has received the goods back (that consumer has to give back within fourteen days from the withdrawal).

While on one hand the legislator has notably reduced the terms of the reimbursement, on the other he has ensured to the trader retention of amounts as guarantee of consumer goods' delivery.

The trader does not have to reimburse the supplementary costs, if the consumer has chosen a different modality of delivery other than the least less expensive one offered by the trader. In the most frequent example the consumer opts for receiving the digital content on a *DVD* rather than downloading it from the trader's database. In this situation, if consumer chooses the withdrawal, the trader does not have to reimburse supplementary costs, determined by the different type of delivery, chosen by the consumer.

The consumer shall only bear the direct cost of returning goods to the trader (unless the trader has offered to bear them or he has not informed consumer that in case of withdrawal he would have to bear them) and shall only be liable for any diminished value of the goods resulting from the handling of the goods other than what it is necessary to establish the nature, characteristics and functioning of the goods.

This is important only for indirect e-commerce (when the delivery is carried out through traditional distribution channels), because in direct e-commerce everything happens through the web and so there are not any delivery costs.

In Spain the right of withdrawal is disciplined in Chapter II of TRLGDCU from art. 68 to art. 79.

In particular, differently from the previous art. 71, consumer has fourteen days to exercise the right of withdrawal, in according to the transposition of the directive on consumer rights (2011/83/UE).

In addition, Chapter III, from art. 101 to art. 108 of TRLGDCU unifies the regulation about the right of withdrawal for distance contracts and all contracts stipulated beyond commercial establishment.

V. EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF WITHDRAWAL.

Art. 59, par. 1, lett. *o*) of the Consumer Code sets forth the exclusion of the withdrawal right in the supply of digital content which is not supplied on a tangible medium if the

performance has begun with the consumer's prior express consent and his acknowledgment that he thereby loses his right of withdrawal⁴⁴.

The provision reproduces exactly art. 16, lett *m*) of the European Directive.

Some scholars have believed that this exclusion prevents violations by the consumer who, after downloading/saving on his computer the digital contents, informs the trader about the withdrawal.⁴⁵ In addition, I agree with those scholars who have affirmed that the exclusion of the right of withdrawal is innate in digital contents not supplied on a tangible medium "(...) as a '*ius poenitendi*' can not be put into force where the technology still does not allow a reverse operation to the downloading"⁴⁶, *id est* the lack of a technological procedure which allows the return to the sender.

In line with the European Directive is the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a common European sales law which will exclude the consumer's withdrawal right «where the supply of digital content which is not supplied on a tangible medium has begun with the consumer's *prior* express consent and with the acknowledgement by the consumer of losing the right of withdrawal (art. 40, par. 3, lett. *d*).

VI. ANCILLARY SERVICES.

The consumer should pay only the ancillary service price when he has requested a paid service linked to that one that he thought it was free (for example: the periodic software update whose first version was wrongly considered free).

VII. THE EXECUTION OF THE CONTRACT.

The Consumer Code has introduced new provisions about the online sales execution also.

Art. 61 states that, unless the parties have agreed otherwise on the time of delivery, the trader shall deliver the goods by transferring the physical possession or control of the

⁴⁴ Art. 57, par. 4, lett. *b*), Consumer Code: "the consumer shall bear no cost for the supply, in full or in part, of digital content which is not supplied on a tangible medium where: 1) the consumer has not given his prior express consent to the beginning of the performance before the end of the 14-day period; 2) the consumer has not acknowledged that he loses his right of withdrawal when giving his consent, or 3) the trader has failed to provide confirmation in accordance with Article 51, par. 7: 'the trader provides consumer the contract validation through a long-lasting device, within a reasonable deadline after the contract stipulation in the distance or later during goods' delivery or before that the service's execution starts (...)"

⁴⁵ LEHMANN, M. and DE FRANCESCHI, A.: "Il commercio elettronico nell'Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori", n. 18 above, 430.

⁴⁶ PERLINGIERI, C.: "La protezione del cyberconsumatore", n. 19 above, 526.

goods to the consumer «without delay», but not later than thirty days from the conclusion of the contract.

If the trader has failed to fulfill his obligation to deliver the goods at the time agreed upon with the consumer or within the time limit set out, the consumer shall call upon him to make the delivery within an additional period of time appropriate to the circumstances. If the trader fails to deliver the goods, the consumer shall be entitled to terminate the contract, reserving the reimbursement right.

If the trader expressly refuses to deliver the goods or if the delivery term is essential (taking into consideration all the circumstances attending the conclusion of the contract or where the consumer has informed the trader) the consumer shall be entitled to terminate the contract immediately without establishing a delivery term reserving the reimbursement right.

The Code reserves the consumer the right to exercise remedies according to the Italian civil code provisions.

VIII. CONCLUSIONS.

Ultimately, I can assert that the special legislation related to e-commerce is highly interesting for contract general theory and obligations' scholars also, because the above-mentioned provisions necessarily impact the general discipline of contract.

BIBLIOGRAPHY

ALBERTINI, L.: "Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computer e sull'accettazione di un'offerta in Internet", *Giustizia civile*, II, 1997.

BIANCA, C. M.: "I contratti digitali", *Studium Iuris*, 1998.

BISCONTINI, G. and RUGGERI, L: *Diritti del cittadino e tecnologie informatiche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

BORRUSO, R. and CIACCI, G.: "Diritto civile e informatica", *Trattato di diritto civile of C.N.N.* directed by P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 10th ed, Napoli, 2004.

CAPOBIANCO, E. and PERLINGIERI, G.: (a cura di): *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

COMANDÉ, G. and SICA, S.: *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2001.

CUFFARO, V.: “Nuovi diritti per i consumatori. Note a margine del decreto legislativo 21 February 2014 n° 21”, *Corriere Giuridico*, 2014, VI.

D’AMICO, G.: “Il diritto comune della vendita”, *Contratti*, 2012.

DE CRISTOFARO, G.: “La direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui ‘diritti dei consumatori’: l’ambito di applicazione e la disciplina degli obblighi informativi precontrattuali”, in D’ANGELO, A. and ROPPO, V. eds, *Annuario del contratto 2011*, Giappichelli, Torino, 2012.

DELFINI, F.:

- “Il commercio elettronico”, *Trattato di diritto dell’economia* directed by E. Gabrielli e E. Picozza, Cedam, Padova, 2004.
- “Il decreto legislativo 9 April 2003 n° 70 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico”, *Contratti*, 2003.

FAVALE, R.: “La conclusione del contratto telematico”, *Giurisprudenza di merito*, XII, 2013.

FOLLIERI, L.: *Il contratto concluso in Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

FRANCESCHELLI, V.: “Computer” (disciplina giuridica del) *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, III, 1989.

GAMBINO, A. M.: *L’accordo telematico*, Giuffré, Milano, 1997.

GIOVA, S.: *La conclusione del contratto via Internet*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

LAZZARELLI, F.:

- “Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una ‘ragionevole’ interpretazione della legge sulla subfornitura”, *Rassegna di diritto civile*, 2015, I.
- *L’equilibrio contrattuale nella fornitura di sistemi informatici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

LEHMANN, M.: “E-Commerce in der EU und die neue Richtlinie über Rechte der Verbraucher”, 2012, CR, 261.

LEHMANN, M. and DE FRANCESCHI, A.: “Il commercio elettronico nell’Unione Europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori”, *Rassegna di diritto civile*, 2012.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Comentarios al proyecto de ley de reforma de la LGDCU el “nuevo” concepto de consumidor y empresario en la inminente reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10/12/2013.

MELI, M.: “Proposta di regolamento. Diritto comune europeo della vendita”, *Nuove leggi civili commentate*, 2012.

MENDOZA LOSANNA, A. I.: “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantile tras la directiva 2011/83/UE”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 1/2012.

MEZZASOMA, L.: “Il consumatore e il professionista”, in *Diritti e tutele dei consumatori* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

MEZZASOMA, L., RIZZO, V., LLAMAS POMBO, E.: *La compravendita: realtà e prospettive*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

MEZZASOMA, L., RIZZO, V., RICCIUTO, V. and LLAMAS POMBO, E.: *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

MINERVINI, E. and BARTOLOMUCCI, P. F.: “La tutela del consumatore online”, in VALENTINO, D. (a cura di): *Manuale di diritto dell'informatica*.

NAZZARO, A. C.: “Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico”, *Informatica e diritto*, 7, 2010.

PAGLIANTINI, S.: “La riforma del codice del consumo ai sensi del decreto legislativo 21 February 2014 n° 21: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)”, *Contratti*, VIII, IX, 2014.

PENNASILICO, M.: “La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004.

PERLINGIERI, C.:

- “Il contratto telematico”, in A. Di Amato ed, *Appunti di diritto dei mezzi di comunicazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- “La protezione del cyberconsumatore secondo la direttiva 2011/83/UE”, *Corti salernitane*, 2012.

PERLINGIERI G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2013.

PERLINGIERI, P.:

- *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 184-185.
- *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987.
- “Il diritto civile e la complessità del sistema”, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- “Metodo categorie e sistema nel diritto del commercio elettronico”, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

- *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'articolo 1337 codice civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

REYES LÓPEZ, M^a. J.: “La reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 2 february 2015.

RICCIUTO, V. and ZORZI. N. (a cura di): “Il contratto telematico”, *Trattato di diritto civile e di diritto pubblico dell'economia* directed by F. Galgano, Cedam, Padova, 2002.

RIZZO. V. (a cura di): *Documento informatico firma digitale e commercio elettronico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

SICA, S. e STANZIONE, P. (a cura di): *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Giuffré, Milano, 2002.

SIRENA, P.: “Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?”, *Contratti*, 2012.

STANZIONE, P.: “Il regolamento di diritto comune europeo della vendita”, *Contratti*, 2012.

TOSI, E. (a cura di): *I problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'ebusiness*, Giuffré, Milano, 2001. Also Tosi, E.: *Diritto privato dell'informatica e di Internet. I beni - i contratti - le responsabilità*, Giuffré, Milano, 2006.

VALENTINO, D. (a cura di): *Manuale di diritto dell'informatica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.



DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO DE PERSONA CASADA. LEY CONCURSAL Y DERECHO CIVIL PROPIO DE LAS ISLAS BALEARES*

DETERMINATION OF THE ACTIVE MASS OF THE MARRIED PERSON BANKRUPTCY.
INSOLVENCY LAW AND CIVIL LAW OF THE BALEARIC ISLANDS

DRA. PETRA M. THOMÀS PUIG

Prof. C. Dra. de Derecho Mercantil de la Universidad de las Islas Baleares

petra.thomas@uib.es

RESUMEN: *A lo que más atención dedica la Ley Concursal española en relación con el concurso de la persona física casada es a su régimen económico matrimonial, precisamente por las importantes consecuencias patrimoniales que este régimen puede tener en relación con la composición de la masa activa del concurso. Si bien esta norma se refiere básicamente al régimen de gananciales común en España hay también que ponerla en relación con la existencia de regímenes económicos territoriales de separación como los de Cataluña o Baleares.*

PALABRAS CLAVE: *Masa activa del concurso, concurso de persona física y régimen matrimonial, separación de bienes de los cónyuges y concurso.*

ABSTRACT: *What most attention is devoted by the Spanish Insolvency Law in relation to the bankruptcy of the married person is to their economic matrimonial regime, precisely because of the significant pecuniary consequences that this regime may have in relation to the composition of the active mass of the bankruptcy. Although this rule basically refers to the common system of profitability in Spain, it must also be related to the existence of regional economic regimes of separation, such as those of Catalonia or the Balearic Islands.*

KEY WORDS: *Active mass of the bankruptcy, individual bankruptcy and matrimonial regime, separation of assets of the spouses and bankruptcy.*

FECHA DE ENTREGA: 27/02/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 09/01/2017.

* Este estudio se realiza teniendo en cuenta la Ley Concursal estatal española y el derecho civil propio (vigente o proyectado) de las Islas Baleares haciendo propuestas de lege ferenda considerando los trabajos y borradores realizados y presentados (sobre los que se sigue trabajando) por la Comisión asesora de derecho civil propio de las Islas Baleares y la regulación ya existente en Cataluña donde el régimen matrimonial también es el de separación.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA.- 1. Principio de universalidad de la ley concursal.- 2. Principio de unidad de la ley concursal y regímenes económico-matrimoniales territoriales.- III. TITULARIDAD DE BIENES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN.- IV. PRESUNCIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CASO DE CONCURSO.

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión que más interés ha suscitado del concurso de la persona física ha sido, sin duda, la que se refiere al régimen económico matrimonial de la persona casada, ya que es a lo que dedica más atención la Ley Concursal, precisamente, por las importantes consecuencias patrimoniales que este régimen puede tener en relación con la composición de la masa activa del concurso¹.

II. DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN EL CONCURSO DE PERSONA CASADA.

1. Principio de universalidad.

¹ La preocupación del legislador concursal se centra, básicamente, en integrar a la masa los bienes que deben responder de los créditos del concursado. Sobre las deficiencias de la Ley Concursal a la hora de proteger al cónyuge del concursado y refiriéndose principalmente al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762, pp. 5 y ss.: En el caso de que el concursado esté casado ello “(...) debería implicar una conexión entre las normas reguladoras de los regímenes económico matrimoniales, normas que se contienen en el Código Civil (...), pero también en las leyes de las comunidades (con derecho civil propio). Pero no basta una conexión, sino que el legislador concursal debe respetar tal normativa que no puede modificar. Pues bien, todos los regímenes económico matrimoniales plantean problemas en sede concursal, pero son los comunitarios y, en particular el régimen de gananciales, los que suscitan más dificultades, dada su complejidad innata. Cuando una persona casada en régimen de gananciales es declarada en concurso, además de los bienes privativos del cónyuge deudor, todos los bienes gananciales pasan a formar parte de la masa activa del concurso cuando deban responder de las obligaciones del concursado. Si esto sucede (lo que ocurrirá siempre pues los bienes gananciales responden de las deudas gananciales contraídas por el deudor concursado y subsidiariamente de las deudas privativas), el cónyuge del concursado puede pedir la disolución del régimen de gananciales, el cual se liquidará «de forma coordinada con lo que resulte del convenio o liquidación del concurso» (art. 77 LC)”. Por lo tanto, bienes que no pertenecen exclusivamente al deudor (ingresos por trabajo del cónyuge del concursado) forman parte de la masa activa del concurso y para evitarlo debe instar la disolución del régimen pero “(...) la LC no le dice cómo hacerlo ni cuándo, pues la LC no prevé que la solicitud de concurso le sea notificada al cónyuge. Una vez solicitada la disolución del régimen de gananciales, será precisa su liquidación a los efectos de que el cónyuge pueda rescatar la parte que le corresponda sobre el patrimonio común sobre el cual tiene una titularidad dominical indiscutible, y no un simple derecho de crédito. Pues bien, nada dice la Ley sobre cómo y cuándo coordinar la liquidación de la sociedad de gananciales. El cónyuge del concursado está preterido en el proceso concursal a pesar de tener un auténtico interés legítimo en el mismo en la medida en que bienes que son en parte de su propiedad van a ser ejecutados por deudas de su cónyuge. (...)”.

A la determinación de la masa activa del concurso (composición e inventario) dedica la Ley Concursal el Capítulo II del Título IV (arts. 76 y ss.) y el art. 183.3 LC dispone que: “Todo lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa, comprenderá la sección tercera del proceso concursal”.

El art. 76.1 LC recoge el principio de universalidad al establecer que integran la masa activa concursal “(...) los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso (con independencia del título que ostente el concursado sobre los citados bienes) y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”. Así pues, frecuentemente en la práctica, se pueden plantear supuestos en los que forman parte de la masa activa concursal, bienes que no son titularidad del concursado o sobre los que el concursado no tiene todas las facultades de gestión y disposición y otros que están en posesión de un tercero o que han salido del patrimonio del concursado perjudicando a la masa lo que puede dar lugar al ejercicio de las acciones de reintegración.

2. Principio de unidad y regímenes económico-matrimoniales territoriales.

La Ley Concursal (arts. 77 y 78) se refiere a los bienes conyugales que se integran en la masa activa en el caso de concurso de persona física casada teniendo en cuenta las particularidades de los diferentes regímenes económico-matrimoniales existentes en el ordenamiento jurídico español pero sin hacer remisión o salvedad expresa alguna en relación con las particularidades de los distintos derechos territorios con derecho civil propio.

En el caso de concurso de persona casada, según dispone el art. 77 LC, “(...) la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso”. Así pues, se entiende que el art. 77 LC atiende a la composición del activo concursal para el caso de sujetarse el matrimonio al régimen económico matrimonial de gananciales o cualquier otro de comunidad mientras que el art. 78 LC alude a las adquisiciones onerosas y con pacto de sobrevivencia en un régimen de separación de bienes. El artículo 79 LC, referido a cuentas indistintas, si bien es cierto que no exige que los titulares de estas cuentas sean cónyuges, también lo es que comúnmente lo son.

El hecho de que los arts. 77 y ss. de la Ley Concursal no hagan ninguna remisión ni salvedad expresa en relación con las particularidades de los distintos derechos territoriales y que las normas de régimen económico matrimonial puedan incidir directamente en

contenidos concursales (como es el caso del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña² relativo a la persona y la familia en el que se contienen algunas reglas de aplicación en el caso de que uno de los cónyuges sea declarado en concurso), a consecuencia de las competencias autonómicas sobre las cuestiones económico-familiares, ha llevado a la doctrina³ a plantearse la constitucionalidad de esta regulación concursal fuera de la Ley Concursal (ley estatal dictada al amparo del art. 149.1.6° CE⁴).

² Ley 25/2010, de 29 de julio. Concretamente, en el Título III, Capítulo I, en los artículos 231– 12, 231– 13, 231–15 y 231–17, se contienen normas que, siendo de régimen económico- matrimonial, inciden directamente en materia concursal. Art. 231-12: “Presumpció de donació. 1. En cas de declaració de concurs d’un dels cònjuges, els béns adquirits per l’altre a títol onerós durant l’any anterior a la declaració se subjecten al règim següent: a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se’n presumeix la donació. b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se’n presumeix la donació de la meitat. 2. La presumpció de l’apartat 1.b es destrueix si s’acredita que, en el moment de l’adquisició, l’adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la. 3. Les presumpcions que estableix aquest article no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l’adquisició”.

Art. 231-13: “Comptes indistints: En cas de declaració de concurs de qualsevol dels cònjuges o d’embargament de comptes indistints per deutes privatis d’un dels cònjuges, el cònjuge no deutor pot sostreure de la massa activa del concurs o de l’embargament els imports que acrediti que li pertanyen”.

Art. 231-15: “Règim dels béns adquirits amb pacte de supervivència: 1. Els cònjuges o futurs contraents que adquireixin béns conjuntament a títol onerós poden pactar en el mateix títol d’adquisició que, quan qualsevol d’ells mori, el supervivent esdevingui titular únic de la totalitat. 2. Mentre visquin ambdós cònjuges, els béns adquirits amb pacte de supervivència s’han de regir per les regles següents: a) No poden ésser alienats ni gravats, si no és per acord d’ambdós cònjuges. b) Cap dels cònjuges no pot transmetre a terceres persones el seu dret sobre els béns. c) S’ha de mantenir la divisió dels béns. 3. En els béns adquirits amb pacte de supervivència, l’adquisició de la participació del premort s’ha de computar en l’herència d’aquest pel valor que tingui la participació en el moment de produir-se la mort, als efectes del càlcul de la llegítima i de la quarta vidual, i s’ha d’imputar a aquesta pel mateix valor. En cas de renúncia, s’entén que el renunciant no ha adquirit mai la participació del premort. 4. El pacte de supervivència atorgat per futurs contraents caduca si el matrimoni no s’arriba a celebrar en el termini d’un any”.

Art. 231-17: “Embargament i concurs. 1. El creditor d’un dels cònjuges pot demanar l’embargament sobre la part que el deutor té en els béns adquirits amb pacte de supervivència. L’embargament s’ha de notificar al cònjuge que no és part en el litigi. 2. En cas de declaració de concurs, la part corresponent al cònjuge concursat s’integra a la massa activa. L’altre cònjuge té dret a treure de la massa aquesta part satisfent-ne el valor. Si es tracta de l’habitatge familiar, el valor és el del preu d’adquisició actualitzat d’acord amb l’índex de preus de consum específic del sector de l’habitatge. En els altres béns, el valor és el que determinin de comú acord el cònjuge del concursat i l’administració concursal o, si no n’hi ha, el que fixi l’autoritat judicial després d’haver escoltat les parts i amb l’informe previ d’un expert si ho considera pertinent”.

³ Hace una reflexión sobre ello, BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010, pp. 333 a 354. Sobre la distribución de competencias en materia mercantil, vid. DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 227–272.

⁴ Entre las competencias exclusivas del Estado, el art. 149. 1. 6o CE, se refiere a la legislación mercantil y a la procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. En relación con la legislación de julio; 47/2004, de 25 de marzo; 243/2004, de 16 de diciembre; 135/2006, de 27 de abril y, entre otras, 136/2009, de 15 de junio), ha señalado que las Comunidades Autónomas sólo pueden introducir en la legislación procesal aquellas innovaciones que inevitablemente se deduzcan de las reclamaciones jurídicas sustantivas que se deriven de las particularidades necesarias de la aplicación de una institución civil foral o especial y en virtud de esta jurisprudencia constitucional se recogen en el Código Civil de Cataluña ciertas

Si bien cabría entender que hay que aplicar los preceptos de la ley Concursal sobre los que resultaren contradictorios de los ordenamientos territoriales y que la regulación de aspectos económico-patrimoniales entre cónyuges que pueden incidir en el concurso fuera de la Ley Concursal choca con el principio de unidad⁵ (subjética y territorial) que esta consagra (de lo que no hay duda), ello debe interpretarse como una limitación del alcance de la norma estatal sobre insolvencia por razón de competencia (del mismo modo que los derechos fundamentales del concursado no pueden regularse en la ley Concursal sino que deben ser regulados por Ley Orgánica)⁶. Precisamente, por ello, la solución debe ser la contraria: si la norma concursal contradice el contenido de alguna de las normas de derecho civil o especial reguladoras del régimen económico-matrimonial, esta es la que prevalece al tratarse de una materia sobre familia y régimen económico de la misma que se encuentra plenamente asumida por los Estatutos de Autonomía de los territorios con derecho civil propio.

Si bien es cierto que los arts. 76-81 LC se refieren a la composición de la masa activa (y formación de la sección tercera del concurso), el art. 77 LC se refiere a los bienes conyugales, el art. 78 LC a la presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges y el art. 79 LC a las cuentas indistintas (normalmente titularidad de ambos cónyuges), por lo que necesariamente los preceptos de la Ley Concursal deben ponerse en

especialidades procesales relativas a las pretensiones liquidatorias del régimen económico ejercidas dentro de los procesos matrimoniales; las pretensiones económico-matrimoniales ejercidas en los procesos de liquidación y división de la herencia; los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable, los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental; la supervisión del régimen de relaciones personales; la intervención de especialistas como auxiliares de los tribunales en el control de las instituciones de protección y, la información sobre el plan de parentalidad. Esta competencia también fue asumida por el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero) en su art. 11: “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias: 3. Las normas procesales y de Derecho administrativo derivadas de las peculiaridades del Derecho sustantivo de las Illes Balears o de las especiales de la organización de la Comunidad Autónoma”. Por otra parte, en el art. 149.1.8o CE, la competencia exclusiva del Estado lo es sobre la legislación civil pero “(...) sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, competencia asumida en el art. 30.27 (art. 10.23 del Estatuto de 1983) del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

⁵ Ex exposición de motivos Ley Concursal, apartado II.: “La ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal. La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo la obligación de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

⁶ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina, vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 366 y 367.

relación con los estatales (código civil) o autonómicos (como es el caso del código civil de Cataluña en relación con las adquisiciones onerosas, compras con pacto de sobrevivencia y cuentas de titularidad indistinta) que regulan estas materias⁷ y en este sentido debe entenderse la Disposición Final trigésimo segunda de la Ley Concursal al disponer que: “La presente ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1. 6º y 8º del Texto Constitucional, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”⁸.

Vemos pues que la naturaleza civil o mercantil, por ejemplo, de la presunción muciana concursal (contemplada en el art. 78. 1 y 2 LC) no es una discusión sin relevancia práctica ya que, según sea la opción que se defienda, tendrá competencia exclusiva el Estado o compartida con las Comunidades Autónomas. Desde mi punto de vista, la naturaleza civil de la norma⁹ parece incuestionable, pues lo que se intenta con ella es regular determinadas relaciones económicas entre cónyuges, sin que esta naturaleza se altere por su mera inclusión en la Ley Concursal¹⁰. En caso de contradicción entre la normativa estatal de

⁷ De esta premisa parte, en su libro, ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

⁸ La enmienda núm. 579 presentada por Convergència i Unió en la que se establecía la prevalencia del derecho foral o especial sobre la legislación concursal no prosperó (quizás por los términos en que fue redactada o debido a que el legislador concursal no estaba excesivamente preocupado por el concurso de la persona física); en ella se proponía una nueva Disposición Adicional redactada en los siguientes términos: “Lo dispuesto en la presente Ley será aplicable sin perjuicio del carácter preferente de la legislación que, en desarrollo de su Derecho civil propio, pueden dictar en este ámbito las Comunidades Autónomas con competencias en materia de conservación y modificación de su Derecho Civil, foral o especial”. La justificación de la misma era, precisamente, que el artículo 149.1.8º de la Constitución tiene en cuenta la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en estas materias, circunstancia que debía ser tenida en cuenta en el Proyecto de Ley. Vid., Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núms.101–15, de 2 de diciembre de 2002, págs. 314 y 315.

⁹ Su naturaleza civil no se ve alterada por su inclusión en las normas concursales que se refieren a la formación de la masa activa del concurso de persona casada; se trata de una presunción de fraude (aplicable tanto a procesos de ejecución singular como colectiva) que afecta a cualquier persona casada acogida a determinados regímenes económico matrimoniales (como el régimen económico de separación de bienes de Cataluña o Baleares), en lo que se refiere a las relaciones económicas con su cónyuge. En el momento de dictarse la LC (2003), la presunción muciana del art. 78.1 y 2 LC incidía en lo ya regulado por los arts. 12 y 39 del hoy derogado Código de Familia de Cataluña de 1998. Actualmente el Libro II del Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio) ha regulado la cuestión en el art. 231-12 en el marco de las disposiciones generales aplicables a todo régimen económico matrimonial, abarcando incluso el de gananciales. Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss. También defiende el carácter civil de la norma, PARRA LUCÁN, M. A.: “El concurso de persona física”, en AA.VV.: *La reforma concursal. III*, Aranzadi, 2011, p. 126. “Cabe entender que (la presunción muciana) resulta también aplicable al régimen de participación por virtud de la remisión que establece el art. 1.413 CC. No se trata, pues, de una norma mercantil aplicable exclusivamente al supuesto de la separación de bienes, sino que la misma debe incardinarse en la normativa general reguladora de los regímenes económico- matrimoniales”. Vid., también, CUENA CASAS, M.: “Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos problemáticos tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, 2012, núm. 12º, p. 69.

¹⁰ En contra, a favor de su carácter concursal, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24, pp. 67 y ss.

insolvencia y una norma autonómica, deberá prevalecer esta en todo lo relativo al régimen económico matrimonial al ser la constitucionalmente competente por razón de la materia para regularlo y sin que quepa alegar la finalidad de la norma concursal para invocar su aplicación uniforme en todo el territorio estatal, en lo que se refiera a relaciones patrimoniales entre cónyuges derivadas de su régimen económico- matrimonial.

En cualquier caso, lo que parece claro es que, si la persona casada en concurso es un empresario, la norma autonómica no puede regular los temas de responsabilidad (empresarial) frente a sus acreedores¹¹ ya que, obviamente, las Comunidades Autónomas no pueden regular la insolvencia del empresario¹² dado su sometimiento a la disciplina de unidad de mercado y su sujeción a un derecho uniforme, el Derecho Mercantil (art. 149. 1. 6º CE), sobre el que el Estado tiene competencia exclusiva, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas por habilitación constitucional y de sus respectivos estatutos de autonomía puedan regular materias de régimen económico-patrimonial entre cónyuges que pueden obviamente incidir en un procedimiento concursal, como es el caso, por ejemplo, de la norma proyectada de derecho patrimonial del matrimonio (Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 6 de febrero de 2013 de Baleares (APLRPM IB)¹³, a partir del que sigue trabajando la Comisión Asesora de derecho civil de las Islas Baleares¹⁴ y al que luego nos referiremos) y en el que se regulan las adquisiciones onerosas realizadas por un cónyuge partiendo de que la titularidad pertenece a quien ha adquirido formalmente el bien y estableciendo la presunción (*iuris tantum*) de gratuidad si la contraprestación o precio ha sido pagado por el otro cónyuge¹⁵, normas que, una vez

¹¹ La presunción muciana concursal, como luego veremos, no afecta a la responsabilidad del empresario casado, sino que se trata de una norma de extensión de la responsabilidad en caso de concurso con independencia del estatuto jurídico al que se encuentre sometido el concursado (empresario o no).

¹² Cabría plantear (no sin ciertas dudas) si, desde un punto de vista constitucional y en contra del principio de unidad consagrado en la ley concursal, las Comunidades Autónomas con derecho civil propio pueden o no regular la insolvencia de la persona física no empresario. No es la unidad de mercado en lo que se ampara la exposición de motivos de la LC para justificar el principio de unidad subjetiva del proceso sino en la simplificación del mismo. Exposición de motivos de la Ley Concursal (apartado II): “(...) La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.

¹³ Vid. la transcripción del texto en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment en la quarta part dels milloraments*, Lleonard Muntaner, Palma, 2013, pp. 448 y ss.

¹⁴ Comisión creada por Decreto 229/1999, de 29 de octubre, como órgano permanente de consulta y asesoramiento del Govern de les Illes Balears en materia de Derecho civil propio.

¹⁵ El objeto de regulación son las relaciones económicas derivadas de los matrimonios que se rigen por el ordenamiento civil de las Islas Baleares (art. 1 APLRPM IB 2013), no limitándose, como hace la compilación actualmente vigente, a regular los regímenes económico- matrimoniales propios de las diferentes islas. El texto del Anteproyecto se estructuró como ley especial, esto es, de forma distinta al anterior anteproyecto ya que no se presenta como una reforma de la Compilación modificando cada uno de los libros, sino como ley general para todo el territorio balear, aunque dedica un título, el VII, por razón del territorio a Ibiza y Formentera, con la finalidad de conservar su especialidad derivada del Libro III de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. La redacción se finalizó el día 6 de febrero de 2013 y se entregó al Conseller de Presidencia para que se procediera a su tramitación y posterior

aprobadas, serán de aplicación también en el caso de concurso de un cónyuge (empresario o no) cuyo matrimonio se rige por el derecho civil de las Islas Baleares¹⁶.

III. TITULARIDAD DE BIENES EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE LAS ISLAS BALEARES.

En el régimen de separación y, concretamente, en el de las Islas Baleares, se entiende que cada cónyuge tiene la propiedad de todos sus bienes, los que tenía al establecerse el régimen y los que ha adquirido después por cualquier título inter vivos o mortis causa durante su vigencia (y, por tanto, en principio, también su disfrute, administración y libre disposición)¹⁷. Ello, evidentemente, sin perjuicio de las adquisiciones que puedan realizar

aprobación por el Consell de Govern del Govern balear. Se inició la tramitación administrativa y se publicó la Resolución del Consejero de Presidencia de 11 de septiembre de 2013, por la que se somete a información pública el borrador inicial del Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio para el período de alegaciones, en el BOIB no 127 de 14 de septiembre de 2013. Recibidas las alegaciones se procedió a devolver a la Comisión el anteproyecto para su modificación. A partir de este texto, la Comisión está actualmente trabajando. Sobre cómo se gestó el documento en el seno de la Comisión Asesora, vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., pp. 345 y ss. Vid. art. 39 (dentro de las disposiciones aplicables al régimen de separación de bienes) APLRPM IB 2013: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid. Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l'altre cònjuge, s'aplicarà l'establert a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges. 2. Tanmateix, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises” y art. 40: “Determinació de titularitats. 1. A manca de títol, la pertinença d'un bé o dret a un o a l'altre cònjuge es podrà determinar per qualsevol mitjà de prova. Si la determinació no és possible, el bé o el dret correspon a ambdós cònjuges per meitats. 2. Es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges i els que estiguin directament destinats al desenvolupament de la seva activitat li pertanyen exclusivament”. Puede verse la transcripción de estos preceptos en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., pp. 462 y 463. Estos preceptos, redactados de forma idéntica, son ahora, a consecuencia de las modificaciones que se han seguido introduciendo por la Comisión, los arts. 35 y 36 del Borrador del

¹⁶ Sobre la paradoja que resulta al combinar la Compilación con los criterios del art. 9.2 CC en materia de efectos del matrimonio, si los cónyuges tienen vecindad civil balear pero vecindad insular distinta, vid. VILA RIBAS, C.: “El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera”, en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales* (LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, dirs.), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 687-716.

¹⁷ En el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013 se establecía en los siguientes términos: art. 36: “En el règim de separació de béns, cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l'administració i la lliure disposició d'aquests, amb els límits establerts per la llei”. Esta definición del régimen de separación de bienes es muy similar a la del art. 3.2 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares para Mallorca y Menorca y a la del art. 67.1 de la misma Compilación para Ibiza y Formentera.

Art. 37: “Són béns propis de cada cònjuge tots els que tenia en establir el règim de separació de béns, de forma voluntària o legal, i els que després ha adquirit per qualsevol títol durant la seva vigència”. Sobre la adecuación del acogimiento en los milloraments a esta normativa, vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 378: “(...) El acogimiento en la cuarta parte de los milloraments no supone ninguna alteración en el régimen de propiedad de los bienes que se adquieren durante su vigencia (por lo que) (...) la situación patrimonial que se produce es idéntica a la que se da en el régimen de separación de bienes. (...) Por otra parte, (...) en el régimen de separación de bienes, en principio, la determinación de los bienes propios no reviste especial importancia, salvo en el aspecto concerniente al deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, supuesto éste en el que, a falta de pacto entre los esposos, interesa conocer los

los cónyuges en pro indiviso (arts. 392 y ss. CC), en cuyo caso, cada cónyuge es dueño de una cuota de participación sobre el bien adquirido.

El problema que se plantea en el caso de concurso de persona casada en régimen de separación, a efectos de composición de la masa activa del concurso, es el de determinar la titularidad de determinados bienes si se desconoce cuál de los dos cónyuges lo adquirió¹⁸ o, si se sabe que lo ha adquirido uno pero lo ha hecho con los recursos del otro pues, al no regir en el régimen de separación el principio de subrogación real¹⁹, este bien pertenece al cónyuge que lo ha adquirido (independientemente de la procedencia de los recursos utilizados para ello). Así, el criterio que se seguía en el APLRPM IB 2013 es el de que los bienes que se adquirieran a título oneroso durante el matrimonio son del cónyuge

recursos con que cuenta cada uno a fin de que ambos contribuyan proporcionalmente al sufragio de tales cargas. En el acogimiento, en cambio, la determinación de los bienes propios de cada consorte tiene más relevancia, puesto que, además de interesar a los efectos del adecuado cumplimiento del deber de subvenir a las cargas familiares, resulta de especial interés para saber qué bienes tenía el cónyuge acogedor al inicio y al final del régimen y, por ende, para calcular correctamente los milloraments obtenidos por éste”. El acogimiento puede ser unilateral o recíproco y, en este caso, “la determinación de la titularidad de los bienes adquiridos onerosamente durante el mismo resulta de capital importancia a efectos de conocer, no sólo el importe a que ascienden los milloraments, sino sobre todo, a efectos de determinar quién es finalmente el deudor y quién el acreedor de los mismos”. Delimitar los bienes propios del cónyuge acogedor al inicio y al final del régimen es esencial para determinar las mejoras, compras y adquisiciones, conceptos a los que se refiere el art. 60 (precepto que se refiere al inicio de la liquidación del régimen convencional d’acolliment en la quarta part dels milloraments).

Art. 38: “1. Qualsevol dels cònjuges pot conferir a l’altre un apoderament, exprés o tàcit, per administrar els seus béns. També pot condicionar-lo, restringir-lo o revocar-lo en qualsevol moment. 2. En l’exercici de l’administració s’han d’aplicar les normes del mandat, però l’administrador no pot designar cap substitut tret que, expressament, l’altre cònjuge l’hagi autoritzat a fer-ho. Aquesta prohibició regeix en qualsevol apoderament entre cònjuges (apartado que no se aplica a los matrimonios que se rigen por las normas aplicables a Ibiza y Formentera, ex art. 45). 3. En finalitzar l’apoderament, l’administrador ha de lliurar a l’altre cònjuge els fruits existents i l’equivalent d’aquells amb què s’hagi enriquit”. Puede verse la transcripción de estos preceptos en: CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 462. A consecuencia de las modificaciones que ha seguido haciendo la Comisión, los artículos referidos son ahora los arts. 32, 33 y 34 del borrador del Anteproyecto quedando el art. 32 redactado en los siguientes términos: “En el règim de separació de béns, cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l’administració i la lliure disposició d’aquests, amb els límits que estableix la llei. Cada cònjuge ha de respondre amb els seus béns de les obligacions que hagi contret, llevat del que disposen els articles 12 i 42” (estos dos últimos preceptos se refieren a la responsabilidad ante terceros de ambos cónyuges por las obligaciones contraídas en el levantamiento de las cargas familiares).

¹⁸ En el régimen del código civil se establece que, si se desconoce a cuál de los dos cónyuges pertenece el bien, se presume (*iuris tantum*) que pertenece a ambos cónyuges pro indiviso (art. 1441 CC: “Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad”), con lo que será la cuota del cónyuge concursado en ese bien la que se integre en la masa activa del concurso a no ser que el cónyuge no concursado demuestre que fue él quien adquirió el bien. Por otra parte, “para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges” (art. 1324 CC). “Si la adquisición (a título oneroso durante el matrimonio) se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes” (art. 1355.2 CC).

Este principio, propio del régimen de sociedad de gananciales, implica que el carácter ganancial o privativo del bien no depende de quien lo haya adquirido sino de los recursos (gananciales o privativos) utilizados para adquirirlo (arts 1346 y 1347 CC).

determinado en el título adquisitivo²⁰. Sin embargo, el problema que ello supone, a efectos concursales, es que un deudor preinsolvente pueda poner a disposición de su cónyuge los recursos necesarios para adquirir un nuevo bien, en cuyo caso, el cónyuge no deudor será su titular y el bien no integrará la masa activa del concurso del cónyuge deudor, con el consiguiente perjuicio de los acreedores de este²¹.

En estos momentos para solucionar este problema en relación con la persona casada cuyo matrimonio se rige por el ordenamiento de las Islas Baleares, se presumirá la gratuidad de la transmisión en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Primero (Mallorca) o Segundo (Menorca)²² de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. La brevedad de esta regulación hará necesaria la integración con las normas de derecho común (art. 78. 1 y 2 LC). En cambio²³, si el matrimonio se rige por las disposiciones del Libro Tercero (Ibiza y Formentera)²⁴ se aplicará supletoriamente (ante la falta de una regulación propia en la Compilación) la presunción muciana concursal del art. 78.1 y 2 LC (precepto al que luego nos referiremos y que ha derogado tácitamente el art. 1442 CC).

En el art. 39 APLRPM IB, se preveía también, si la contraprestación había sido pagada total o parcialmente por el cónyuge del deudor, la gratuidad de la transmisión entre cónyuges²⁵ (y así se sigue igualmente previendo en el Borrador del Anteproyecto en el que

²⁰ Art. 39 APLRPM IB 2013: “Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid”.

²¹ En el régimen del código civil, para tratar de resolver esta situación, en 1981 se introdujo el art. 1442 CC, precepto derogado tácitamente por el actual art. 78.1 y 2 LC.

²² En el Título Primero (Del régimen económico conjugal) del Libro Primero (De las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca) del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, simplemente se establece, a estos efectos, en el art. 3, la presunción por mitad, de la titularidad sobre los bienes integrantes del ajuar doméstico (no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y objetos artísticos e históricos de considerable valor) y la presunción (iuris tantum), en el art. 4, en el caso de contratos y transmisiones de bienes por cualquier título entre cónyuges, de la gratuidad de la transmisión (“Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título. En caso de impugnación judicial se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita”), presunciones que serán también aplicables a la isla de Menorca (art. 65 Compilación).

²³ En el art. 41 del Borrador de APLRPM IB se sigue estableciendo expresamente la excepción de aplicación de la presunción de gratuidad de la transmisión entre cónyuges a los matrimonios que se rigen por las disposiciones aplicables a las Pitiusas.

²⁴ Art. 67 CDCB 1990: “1. En defecto de “espolits”, el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes, que reconoce a cada cónyuge el dominio, disfrute, administración y disposición de sus bienes propios. El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”. Se contempla pues la libertad de contratación entre cónyuges sin referencia a la presunción de gratuidad de la transmisión entre ellos. Debe tenerse en cuenta, como señala CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 348 que en el Libro III la separación de patrimonios es más acentuada que en el Libro I ya que: a. En el Libro III no se contempla la presunción de copropiedad del ajuar doméstico ni se conoce la predetracción del ajuar a favor del cónyuge superviviente en caso de disolución del matrimonio por fallecimiento; b. En el Libro III no se prevé ninguna responsabilidad ni solidaria ni subsidiaria del cónyuge por las deudas contraídas por el otro en el levantamiento de las cargas del matrimonio y c. En el Libro III no se prevé el trabajo para la familia como un modo de contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales.

²⁵ Art. 39: “Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l’altre cònjuge, s’aplicarà l’establert

la Comisión sigue trabajando). Este régimen es igualmente aplicable en el caso del régimen convencional pitiuso²⁶ del acogimiento en los milloraments, en el que es esencial establecer un criterio de atribución de los bienes adquiridos constante matrimonio, especialmente de los adquiridos a título oneroso ya que estos constituyen la base de cálculo de los milloraments²⁷. Por ello, hay que valorar muy positivamente la regulación en el APLRPM IB 2013 (y en el Borrador de Anteproyecto en el que sigue trabajando la Comisión) de la extinción²⁸ y liquidación²⁹ del régimen de separación (y del régimen

a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges". Art. 34.2: "En cas d'impugnació judicial es presumirà que la transmissió és gratuïta". FERRER VANRELL, P.: "El régimen legal de separación de bienes en los Libros I y III", en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3a ed., Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2004, p. 230 explica que, si se mantiene la titularidad formal, es porque se parte de la premisa de que el titular del bien lo es también de la contraprestación utilizada en su adquisición; si la contraprestación procede en todo o en parte del otro cónyuge (no adquirente), el que ha adquirido el bien también ha adquirido de su cónyuge, por causa gratuita u onerosa, los fondos utilizados como contraprestación, en cuyo caso, se presume la gratuidad.

²⁶ El APLRPM IB 2013 se configuró como ley especial aplicable a todas las Baleares (e, igualmente, el Borrador de Anteproyecto con el que la Comisión sigue trabajando), sin perjuicio de regular en ella las particularidades de cada isla. Exposición de Motivos: 2: "Aquesta Llei inaugura el disseny de política legislativa consistent en l'elaboració de lleis especials sectorials que derogaran i substituiran parcialment els preceptes de la Compilació, per decidir finalment si s'ha de mantenir aquesta dispersió normativa sectorial o si és procedent refundre-la en una nova compilació o cos del dret civil propi. 3. Els materials que han servit de base a la discussió i l'elaboració d'aquest text legal han estat l'Avantprojecte de modificació del títol I del llibre I de la Compilació lliurat al Govern per la Comissió Assessora l'any 2004, el Projecte de Llei de reforma del títol I (del llibre I de la Compilació del dret civil de les Illes Balears) del règim econòmic conjugal i renumeració i titulació de tots els articles, aprovat pel Consell de Govern, a proposta de la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears, el 23 de març de 2007, les lleis de les diferents comunitats autònomes relatives al règim econòmic matrimonial i la família que s'han promulgat en els últims anys, i també la doctrina i la jurisprudència més recent, així com les propostes presentades pel Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera. 4. La Llei es denomina "de règim patrimonial del matrimoni", perquè no es limita, com feia fins ara la Compilació, a regular el règim econòmic matrimonial propi de les diferents illes, sinó que intenta incloure els diferents aspectes patrimonials que deriven del fet de contreure matrimoni amb la finalitat que en les situacions en què sigui aplicable aquesta Llei l'ordenació sigui completa i no sigui necessari acudir a ordenacions supletòries".

²⁷ Vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 380.

²⁸ Art. 41: "1. El règim s'extingeix per acord entre els cònjuges documentat en capítols o espòlits, per dissolució, nul·litat o separació judicial del matrimoni. 2. L'extinció del règim obre el període de liquidació que, en defecte d'acord, s'ha de dur a terme de conformitat amb els capítols, espòlits o pactes en previsió de la ruptura matrimonial i, subsidiàriament, segons les regles d'aquesta secció".

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la extinción se regula en el art. 37: "1. El règim s'extingeix per acord entre els cònjuges documentat en capítols o espòlits, per dissolució, nul·litat o separació judicial del matrimoni. 2. L'extinció del règim obre el període de liquidació, el qual, si no hi ha acord, s'ha de dur a terme de conformitat amb els capítols, espòlits o pactes en previsió de la ruptura matrimonial i, subsidiàriament, segons les regles d'aquesta secció".

²⁹ Art. 42: "1. La liquidació s'inicia amb la determinació dels crèdits de l'un i l'altre cònjuge derivats de: a) L'aixecament de les càrregues familiars, d'acord amb els criteris fixats en els articles 8, 9 i 10. b) Les accions de regrés que resultin de la responsabilitat solidària o subsidiària regulada en els articles 12, 13 i 46. c) Els danys i perjudicis causats pels actes de disposició, alienació o gravamen de l'habitatge familiar i el seu parament, que preveu l'article 17.3. d) La impossibilitat de restituir els béns donats per l'altre cònjuge en cas de revocació de la donació o la compensació equivalent al menor valor que suposa el gravamen d'acord amb els articles 24.3 i 24.4. e) La rendició de comptes procedent de l'administració dels béns de l'altre cònjuge d'acord amb l'article 38. f) Els contractes o negocis entre cònjuges. g) Qualsevol altre crèdit que un cònjuge tingui contra l'altre. 2. En cas d'extinció del règim per mort o declaració de defunció, queden exclosos de la liquidació els supòsits a) i b). 3. Una vegada determinats els crèdits d'ambdós

convencional de milloraments³⁰), así como la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa³¹ (al igual que en el CCC se regula la liquidación del régimen de separación ex arts. 232-18 y ss.). En cualquier caso, en caso de concurso de uno de los cónyuges, las normas aplicables sobre liquidación del régimen económico-matrimonial deberán tenerse en cuenta y coordinar con las propias del concurso³², sin que la

cònjuges, correspon compensar-los de manera que en resulti un únic crèdit exigible. 4. El procediment per a la liquidació judicial és el que regulen els articles 807 a 810 de la Llei d'enjudiciament civil”.

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la liquidación se regula en el art. 38: “1. La liquidació s’inicia amb la determinació dels crèdits d’un i altre cònjuge derivats de: a) L’aixecament de les càrregues familiars, d’acord amb els criteris fixats en els articles 8, 9 i 10. b) Les accions de regrés que resultin de la responsabilitat solidària o subsidiària regulada en els articles 12, 13 i 40. c) La impossibilitat de restituir els béns donats per l’altre cònjuge en cas de revocació de la donació o la compensació equivalent al menor valor que suposa el gravamen d’acord amb els articles 20.3 i 20.4. d) La rendició de comptes per l’administració dels béns de l’altre cònjuge d’acord amb l’article 34. e) Els contractes o negocis atorgats entre els cònjuges. f) Qualsevol altre crèdit que un cònjuge tenguí contra l’altre. 2. En cas d’extinció del règim per mort o declaració de defunció, queden exclosos de la liquidació els supòsits a i b. 3. Una vegada determinats els crèdits d’ambdós cònjuges, correspon compensar-los de manera que en resulti un únic crèdit exigible. 4. El procediment per a la liquidació judicial és el que regulen els articles 807 a 810 de la Llei d’enjudiciament civil”.

³⁰ Arts. 57 y ss. del Borrador del APLRPM IB sobre el que la Comisión sigue trabajando.

³¹ Art. 43: “Divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa. 1. Qualsevol dels cònjuges pot exercir, simultàniament al procediment de liquidació, l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguí en comunitat ordinària indivisa. 2. L’autoritat judicial competent, si ho demana un dels cònjuges, pot formar lots de béns amb titularitat plena i adjudicar-los als cònjuges”.

En el Anteproyecto (con las modificaciones introducidas hasta el 28 de julio de 2014), la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa se regula en el art. 39: “1. Qualsevol dels cònjuges pot exercir, simultàniament al procediment de liquidació, l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tenguí en comunitat ordinària indivisa. 2. L’autoritat judicial competent, si ho demana un dels cònjuges, pot formar lots de béns amb titularitat plena i adjudicar-los als cònjuges”.

Art. 232-12 CCCat: “Divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa. 1. En els procediments de separació, divorci o nul·litat i en els adreçats a obtenir l’eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l’acció de divisió de cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa. 2. Si hi ha diversos béns en comunitat ordinària indivisa i un dels cònjuges ho demana, l’autoritat judicial els pot considerar en conjunt a efectes de formar lots i adjudicar-los”.

³² El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) 20.04.2012 se refiere precisamente a un caso en el que los cónyuges otorgaron capitulaciones pactando como régimen económico matrimonial el de separación de bienes, aunque dejando sin liquidar la sociedad de gananciales que hasta entonces habían constituido. En este supuesto, la que fuera vivienda conyugal constituye el bien principal de la masa activa del concurso, y el crédito garantizado con hipoteca sobre la misma es la única obligación de la que debe responder el patrimonio común. La liquidación concursal, en este caso, implica la venta de la vivienda para el pago del crédito (con privilegio especial) y el ofrecimiento de la misma a la ex esposa para que esta pueda ejercitar el derecho de adjudicación preferente que se le reconoce en el artículo 78.4 de la Ley Concursal abonando "el exceso que resulte de la liquidación" (Art. 78.4 LC: “Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso”). Ello presupone la liquidación de la sociedad de gananciales, sin que proceda abrir pieza separada para ello puesto que ya preexistía al concurso un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (La pieza separada se abre si se dan los dos presupuestos del artículo 77.2 LC: existencia de obligaciones del concursado de las que deban responder los bienes comunes y solicitud del cónyuge del concursado activando por tal causa la disolución).

En relación con la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que decir que el cónyuge del concursado

modificación del régimen pueda perjudicar derechos ya adquiridos por terceros.

En el art. 232-3 CCCat 2010, si se acredita que la contraprestación del bien adquirido durante el matrimonio se pagó con bienes o dinero del otro cónyuge, también se presume la gratuidad de la transmisión entre cónyuges³³. Si se duda a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se entiende que corresponde a ambos por mitades indivisas³⁴.

Así, tanto en los arts. 39 y 40³⁵ del APLRPM IB 2013 (y en el Borrador de Anteproyecto

no tiene un derecho de crédito sino que recupera bienes que son suyos (lo que sería un derecho de separación del art. 80 LC), pero lo que ocurre es que, por mandato expreso de coordinación del art. 77 LC, la recuperación se demora a la fase de convenio o al momento de la liquidación. Antes de la reforma de 2011, un argumento a favor de la liquidación previa de la sociedad de gananciales lo constituía el artículo 84.1 de la LC, que excluía del proceso concursal a los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado, de forma que la liquidación previa era la única forma de salvaguardar la garantía que sobre el patrimonio ganancial les concedía la legislación civil (común (art. 1401 Cc) o especial o foral). En contra de la liquidación previa, con anterioridad a la reforma de la LC de 2011, vid. CABANAS TREJO, R.: *Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011*, Barcelona, 2012, p. 158: “la liquidación previa de la sociedad de gananciales implica “salida material” de los bienes gananciales adjudicados al cónyuge del concursado. A mi juicio no hay base legal para mantener tal interpretación con un artículo como el 77 LC que exige la inclusión en la masa activa de “todos los bienes gananciales”. Tal interpretación sería defendible, a mi juicio, en el texto del Proyecto de LC, pero no en el vigente”. Según la actual redacción del art. 49.2 LC, “se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, contra la sociedad de gananciales o comunidad conyugal, en contra de lo que establecía antes de la reforma el artículo 84.1. in fine, que disponía precisamente lo contrario. Si bien en el artículo 86.4 LC se establece una previsión de que la administración concursal debe expresar, en cada uno de los créditos, si sólo pueden hacerse efectivos contra el patrimonio privativo del concursado o contra el patrimonio común (y casi en idéntico sentido se pronuncia también el artículo 94.2.2 LC), estos preceptos deberían haberse modificado ya que se refieren a los créditos contra el concursado que también son contra el patrimonio común, y no a los créditos del cónyuge contra el patrimonio común. Por otra parte, si el cónyuge del concursado solicita, ex art. 77 LC, la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, no se prevé la posibilidad de modificar los textos de la administración concursal en el sentido de excluir los créditos del cónyuge del concursado contra la comunidad conyugal, por lo que la reforma del art. 49 debería haberse coordinado con la del art. 97 y la introducción de los artículos 97 bis y ter (que establecen los supuestos y el procedimiento de alteración de los textos de la administración concursal). Al incluir el art. 49 LC a los acreedores gananciales del cónyuge del concursado en la masa pasiva, si no se disuelve la sociedad de gananciales, todos los acreedores comunes se encuentran en el concurso, de forma que ya no se produce el problema de que los acreedores comunes y privativos del concursado consuman todo el patrimonio ganancial en detrimento de los comunes del cónyuge del concursado.

³³ Art. 232-3 (Adquisicions oneroses): “1. Els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal”.

³⁴ Article 232-4 (Titularitats dubtoses): “Si és dubtós a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'entén que correspon a ambdós per meitats indivises. Tanmateix, es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges que no si-guin d'extraordinari valor i els que estiguin directa-ment destinats a l'exercici de la seva activitat li per-tanyen exclusivament”.

³⁵ Art. 39: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits onerosament durant el matrimoni són del cònjuge que determina el títol adquisitiu vàlid. Si la contraprestació va ser pagada, total o parcialment, per l'altre cònjuge, s'aplicarà l'establert a l'article 34.2 d'aquesta Llei a la relació interna entre els cònjuges. 2.

en el que sigue trabajando la Comisión), como, en el ordenamiento civil catalán:

Los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que consta como titular.

- Si se acredita que los bienes o dinero de la contraprestación fueron pagados (total o parcialmente) por el cónyuge no titular, se presume (*iuris tantum*) la donación por éste de la contraprestación, a no ser que el cónyuge que pagó el precio o contraprestación pruebe que la transmisión obedece a una causa diferente a la donación.

- Si no es posible determinar la titularidad del bien, el bien o derecho corresponde por mitad a ambos cónyuges (cláusula de cierre para titularidades dudosas).

Los bienes muebles de uso familiar adquiridos onerosamente durante el matrimonio, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas (sin que la presunción se desvirtúe por la prueba de la titularidad formal)³⁶.

IV. PRESUNCIÓN DE DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN CASO DE CONCURSO.

Sin embargo, en Cataluña (art. 231-12 CCCat³⁷) se establece también que, en el caso de declaración de concurso de uno de los cónyuges, se presume la donación entre cónyuges (no separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición) si la contraprestación provenía del patrimonio del concursado y, si no se puede acreditar la procedencia de la contraprestación, se presume la donación de la mitad salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para realizar la adquisición. Esta regulación no difiere sustancialmente de la de los arts. 78.1 y 2 LC, precepto que recoge la llamada “presunción muciana concursal»

Tanmateix, els béns mobles d'ús familiar adquirits onerosament durant el matrimoni es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises”. Art. 40: “Determinació de titularitats. 1. A manca de títol, la pertinença d'un bé o dret a un o a l'altre cònjuge es podrà determinar per qualsevol mitjà de prova. Si la determinació no és possible, el bé o el dret correspon a ambdós cònjuges per meitats. 2. Es presumeix que els béns mobles d'ús personal d'un dels cònjuges i els que estiguin directament destinats al desenvolupament de la seva activitat li pertanyen exclusivament”. En el Borrador de Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del matrimonio, a consecuencia de las modificaciones introducidas por la Comisión, ha cambiado la numeración del precepto, de modo que las adquisiciones onerosas y la determinación de titularidades se regulan ahora en los arts. 35 y 36 (igualmente en sede de separación).

³⁶ Precisamente una de las novedades del CCCat 2010 en relación con el CFCat 1998 es que se excluyen de la presunción de donación de la contraprestación, los bienes muebles destinados al uso familiar respecto a los que se presume la pertenencia por mitades indivisas a ambos cónyuges.

³⁷ Art. 231-12 CCCat: “Presumpció de donació. 1. En cas de declaració de concurs d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol onerós durant l'any anterior a la declaració se subjecten al règim següent: a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se'n presumeix la donació. b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se'n presumeix la donació de la meitat. 2. La presumpció de l'apartat 1.b es destrueix si s'acredita que, en el moment de l'adquisició, l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la. 3. Les presumpcions que estableix aquest article no regeixen si els cònjuges estaven separats judicialment o de fet en el moment de l'adquisició”.

(como ya se hacía en el art. 264 APLC 1983³⁸ y en el art. 79 PAPLC 1995³⁹), de forma diferente a como se regulaba en los arts. 1.442 del Código Civil⁴⁰ y 12 del Código de Familia de Cataluña⁴¹, únicas regulaciones vigentes hasta la fecha de la denominada presunción muciana concursal (además del art. 70 de la Legge Fallimentare italiana de

³⁸ Art. 264 APLC 1983: “Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el periodo a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición pero no la del precio que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

³⁹ Art. 79 PAPLC 1995: “1. Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud. 2. Si el cónyuge justifica la adquisición pero no la procedencia del precio satisfecho, se presumirá que el bien procede de donación del deu-dor. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando, en el momento de la adquisición, el cónyuge titular recibiera sueldo, ejerciera profesión o tuviera a su disposición dinero suficiente. 3. La presunción a que se refiere el apartado primero no regirá cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho”.

⁴⁰ Art. 1.442 CC: “Declarado un cónyuge en quiebra o concurso se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho”. Aunque el art. 1.442 CC no se haya derogado expresamente (y aunque así se propuso durante su tramitación parlamentaria por haberse trasladado su contenido a la Ley Concursal: enmienda núm. 388 del grupo Socialista en el congreso (BOCG, congreso de los diputados, Serie a, núm. 101-15, 2 de diciembre de 2002, pp. 238-239) y enmienda núm. 187 del grupo Socialista en el Senado (BOCG, Senado, Serie II, núm. 120(c), de 9 de mayo de 2003, pp. 169-170)), debe entenderse tácitamente derogado por el art. 78.1 y 2 LC al regular la misma materia de forma diferente a pesar de sus similitudes. En dicho sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al art. 78 de la ley concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo II (SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. dirs.), Lex Nova, 2004, p. 1594. Disposición derogatoria única, 4, de la Ley Concursal, conforme a la cual: “Quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley”. MERCADAL VIDAL, *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 404.

⁴¹ Art. 12 del código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998: “En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior deben presumirse donados por el primero, salvo que se acredite que, en el momento de la adquisición, el matrimonio estaba separado judicialmente o de hecho o que el adquirente disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuarla”. Este precepto tiene su antecedente en el art. 23 de la compilación catalana de 1960 (duramente criticado por beneficiar solo al marido y reformada en 1984), presunción muciana concursal posteriormente ubicada en el art. 18.2 de la compilación (reformada por la ley 8/1993, de 30 de septiembre). Art. 23 de la compilación catalana de 1960: “Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiere verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido. (...)”. Este precepto no fue alterado por la Ley Concursal (Disposición final trigésimo segunda LC: “La presente ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al estado conforme al art. 149.1.6.a y 8.a de la constitución, sin perjuicio de las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”).

1942⁴²)⁴³. En el CCCat de 2010, las referencias al concurso de uno de los cónyuges son de nueva incorporación en relación con el CFCat de 1998⁴⁴ (que ya recogía algunas de ellas pero referidas a la ejecución singular) ya que se parte de la naturaleza civil de la presunción muciana concursal al regular esta las relaciones patrimoniales entre cónyuges tanto en ejecuciones singulares como en colectivas y cualquiera que sea el régimen matrimonial (no limitándose al de separación como en el art. 78.1 LC).

La solución en Baleares debería ir también en esta línea (por aplicación de los principios del régimen de separación de bienes propio de las Islas) y quizás convendría, para evitar tener que acudir al derecho supletorio, incluir alguna norma sobre ello en el Borrador de Anteproyecto de la Ley de régimen patrimonial del matrimonio, si bien con algunas precisiones:

El CCCat se refiere a los bienes adquiridos en el año anterior a la declaración de concurso. En relación con este punto, hay que hacer notar que el art. 78.1 LC contiene dos presunciones *iuris tantum* en beneficio de la masa activa, en el caso de declaración de concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. “Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso” (art. 78.1 LC).

Nótese que solo para la segunda presunción se establece el plazo de un año, mientras que, para la primera, no se establece plazo alguno, lo que podría llevar a entender que la presunción del art. 78.1, 1.a parte LC puede aplicarse a todas las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del concursado durante el matrimonio (o vigencia del régimen económico matrimonial) con independencia de la proximidad temporal de dichas adquisiciones a la declaración del concurso. En mi opinión, este precepto debe conectarse con el art. 71.1 LC y entender que será de aplicación la primera presunción del art. 78.1 LC si la adquisición onerosa se ha realizado en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Sobre los requisitos de las dos presunciones volveremos más adelante.

Se desvirtúa la presunción de donación si se acredita que, en el momento de la

⁴² Art. 70 de la Legge Fallimentare de 1942: “Beni acquistati dal coniuge del fallito. I beni, che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con danaro del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprendere il possesso. Se i beni stessi furono nel frattempo alienati o ipotecati, la revocazione a danno del terzo non può aver luogo se questi prova la sua buona fede”. Este artículo fue modificado por el Decreto-Ley 14 marzo 2005, n. 35, convertido en Ley con modificaciones de la Ley 14 mayo 2005, n. 80 (Gazz. Uff. n. 111 del 14.05.2005 – S.O. n. 91).

⁴³ En derecho francés y alemán ha desaparecido la presunción muciana concursal; en Alemania fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de julio de 1968.

⁴⁴ Ley 9/1998, de 15 de julio.

adquisición, el cónyuge adquirente tenía recursos o medios suficientes para realizar la adquisición. Efectivamente, el art. 231-12. 2 CCCat dispone que la presunción de donación por mitad, en el supuesto en el que no pueda acreditarse la procedencia de la contraprestación, se destruye si se acredita que, en el momento de la adquisición, el adquirente tenía ingresos o recursos suficientes para efectuarla⁴⁵. Sin embargo, esta no es la mejor opción desde un punto de vista concursal ya que las maniobras de distracción de bienes entre cónyuges cuando uno de ellos es insolvente o preinsolvente no depende de los ingresos y recursos que tenga el otro y ello afecta a terceros acreedores del cónyuge concursado.

No rige la presunción si los cónyuges estaban separados judicialmente o de hecho en el momento de la adquisición. En cambio, en la LC (art. 78.2) no se concreta en qué momento debe haberse producido la separación que, en cualquier caso, deberá haber sido previa a la adquisición del bien. Lo más razonable, desde un punto de vista concursal, es exigir la separación no solo al adquirirse el bien sino también durante todo el periodo sospechoso⁴⁶ y al declararse el concurso ya que, en otro caso, sobre todo en caso de separaciones de hecho, puede ser muy fácil burlar la norma. La separación debe probarla quien pretenda desvirtuar la presunción pues se presume que los cónyuges viven juntos. Aunque el art. 40 APLRPM IB (art. 36 Borrador actual del Anteproyecto), permita determinar la titularidad del bien por cualquier medio de prueba, en este caso, no parece que pueda admitirse la confesión entre cónyuges ya que ello podría perjudicar a los acreedores del cónyuge concursado.

La “presunción muciana concursal” no tiene porqué limitarse al régimen de separación (como en el art. 78.1 LC), sino que también puede extenderse al de participación en las ganancias ya que este, ex art. 1413 CC, durante su vigencia y salvo pacto en contra, se rige por las normas del régimen de separación⁴⁷, al igual que el régimen convencional “d’acolliment en la quarta part dels milloraments”⁴⁸ e, incluso, al de gananciales⁴⁹. Así, la

⁴⁵ En el CFCat también se desvirtuaba la presunción si el cónyuge adquirente podía acreditar que disponía de ingresos o recursos suficientes para efectuar la adquisición pero la presunción que se establecía era una presunción general de donación sin distinguir los casos en los que no se pudiera acreditar la procedencia de la contraprestación.

⁴⁶ El art. 93.1 LC considera persona especialmente relacionada con el concursado, a su cónyuge o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso coincidente con el periodo sospechoso del art. 71 LC.

⁴⁷ Art. 232-13 CCCat: “1. El règim econòmic matrimonial de participació en els guanys atribueix a qualsevol dels cònjuges, en el moment en què s’extingeix el règim, el dret a participar en l’increment patrimonial obtingut per l’altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent. 2. Durant el matrimoni, cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l’administració i la lliure disposició dels seus béns, però té el deure d’informar adequada-ment l’altre de la seva gestió patrimonial. 3. Si no hi ha pacte i no es pot aplicar el que estableix aquesta secció, el règim de participació en els guanys es regeix per les normes del de separació de béns”.

⁴⁸ Art. 55 APLRPM IB 2013: “1. El règim d’acolliment en la quarta part dels milloraments atribueix al cònjuge, en el moment de l’extinció, el dret a participar en una quarta part de les millores, compres i adquisicions fetes per l’altre durant el temps que aquest règim hagi estat vigent, segons les normes establertes en aquest capítol. 2. En el moment de constituir el règim, els cònjuges poden acordar una participació en els milloraments diferent de la quarta part. 3. En aquest règim cada cònjuge té la propietat de tots els seus béns i, per tant, el gaudi, l’administració i la lliure disposició d’aquests béns, amb els límits establerts per la llei. En tot cas, el cònjuge acollidor té el deure d’informar sobre la gestió del seu

presunción de donación del art. 231-12 CCCat⁵⁰ en caso de declaración de concurso no se aplica solo al matrimonio que se encuentre en régimen económico de separación de bienes sino también a cualquier otro⁵¹.

Aunque una interpretación correctora de las presunciones del art. 78.1 LC permitiría aplicarlas a las parejas de hecho (arts. 14 y 39 CE)⁵² sorprende que la Ley Concursal no se

patrimoni”.

⁴⁹ Cabe plantearse también su aplicación en caso de gananciales (a las adquisiciones a título oneroso realizadas por el cónyuge con fondos privativos del concursado en el periodo sospechoso anterior a la declaración del concurso) por la existencia de bienes privativos de cada uno de los cónyuges que se integran en la masa activa del concurso si son del concursado (art. 77.1 LC), si se dan los presupuestos del art. 78 LC: un cónyuge es titular de un bien que ha sido pagado por el otro. Sobre si es posible la aplicación de la presunción al régimen de gananciales, vid. CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores*, cit., pp. 196 y ss.

⁵⁰ “A diferencia de lo previsto en el art. 78.1 LC, el art. 231-12 CCCat ni limita subjetivamente su ámbito de aplicación a la declaración de concurso de persona casada en régimen de separación ni, objetivamente, la presunción se presenta, de forma expresa, “en beneficio de la masa”. De estimarse que la presunción de donación del art. 232-3.1 CCCat resulta también alegable por los acreedores en todo caso (y no sólo en situación de insolvencia declarada) y momento (al margen del tiempo de la adquisición), cabría defender que en el régimen de separación el art. 231-12 CCCat quedaría desplazado por aquél. A resultas de ello, el ámbito de aplicación de este último se reduciría a la declaración de concurso de deudor casado en régimen distinto al de separación. Esta lectura, sin embargo y contrariamente a lo que pudiera parecer, podría llegar a ser realmente contraproducente para el acreedor del casado en separación. Descartar la aplicación del art. 231-12 CCCat podría implicar, por ejemplo, desconocer la presunción de donación de la mitad de la contraprestación satisfecha en aquellos casos en que no cupiera acreditar su procedencia (art. 231-12.1.b CCCat). Ello, claro está, salvo que llegara a estimarse que, precisamente, es con esta última presunción (y no con la contemplada en el art. 231-12.1.a CCCat) con la que se intensifica la protección de los acreedores para el caso de insolvencia declarada del deudor casado en régimen de separación”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret* 4/2011, p. 12.

⁵¹ La norma se encuentra situada en la Sección dedicada a las Relaciones económicas entre los cónyuges y en la Subsección de Disposiciones generales, aplicable, por tanto, a cualquiera de los regímenes económicos. Sin embargo, en el régimen económico de comunidad de bienes (arts. 232–30 y ss. CCCat), los bienes adquiridos con posterioridad a su adopción devienen gananciales, salvo que resulten privativos por ser adquiridos por subrogación de bienes que también tengan ese carácter. “En este particular, y a propósito del régimen de comunidad, debe considerarse el art. 232-32 c CCCat, en cuya virtud son bienes privativos “de cada cónyuge” “los adquiridos por subrogación real de otros bienes privativos”. Se diría que la norma contempla la adquisición de un bien por uno de los cónyuges y a cambio de bienes o dinero propios. Así, el bien adquirido ocupa el lugar de la contraprestación satisfecha. La cuestión que suscita el precepto es si, por subrogación real, el adquirente será siempre el titular del patrimonio privativo que ha costado la adquisición, aun cuando en el contrato previo y en la entrega haya participado sólo el otro”. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 18.

⁵² Amparándose en el art. 40 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que dispone que los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica, económica y social de las diversas modalidades de familia, el Título tercero del Libro Segundo (familia) del Código Civil de Cataluña regula las relaciones económicas entre cónyuges y protege las relaciones familiares basadas en formas de convivencia diferentes a la matrimonial, como son las familias formadas por un progenitor con sus descendientes, las parejas estables, las relaciones convivenciales de ayuda mutua y la familia homoparental. Sobre la Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de Parejas Estables de Baleares, vid. Comentarios a la Ley de Parejas Estables de les Illes Balears (Col·lecció l’esperit de les lleis, no. 6), Institut d’Estudis Autònomic, Palma, 2007. En el art. 2.2 del Borrador del APLRPM IB (en el que la Comisión sigue trabajando) establece: “Als efectes d’aquesta Llei, la família és el nucli que formen els cònjuges, els fills comuns, els propis de l’un o de l’altre, i també la resta de descendents i ascendents, sempre que convisin en el domicili familiar”.

haya referido expresamente a ellas⁵³, cuando la misma Ley se refiere, en otros ámbitos, al conviviente o persona con relación análoga de afectividad⁵⁴. Hay que tener en cuenta que la Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de Baleares adopta los criterios del Libro I de la Compilación para regular las relaciones económicas en el seno de toda pareja estable inscrita en Baleares, con lo que se producen agravios comparativos entre matrimonios sujetos a las normas del Libro III y parejas pitiusas no casadas⁵⁵.

La adquisición onerosa debe ser de “bienes”⁵⁶ (cualquier tipo de derecho real o de

⁵³ Sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes de inconstitucionalidad del art. 70 de la Legge Fallimentare y del parágrafo 45 Ko que fue declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de julio de 1968) y la reciente y abundante legislación sobre parejas de hecho.

⁵⁴ En la LC se califican sus créditos contra el concursado como subordinados (art. 92.5º. LC) y se les impide ser administradores concursales (art. 28.1) o representantes de los acreedores en la Junta (art. 118.2). El art. 93.1 LC (dentro de las personas especialmente relacionadas con el concursado) se refiere “a las personas que convivan con análoga relación de afectividad (...) dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso”. A efectos del ejercicio de las acciones de reintegración, se presume iuris tantum el perjuicio patrimonial de los actos de disposición a título oneroso que el concursado haya realizado a favor de las personas especialmente relacionadas con él (art. 71.1.3º. LC), dentro de las cuales se incluyen, tanto el cónyuge como el conviviente del concursado que lo hayan sido dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso.

⁵⁵ Vid. CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment*, cit., p. 349.

⁵⁶ En relación con el art. 232-3.1 CCCat, vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., pp. 16-17: “Por razón de lo adquirido onerosamente (que deben ser “bienes”...), escaparían (...) de la presunción los servicios prestados a uno de los cónyuges sufragados con bienes o dinero procedentes del patrimonio del otro. Y con mayor razón los supuestos en los que también proceden de aquel patrimonio los recursos empleados para satisfacer una deuda que no se corresponde con el pago de una contraprestación por la adquisición de un bien (léase, el pago de una sanción administrativa, de una indemnización por responsabilidad extracontractual...). En el contexto del art. 232-3 CCCat la exclusión de estas y otras hipótesis (así, de pago pendiente aún la adquisición), está plenamente justificada. La finalidad del precepto, así como la del art. 232-4 CCCat, es la de coadyuvar a la determinación de los bienes que integran el patrimonio de uno y otro cónyuge, de modo que el resto de relaciones que se entablan al margen de la adquisición de un bien son ajenas a la finalidad y al texto de la norma. En su caso, la razón de ser del art. 232-3.1 in fine CCCat (que descarta toda idea de subrogación real) permitiría desestimar también toda pretensión que, albergada por el cónyuge que ha sufragado el precio debido por su cónyuge, lo fuera de la titularidad o exigibilidad del crédito que, aún no satisfecho, tuviera este último frente a un tercero y, ello, con independencia de que aquel derecho lo fuera a la entrega de una cosa o a la prestación de un servicio (como sí, por ejemplo, por haber pagado el coche comprado por el cónyuge pero aún no entregado, fuera entonces el financiador quien alegara tener él el derecho a exigir su entrega y, con ella, su titularidad). Ocurre, sin embargo, que en el contexto de determinación de la composición del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges, la propia presunción de donación deviene innecesaria excediendo, así, de aquella finalidad. Al servicio de aquella determinación, hubiera bastado con la regla de la pertenencia de los bienes al cónyuge que constara como titular añadiéndose, en su caso pero sin resultar tampoco imprescindible, que ello sucede así aun cuando la contraprestación proceda del cónyuge no adquirente. Al incorporarse la presunción, se incide en un ámbito distinto, a saber: el de las relaciones entre cónyuges y se incide estableciendo, no sólo una presunción de transmisión gratuita, sino, en concreto, de transmisión por causa de donación. Siendo ello así, se hace difícil justificar (salvo que se esté a la más estricta y rigurosa literalidad del art. 232-3.1 CCCat) la no aplicación de aquella misma presunción a todo supuesto de transmisión de bienes entre cónyuges, con independencia de que lo transmitido se emplee a propósito de otra adquisición y, en especial, a fin de satisfacer su precio o contraprestación. Y resulta también difícil no derivar de ello, quizás a modo de principio general, una presunción de gratuidad de todo negocio de finalidad no transmisiva celebrado entre cónyuges. En todo caso, su ámbito de aplicación sería, estrictamente, el de las relaciones entre cónyuges”.

crédito) por el cónyuge del concursado, a cambio de otro bien⁵⁷, frecuentemente dinero, en cuyo caso, a efectos de reintegración, deberá tenerse en cuenta la contraprestación efectivamente satisfecha por el cónyuge del concursado. No hay que olvidar que el art. 78 LC, si bien está situado en sede de composición de la masa activa, recoge dos

“Si se han utilizado recursos del deudor a fin de saldar la deuda de su cónyuge, si no cabe aplicar la presunción de donación del art. 232-3.1 CCCat, “(...) cabrá interponer una acción declarativa que constate que lo celebrado es una donación o, en su caso, un negocio gratuito que, en la medida en que resulte perjudicial o fraudulento, será a su vez rescindible u inoponible. La cuestión ulterior que suscita el supuesto es si, planteado un pleito con aquella finalidad, deberá observarse también la regla de inversión probatoria prevista en el art. 231-11 CCCat, esto es, si serán los cónyuges los que deberán probar la onerosidad del negocio y no tanto los demandantes su naturaleza gratuita. Ocurre que no siempre procederá una prueba de tal extremo (así, por ejemplo, cuando frente a la pretensión declarativa de un negocio de donación, los demandantes aleguen que lo celebrado es un simple préstamo gratuito). La situación anterior puede incomodar especialmente al cónyuge adquirente. Así, porque mientras la presunción de donación del art. 232-3.2 CCCat sin duda lo sitúa en muy buena situación ante la eventual pretensión restitutoria de su cónyuge, frente a la declarativa de los acreedores de su cónyuge seguramente convenga mejor a sus intereses defender que lo habido fue un negocio oneroso. Por lo demás, en aquellos supuestos en los que sea el propio cónyuge no- adquirente pero financiador quien satisfaga directamente deuda ajena (así, “sin ánimo de reclamar[la]”, art. 1894, pár.1o, in fine CC), cabrá impugnar directamente el pago por causa de su inexigibilidad al tiempo de satisfacerse (se entiende, respecto a dicho cónyuge no deudor y se entiende, también, siempre que concurren los requisitos adicionales de fraude, perjuicio...que exija la acción impugnatoria de que se trate). El argumento lo proporcionan artículos como el 1292 CC o el art. 71.2 LC. Ambos preceptos, sin embargo, exigen: o bien que aquel pago haya incrementado la situación de insolvencia del deudor (...), o que se haya realizado en el llamado período sospechoso. Fuera de ambas hipótesis, el pago, aunque inexigible (en especial, por razón de un plazo aún no vencido), es un acto debido y en consecuencia no puede atacarse por los acreedores aún no satisfechos. Ocurre, sin embargo, que aquellos preceptos contemplan la situación del deudor que satisface sus deudas antes de su vencimiento. El supuesto que aquí se plantea es, por el contrario, el del tercero que satisface deuda ajena, sea o no exigible al deudor. Habida cuenta que tratándose de un tercero el acto de cumplimiento es un acto espontáneo (o no debido), se estima que debe caber su impugnación si con él su patrimonio queda en estado de no poder satisfacer sus propias deudas (art. 1111 CC). La inexigibilidad del pago y la situación de insolvencia patrimonial que genera aquella satisfacción justificarían aquella impugnación, sin necesidad de basarse en el animus donandi del tercero respecto de su cónyuge. Lo cierto es, sin embargo, que si no logra acreditarse esto último tampoco podrá probarse aquella insuficiencia patrimonial: a falta de aquel “ánimo de no reclamar” (o de su prueba), la contraprestación satisfecha habrá dado paso, en el patrimonio del solvens y salvo supuestos como el del art. 1158 in fine CC, como mínimo a un crédito por igual importe o prestación”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 13.

⁵⁷ Art. 232-3 CCCat: “Adquisicions oneroses. 1. Els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni pertanyen al cònjuge que consti com a titular. Si es prova que la contraprestació es va pagar amb béns o diners de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació. 2. Si els béns adquirits a títol onerós durant el matrimoni són béns mobles de valor ordinari destinats a l'ús familiar, es presumeix que pertanyen a ambdós cònjuges per meitats indivises, sense que prevalgui contra aquesta presumpció la mera prova de la titularitat formal”. “La referencia expresa a “bienes”, a modo de posible contraprestación, es una novedad del CCCat. Con todo, la simple alusión a dinero en los precedentes del art. 232-3.1 CCCat fue objeto de una interpretación extensiva por la doctrina, estimándose aplicable a toda contraprestación onerosa; (...). Por lo demás, el precepto no parece descartar que, en función de contraprestación, se contemple la renuncia del derecho que el cónyuge no adquirente pudiera tener frente al tercero transmitente o, en su caso, la condonación de la deuda que aquél tuviere frente a éste. Tampoco que se comprometa, por el cónyuge-adquirente, la actividad del no adquirente o que, habiéndose obligado el primero a un hacer no personalísimo, se satisfaga por el cónyuge no deudor a modo de cumplimiento por tercero. En estos casos, sin embargo, procederá mejor hablar de presunción de gratuidad que de donación (aun cuando sólo sea porque el cónyuge adquirente nada adquiere del financiador; art. 531-7 CCCat)”. Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas”, cit., p. 8.

presunciones de donación a los efectos del ejercicio de acciones de reintegración (tema al que luego nos referiremos). No obstante, lo que se pretende no es la reintegración del bien adquirido por el cónyuge no concursado sino la recuperación del dinero donado, por lo que no se ataca el negocio oneroso entre el cónyuge no deudor y el tercero sino el negocio gratuito entre los cónyuges⁵⁸.

El análisis pormenorizado de la presunción de la donación de la totalidad de la contraprestación procedente del patrimonio del concursado, de la presunción de donación de la mitad de la contraprestación cuando no puede probarse la procedencia de la misma y de la presunción de cotitularidad por mitades indivisas del ajuar doméstico entre otros temas serán objeto de análisis en otro estudio.

ABREVIATURAS

APLC 1983: Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 27 de junio de 1983.

APLRPM IB: Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de 6 de febrero de 2013 de Baleares.

BAPLRPM IB: Borrador de Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio de Baleares.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CC: Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

CCCat 2010: Código civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio).

CDCB 1990. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.

CE: Constitución española (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).

CFCat 1998: Código de Familia de Cataluña (Ley 15 de julio de 1998).

LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPE: Ley 18/2001, de 29 de diciembre, de parejas estables de Baleares.

PAPLC 1995: Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal.

⁵⁸ Vid. ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso*, cit., pp. 99 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: “La incidencia de la LC en los regímenes económico matrimoniales de derecho foral a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución”, *Derecho privado y Constitución*, 2010, núm. 24.

ARNAU RAVENTÓS, L.: “Adquisiciones onerosas y titularidades dudosas en el régimen de separación”, *InDret* 4/2011.

ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*, Atelier, Barcelona, 2005.

BENAVIDES VELASCO, P.: “El concurso de persona física casada ¿Diferencias territoriales? Una reflexión”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá III*, 2010.

CABANAS TREJO, R.: *Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011*, Barcelona, 2012.

CARDONA GUASCH, O.: *Acolliment en la quarta part dels milloraments*, Lleonard Muntaner, Palma, 2013.

CUENA CASAS, M.: “Insolvencias familiares ante situaciones de crisis económica. Una asignatura pendiente de la Ley Concursal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2008, núm. 762.

CUENA CASAS, M.: *La protección de los acreedores en el régimen económico matrimonial de separación de bienes (la llamada presunción muciana)*, Madrid, 1999, pp. 196 y ss. También defiende el carácter civil de la norma, PARRA LUCÁN, M. A.: “El concurso de persona física”, en AA.VV.: *La reforma concursal. III*, Aranzadi, 2011.

CUENA CASAS, M.: “Régimen económico matrimonial y concurso de acreedores. Aspectos problemáticos tras la Ley 38/2011 de 10 de octubre”, *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, 2012, núm. 12º.

DÍAZ MORENO, A.: “El Derecho Mercantil en el marco del Sistema Constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coord. Por J. L. IGLESIAS PRADA), Tomo I, Civitas, Madrid, 1996.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Comentario al art. 78 de la ley concursal”, en AA.VV.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, tomo II (SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. dirs.), Lex Nova, 2004.

FERRER VANRELL, P.: “El régimen legal de separación de bienes en los Libros I y III”, en AA.VV.: *Lecciones de Derecho Civil Balear*, 3a ed., Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2004. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Hacia un nuevo derecho concursal: su necesaria

unidad”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2005.

MERCADAL VIDAL, *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona, 2004.

VILA RIBAS, C.: “El régimen económico legal del matrimonio en las islas de Ibiza y Formentera”, en AA.VV.: *Los regímenes económicos matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales* (LLEDÓ YAGÜE, FERRER VANRELL, dirs.), Dykinson, Madrid, 2010.



A POSIÇÃO JURÍDICA DO DEVEDOR FACE AO CONTRATO DE FACTORING*

THE DEBTOR'S LEGAL POSITION FACE TO THE FACTORING AGREEMENT

CÉSAR MANUEL FERREIRA PIRES
Professor de Direito Comercial
Universidade Lusófona do Porto - Portugal
cesar_pires@hotmail.com

RESUMEN: Tendo por base as características específicas do contrato de factoring, a sua ligação estreita com a cessão de créditos e as suas diferentes funções, este escrito visa desenvolver algumas reflexões sobre as suas repercussões na posição jurídica do devedor cedido. Como poderá a posição jurídica do devedor ser alterada devido aos atos por si adotados? Qual a relevância dos fins específicos do factoring para a definição da posição jurídica do devedor?

PALABRAS CLAVE: factoring; financiamento; cessão de créditos; devedor.

ABSTRACT: Following the specific characteristics of the factoring agreement, its close link with the assignment of credit claims and their different functions, this paper seeks to approach their implications for the debtor's legal position. How can the debtor's legal position be changed due to the acts adopted by himself? What is the relevance of the specific purposes of factoring for the definition of the debtor's legal position?

KEY WORDS: factoring; financing; credit claims assignment; debtor.

FECHA DE ENTREGA: 29/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

* Este trabalho é o resultado de uma investigação realizada no âmbito de um dos seminários do Curso de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMARIO: I. NOTAS INTRODUTÓRIAS.- II. O CONTRATO DE FACTORING: NATUREZA E MODALIDADES.- III. AS CLÁUSULAS DE INCEDIBILIDADE ENTRE CREDOR (ADERENTE) E DEVEDOR.- IV. OS DEVERES DE CONDUTA DO DEVEDOR FACE AO CONTRATO DE FACTORING.- V. A Oponibilidade de meios de defesa por parte do devedor.- VI. A RENÚNCIA DO DEVEDOR AOS MEIOS DE DEFESA.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS.

O contrato de *factoring* tem sido abordado, maioritariamente, no domínio da doutrina sob uma perspetiva de vínculo contratual que une um determinado fornecedor de bens ou serviços (credor/cedente/aderente) a um determinado prestador de múltiplos serviços (credor adquirente/cessionário/*factor*). Intrinsecamente ligado a este vínculo contratual surge um outro, que une o fornecedor de bens ou serviços a um determinado comprador (devedor/devedor cedido). Não obstante esta ligação, o princípio da relatividade dos contratos impõe que um determinado contrato não produza efeitos relativamente a terceiros e, por isso, poucas razões aconselham a uma abordagem do contrato de *factoring* sem este referente.

Ademais, o contrato de *factoring* surge como um importante instrumento para fazer face a necessidades sentidas pelos operadores do mercado de encontrarem soluções inovadoras e alternativas aos clássicos meios de obtenção de financiamento. Esta necessidade é particularmente visível no domínio das pequenas e médias empresas que, para competirem num mercado cada vez mais globalizado, têm de se socorrer de instrumentos de financiamento que lhes permitam a liquidez necessária. O contrato de *factoring* surge, por isso, com características e funções muito diferentes dos institutos jurídicos tradicionais que lhe estão inerentes, nomeadamente, a cessão de créditos.

No contrato de *factoring*, o fornecedor de bens ou serviços, assente na autonomia da sua vontade, opta por transmitir um dos seus ativos patrimoniais não para ter, em primeira linha, lucros imediatos, mas sim para obter um conjunto de serviços que lhe permitirão maior eficiência na gestão e financiamento da sua atividade.

Com este pano de fundo, a transmissão dos créditos operada por via do contrato de *factoring* surge sem necessidade de consentimento por parte do devedor cedido, fazendo a ordem jurídica corresponder a tal facto um comportamento lícito, apesar de constituir uma interferência unilateral na esfera jurídica alheia. Esta desnecessidade de consentimento por parte do devedor cedido baseia-se na ideia fundamental de que a sua posição jurídica não fica afetada pela transmissão verificada. Se o devedor tinha de cumprir com a sua obrigação de pagamento perante um determinado sujeito, após a cessão do seu crédito passa a ter de a cumprir perante um outro sujeito nos mesmos moldes.

No entanto, a definição da posição do devedor não deve ser totalmente alheia à verificação da transmissão do crédito para outro sujeito. O facto de o devedor não

estabelecer qualquer relação jurídica com o cessionário (*factor*) não pode significar que não tenha de coadunar a sua conduta com essa nova realidade.

O contrato de *factoring* pode servir de base a cessões de créditos presentes e futuros, fazendo corresponder à relação estabelecida entre aderente e *factor* uma certa continuidade na “relação” entre este e o devedor.

Destarte, tendo por base as características específicas do contrato de *factoring*, a sua ligação estreita com a cessão de créditos e as suas diferentes funções, tentaremos desenvolver algumas reflexões sobre as suas repercussões na posição jurídica do devedor cedido, na forma como esta pode sofrer determinadas mutações por via de comportamento por parte do próprio devedor ou para melhor atingir os objetivos para os quais foi concebido o contrato de *factoring*.

II. O CONTRATO DE FACTORING: NATUREZA E MODALIDADES.

O *factoring* tem já uma longa história no domínio do comércio¹. Ao longo dos anos tem sido vista como uma atividade financeira desenvolvida por empresas especializadas na cobrança e gestão de créditos, concessão de financiamento e garantia do risco de incumprimento por parte dos devedores. A importância desta atividade² não foi, no entanto, acompanhada pelo ordenamento jurídico português, que dedica apenas escassas normas do Decreto-lei n.º 171/95, de 18 de julho à definição de contrato de *factoring*. A esta escassez de regime têm respondido a doutrina e jurisprudência com formulações capazes de orientar a atividade do intérprete. De tal forma que este utiliza essas linhas orientadoras para prover a todo o conjunto de questões que, em alguns casos, implicaria uma reformulação dessas mesmas linhas, por forma a melhor definir o seu *iter* interpretativo.

Por ora, centremo-nos nessas linhas orientadoras que nos são fornecidas pela doutrina e pela jurisprudência. A primeira tem sido fértil a definir o contrato de *factoring* como um contrato por via do qual um determinado sujeito “transfere ou se obriga a transferir ao outro contraente –o *factor* – a totalidade ou parte dos seus créditos comerciais a curto

¹ A evolução da figura em termos económicos e jurídicos, não se podendo considerar uma questão de menor importância, será deixada de parte neste trabalho por necessidade de colocar o enfoque no reduto circunscrito à partida. Não obstante, sobre esta questão vejam-se algumas referências em PINTO DUARTE, R.: *Escritos sobre leasing e factoring*, Principia, 2001, p. 96 ss; MENEZES CORDEIRO, A.: *Da cessão financeira (factoring)*, Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1994, p. 25 ss.

² Segundo dados da FCI – *Factors Chain International*, o mercado global do *factoring* atingiu, no ano de dois mil e quinze, 2,3 biliões de euros. O mercado europeu continua a ser o que maior volume gera (1,5 biliões de euros), tendo crescido 6% relativamente ao ano de dois mil e catorze. Em Portugal, o volume de negócio aumentou 7%, representando no ano de dois mil e quinze 22.921 milhões de euros. Em Espanha, o volume de negócio aumentou 2%, representando no ano de dois mil e quinze 115.220 milhões de euros. Dados disponíveis em www.fci.nl.

prazo [...], presentes ou futuros, resultantes da venda ou prestação de serviços, da totalidade ou de parte (indicada no contrato) dos seus clientes.”³.

Por seu turno, a jurisprudência, não se desligando em absoluto das orientações doutrinárias, tem sido impelida a formular definições que melhor se adaptem às circunstâncias do caso concreto⁴.

Apesar das diferentes formulações verificadas na doutrina e na jurisprudência (ou entre ambas) é comum considerar-se que o contrato de *factoring* utiliza a cessão de créditos como instrumento para conformar o essencial do seu objeto⁵. No entanto, o conteúdo desta relação jurídica é mais complexo, pois a prática vem determinando o acesso a financiamento por parte de pequenas e médias empresas como uma importante função do contrato de *factoring*, em alternativa ao crédito bancário. Ora, tendemos a considerar que a abordagem de um contrato como o de *factoring* (cuja noção não tem contornos perfeitamente delimitados) não pode ser alheia aos elementos que vão sendo fornecidos pela prática comercial⁶.

A esta dificuldade de definição da natureza do contrato de *factoring* não será alheio o facto de se apresentarem várias modalidades de *factoring*⁷. De entre essas modalidades, interessa uma especial referência ao *factoring* com recurso por contraposição ao *factoring* sem recurso e ao *factoring* aberto por contraposição *factoring* fechado.

No *factoring* com recurso, o *factor* não assume o risco de incumprimento por parte do terceiro devedor, quer porque fica com a faculdade de retransmitir o crédito ao aderente,

³ D. P. PESTANA VASCONCELOS, L. M.: *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra Editora, Coimbra, BFDUC, Stvdia Ivridica 43, p. 19 e 20. Permitimo-nos realçar aqui a referência do título a “contratos”, porquanto nos parecer ser uma questão que não é de somenos importância para a compreensão do regime jurídico do *factoring*, nomeadamente, da repercussão deste na esfera jurídica do devedor (que para este é *res inter alios acta*).

⁴ “«*Factoring*» uma atividade mercantil que consiste na tomada de créditos a curto prazo por uma instituição financeira (“*factor*” ou “*cessionário*”), que os fornecedores de bens ou serviços (“*aderentes*”) constituem sobre os seus clientes (“*devedores*”) concretiza-se num mecanismo empresarial que dá a possibilidade às empresas de obterem um melhor financiamento do seu ciclo de exploração, através da sua utilização tornando possível a obtenção de uma antecipação da liquidação do preço das encomendas a pagar pelos seus clientes.” (*Ac. STJ, de 3 de maio de 2012, in www.dgsi.pt*). “O contrato de *factoring* caracteriza-se pela transferência de créditos a curto prazo do seu titular (cedente, aderente) para um *factor* (cessionário), créditos esses resultantes da venda de produtos ou prestação de serviços a terceiros (devedores cedidos)”. (*Ac. STJ, de 5 de junho de 2003, in www.dgsi.pt*). “O contrato de *factoring* consiste na transferência dos créditos a curto prazo do seu titular (cedente aderente ao *factor*) para um *factor* (cessionário), derivados da venda de produtos ou prestação de serviços a terceiros (devedores cedidos). Tal contrato reveste a natureza (não obstante a existência de naturais divergências na doutrina) de um negócio de promessa de cessão de créditos ou de cessão de créditos futuros, regendo-se pelas suas cláusulas e, subsidiariamente, pelas regras da cessão de créditos (artigos 577º e seguintes do Código Civil).” (*Ac. STJ, de 24 de junho de 2004, in www.dgsi.pt*).

⁵ CUNHA, C. e MONTEIRO, A. P.: *Sobre o contrato de cessão financeira ou de factoring*, in Separata do BDFUC – Volume Comemorativo dos 75 anos, p. 25.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Contrato de factoring y cesion de créditos*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 35 ss.

⁷ MENEZES CORDEIRO, A.: *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 744.

quer porque fica com o direito de regresso contra este. Por seu turno, no *factoring* sem recurso o *factor* assume o risco de incumprimento por parte do terceiro devedor⁸.

De outra banda, a distinção entre *factoring* aberto e *factoring* fechado deriva da necessidade das partes pretenderem que a celebração do contrato seja conhecida, ou não, por terceiros. Embora o *factoring* seja um importante instrumento para o financiamento das empresas, a verdade é que o carácter de boa gestão que, na essência, lhe possa estar associado não é acompanhado pelo “retrato público” que lhe é feito. Assim, para evitar que perante o público a existência do contrato de *factoring* possa ligar o aderente a dificuldades financeiras, pelas quais efetivamente não passa, é convencionado com o *factor* a não comunicação ao terceiro devedor. Tal circunstância implica a inexistência de “relação” entre o *factor* e o terceiro devedor, pelo que o contrato de *factoring* não terá quaisquer repercussões ao nível da posição jurídica deste.

A diversidade de modalidades de *factoring* assinala, por isso, a dificuldade de determinação da natureza jurídica do contrato. Para os que o consideram um contrato unitário o enfoque é colocado na função de cessão dos créditos (sua causa “única”). Para os que o consideram um contrato com uma “pluralidade funcional” é fundamental que se reconduza a sua natureza jurídica “à função visada pelas partes, permitindo extrair as concretas necessidades que satisfaz e, por consequência, determinar o tipo legal em que se subsume em função da probabilidade com que esse tipo legal satisfaça uma mesma necessidade ou, pelo menos, uma necessidade que lhe seja próxima”⁹.

A (in)determinação da natureza jurídica do *factoring* está, indelevelmente, ligada à sua atipicidade¹⁰, que potencia abordagens doutrinárias sob os mais variados pontos de vista. Assim, a referida “pluralidade funcional” do contrato de *factoring* e a sua atipicidade convocam a questão da determinação do regime jurídico aplicável e a necessidade de recurso à integração de declarações negociais. Neste domínio, PINTO DUARTE considera que se deve dar prevalência à aplicação aos contratos atípicos de normas sobre contratos típicos em detrimento da integração das declarações negociais, mas logo alerta para o facto de tais normas não poderem ser aplicadas de forma mecânica, sem que se atente nos resultados a que tal aplicação possa conduzir¹¹.

⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre estas modalidades de *factoring*, vide D. P. PESTANA VASCONCELOS, L. M.: *Dos contratos...*, cit., p. 333 ss e 341 ss.; MENEZES CORDEIRO, A.: *Da cessão...*, cit., 1994, p. 85 ss (este autor prefere a designação de *factoring* impróprio v.s. *factoring* próprio).

⁹ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. Á.: “Contrato de *factoring*”, in *Contratos Internacionales*, Coord. BLANCO-MORALES LIMONES, P., Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 994 ss.

¹⁰ CHULIÁ VICÉNT, E. e BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*, I, José M^a Bosch editor, S.L., Barcelona, p. 25 ss.; ROMANO MARTINEZ, P.: *Contratos comerciales*, Principia, p. 66 ss.

¹¹ PINTO DUARTE, R.: *Atipicidade e Atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 134 ss. O autor considera que “na verdade, é de sublinhar que a aplicação das normas sobre contratos típicos e atípicos não pode ser feita de forma mecânica; também aqui os juízos subsuntivos não são suficientes para a aplicação do Direito: também aqui a aplicação da norma não pode ser feita na ignorância dos resultados a que conduz; também aqui o aplicador do Direito deve procurar encontrar entre o comando abstrato e o comando concreto (resultante da aplicação analógica – no sentido clássico – daquele) a proporção que o legislador quis. Mais: a procura de semelhanças não pode ser feita exclusivamente entre o tipo social em que se integre o contrato em discussão e dos contratos típicos com ele aparentados; tem de ser feita

Ora, sendo o *factoring* mais do que uma simples cessão de créditos, mas constituindo esta figura um importante meio (ou o meio) para o cumprimento das obrigações assumidas pelo *factor* perante o aderente, revela-se instrumento útil, ao propósito a que nos propomos, a determinação de um ponto de partida suficientemente abrangente.

Assim sendo, para a caracterização do contrato de *factoring* será importante a busca de uma definição que, embora com uma vetusta roupagem, possa abarcar o maior feixe de possibilidades que nos oferece o contrato de *factoring*. Seguindo ANSELMO VAZ “o contrato de *factoring* definir-se-á, então, como a convenção pela qual uma das partes (o aderente) se obriga a ceder à outra (o *factor*) a totalidade dos créditos a curto prazo, presentes ou futuros, provenientes do exercício da sua atividade comercial, conexos com o fornecimento de bens ou prestações de serviços, vinculando-se por sua vez esta última a proceder à cobrança dos créditos assim cedidos, podendo além de assumir o risco de não cumprimento por parte do devedor cedido, reembolsar antecipadamente à data do seu vencimento o respetivo montante”¹².

A abrangência desta noção de *factoring* não deve ser confundida com a sua suficiência. A realidade que pretende abarcar está longe de ser imutável e as circunstâncias atinentes ao desenvolvimento de outros mecanismos financeiros para fazer face às necessidades dos operadores há de sempre convocar novos problemas suscetíveis de novas e melhores definições.

Pelo que, o *factoring* está longe de encontrar um reduto, suficientemente predeterminado, para a delimitação do seu regime jurídico. A aplicabilidade do regime jurídico da cessão de créditos no domínio do contrato de *factoring* deve ser, por isso, rodeada das maiores cautelas, tendo em conta a diferente índole dos objetivos e das funções que uma e outro têm em vista. Se a cessão de créditos tem o respetivo regime jurídico orientado para uma transmissão isolada de créditos, o contrato de *factoring* deve ter o seu regime jurídico conformado tendo por base a especificidade de fins que visa prosseguir. Seguimos de perto o entendimento defendido por CUNHA quanto à necessidade de olhar para o contrato de *factoring* como representativo de uma utilidade económica dos serviços prestados pelo *factor* ao aderente “e em face dos quais as principais atribuições patrimoniais do aderente se encontram em relação de correspectividade [...], ao contrário do que sucede no plano civilístico, onde o «negócio que serve de base à cessão» (art. 578º, n.º1) tipicamente se alicerça no valor do próprio crédito (ou da sua específica titularidade), crédito cuja transmissão consubstancia, portanto, uma verdadeira atribuição patrimonial”¹³.

(também) a propósito da questão jurídica específica do contrato, regulando o que estiver em causa” (*vide* p. 143 e 144)

¹² ANSELMO VAZ, T.: “O contrato de *factoring*”, in *Revista da Banca*, núm. 3, Julho/Setembro de 1987, pp. 53 ss..

¹³ CUNHA, C.: “Contrato de *factoring*: quem paga mal, paga duas vezes?”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 3, julho/setembro 2003, p. 48 e CUNHA, C. e PINTO MONTEIRO, A.: *Sobre o contrato...*, cit., pp. 25 a 26.

III. AS CLÁUSULAS DE INCEDIBILIDADE ENTRE CREDOR (ADERENTE) E DEVEDOR.

Esta (nova) relação jurídica entre o aderente e o *factor* traz uma nova conformação à (velha) relação jurídica entre o aderente e o devedor. Por via do contrato de *factoring*, o devedor vê surgir um novo sujeito perante o qual passa a ter de cumprir as suas obrigações¹⁴. É, por isso, normal que o devedor possa pretender que a sua relação com o credor (aderente) se mantenha inalterada, estabelecendo cláusulas de incedibilidade.

Verificando-se a existência de contrato com uma cláusula deste tipo, as partes ficam, mutuamente, vinculadas ao seu cumprimento sob pena de incorrerem em responsabilidade contratual. Responsabilidade contratual que não impede, em absoluto, que o credor possa vir a ceder o seu crédito. Se perante estas circunstâncias a cessão for realizada, então, terão de ser ponderados os interesses que devem prevalecer: se os do devedor ou os do cessionário.

A questão adensa-se com a concorrência dos interesses do próprio credor, titular de um ativo patrimonial que não pretende ver anulado por via da cláusula de incedibilidade. Ora, o credor nem sempre tem a possibilidade de definir o destino do seu próprio ativo, tendo em conta que a contraparte pode ser suficientemente importante para a atividade daquele (fornecedor de bens ou prestador de serviços). O adquirente dos bens ou serviços (devedor) pode bem ser a parte mais forte no contrato que origina o crédito, impondo as suas condições contratuais e colocando o credor numa posição de sujeição. Neste domínio é ilustrativo o Acórdão do STJ, de 15 de Janeiro de 2013¹⁵, ao estabelecer que um determinado contrato de *factoring* é inoponível ao devedor (Município) que tenha clausulado com o credor (empreiteiro) a necessidade de prévio acordo para a cedência dos créditos emergentes de um contrato de empreitada, ainda que se tenha verificado uma declaração de aceitação posterior (emitida por funcionário do Município com competência delegada para a transmissão de deliberações do órgão colegial competente – a Câmara Municipal)¹⁶.

¹⁴ Referimo-nos ao cumprimento de obrigações e não ao cumprimento da obrigação de saldar o seu débito, tendo em conta que, conforme referido *infra*, o devedor terá de cumprir outros deveres para com o seu novo credor (o *factor*).

¹⁵ Este Acórdão confirma um outro proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães (datado de 31 de maio de 2012), *in* www.dgsi.pt

¹⁶ Manifestamos as nossas reservas quanto aos antecedentes desta decisão, porquanto tendo sido enviada missiva por parte de um Chefe de Divisão do Município ao empreiteiro na qual lhe comunicava que “a Câmara Municipal aceita fazer os pagamentos da referida empreitada através de *factoring*” e havendo delegação de competência na referida chefia, por parte do Presidente da Câmara Municipal, para transmitir deliberações da competência deste órgão autárquico, seria exigível que o destinatário da missiva tivesse de procurar saber se houve deliberação? Se o ofício fosse assinado pelo Presidente da Câmara já haveria aceitação da cessão? Tendo entendido o tribunal “*a quo*” que a competência é de um órgão colegial (a Câmara Municipal), seria exigível que o empreiteiro tivesse de marcar presença na reunião do órgão, quando ainda há Municípios que não publicitam atempadamente as decisões dos seus órgãos? Julgamos, no entanto, que a decisão do STJ não é alheia às suas limitações quanto à apreciação da matéria de facto dada como assente nas anteriores instâncias. Ficamos, também, sem saber se o empreiteiro ou o *factor* avançaram com uma ação de responsabilidade ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do

Do lado do devedor não concorrem apenas razões atinentes ao (des)equilíbrio na conformação da relação contratual com o credor. O devedor pode bem ter interesse legítimo na consagração de cláusula de incedibilidade¹⁷, posto que por via desta dificulta a cessão do crédito a um terceiro e, conseqüentemente, pode opor ao titular do crédito todos os seus meios de defesa. Este problema coloca-se com bastante acuidade no domínio da compensação como meio de defesa perante do credor. Se não houver transmissão do crédito, o devedor pode compensar este com um outro que detenha sobre o credor. Mas, havendo transmissão do crédito, o devedor apenas poderá opor ao cessionário os meios de defesa que provenham de factos verificados até ao momento da cessão do crédito.

Por outro lado, o cessionário (*factor*) pretende que o crédito lhe seja transmitido com o mínimo de obstáculos à sua cobrança, sem que a relação que originou o crédito (e que é para ele “*res inter alios acta*”) possa interferir na sua atividade.

No âmbito do regime jurídico da cessão de créditos, o legislador português, colocado perante a necessidade de ponderação de diferentes interesses, optou por dar prevalência, não só ao interesse do cedente, mas também ao interesse geral da livre transmissão de créditos (valor a salvaguardar por estar inerente às necessidades do comércio). Ora, necessitando as empresas de meios expeditos (e alcançáveis) para o financiamento das suas atividades e sendo o *factoring* um mecanismo financeiro ao alcance de empresas que têm dificuldade em obter outras formas de financiamento –essencialmente as pequenas e médias empresas–, a cessão de créditos, enquanto instrumento mais apto para permitir a execução do contrato de *factoring*¹⁸, tem um regime jurídico consagrado no código civil que se articula, perfeitamente, com essa função do contrato de *factoring*¹⁹.

O legislador português não deixa, no entanto, de atribuir eficácia à cláusula de incedibilidade perante o cessionário (*factor*) se este a conhecia no momento da cessão. Trata-se de assegurar que só o cessionário (*factor*) que se encontre de boa-fé (ou seja, que

Estado e Demais Entidades Públicas (seja como for, sempre se trataria de matéria que, pela sua amplitude, não poderíamos abordar neste texto).

¹⁷ No sentido de que tal cláusula é consagrada, em princípio, no interesse do devedor veja-se o *Ac. TRP*, de 18 de janeiro de 2005, in www.dgsi.pt.

¹⁸ O nosso ordenamento jurídico fornece outro instrumento jurídico para a transmissão da titularidade ativa numa relação obrigacional – a sub-rogação. No entanto, pelas razões expostas por Carolina Cunha e António Pinto Monteiro, consideramos ser a cessão de créditos o instrumento mais adequado (CUNHA, C. e PINTO MONTEIRO, A.: *Sobre o contrato...*, cit., pp. 36 ss.).

¹⁹ Em vários Estados a solução é idêntica, nomeadamente, nos Estados Unidos, onde o recurso ao *factoring* atinge números elevados. Segundo o §9-401, (b) do Uniform Commercial Code “An agreement between the debtor and secured party which prohibits a transfer of the debtor's rights in collateral or makes the transfer a default does not prevent the transfer from taking effect”. Em Espanha a regulamentação é semelhante, no âmbito dos artigos 1526 ss. do Código Civil e dos artigos 347 e 348 do Código de Comercio. Segundo o artigo 347 do Código de Comercio Espanhol “Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste.”

desconhecia a existência de uma cláusula deste tipo entre o cedente e o devedor ao tempo da cessão) possa alegar a inoponibilidade da cláusula de incredibilidade.

A boa-fé assume, por isso, uma função mitigadora da inexistência de qualquer vínculo contratual entre o *factor* e o devedor. A falta de vínculo contratual entre *factor* e devedor não implica que as suas condutas não possam ser apreciadas de diferente modo, consoante tenham, ou não, conhecimento de determinada vicissitude²⁰. Assim, quer seja no domínio do exercício de direitos perante o aderente no âmbito do contrato de *factoring*, quer seja no domínio do exercício do direito de crédito perante o devedor, o *factor* deve atuar de boa-fé, sob pena de cláusulas de um contrato que é “*res inter alios acta*” lhe poderem ser oponíveis.

IV. OS DEVERES DE CONDUTA DO DEVEDOR FACE AO CONTRATO DE FACTORING.

Concomitantemente, a inexistência de vínculo contratual entre o *factor* e o devedor não pode implicar uma absoluta inalterabilidade da posição deste. Ora vejamos.

Conforme referido supra, o contrato de *factoring* é “*res inter alios acta*” relativamente ao devedor. Mas, será suficiente esta afirmação, deixando de parte todo um conjunto de aspetos ligados ao comportamento do devedor que se revelam fundamentais para a boa execução do contrato de *factoring*?

O terceiro devedor deve ser notificado da cessão dos créditos (art. 583º, n.º 1 CC) para que esta produza efeitos perante si. No entanto, a norma refere, expressamente, outro meio possível para a produção de efeitos da cessão: a aceitação por parte do devedor.

Por outro lado, o art. 583º, n.º 2 do CC consagra a inoponibilidade ao cessionário de pagamentos ao cedente e de negócios celebrados com este, desde que aquele prove que o terceiro devedor conhecia a existência da cessão. A relevância do conhecimento por parte do devedor é manifesta²¹.

Ora, sendo reconhecido ao contrato de *factoring* uma importante função de financiamento das empresas e sendo a cessão de créditos instrumento fundamental para a sua execução consideramos que a sua eficácia perante o terceiro devedor pode ser perspectivada de diferentes ângulos.

O conhecimento, por parte do devedor, da existência de contrato de *factoring* que implique a transferência de direitos de crédito para outro sujeito, pode ser sustentado na notificação, judicial ou extrajudicial, mas também em factos que demonstrem que o devedor tinha conhecimento da transferência de titularidade²². Um desses factos

²⁰ PAIS DE VASCONCELOS, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 21.

²¹ VARELA, A. e PIRES DE LIMA, F.: *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 599.

²² A notificação judicial ou extrajudicial e o conhecimento são questões que se interligam e podem conduzir a soluções diferentes para questões, aparentemente, semelhantes. Não obstante, o foco da questão deve ser colocado no conhecimento da transmissão do crédito por parte do devedor, para que a

demonstrativos do conhecimento por parte do devedor é a sua aceitação. No entanto, as repercussões deste facto demonstrativo de conhecimento na posição jurídica do devedor declarante devem ser diferentes das que adviriam de outras situações²³.

O devedor, por via da aceitação, deixa de adotar uma situação passiva perante a cessão de créditos operada por via do contrato de *factoring*, passando a desenvolver ato(s) perante o *factor*, cujas consequências lhe devem ser diretamente imputáveis. A partir do momento em que manifesta uma determinada vontade perante o *factor*, a sua posição já não é de mero “espectador” perante a consolidação do direito de crédito na esfera jurídica do *factor*.

mesma possa produzir plena eficácia. Sobre a questão da citação para a ação refere ASSUNÇÃO CRISTAS “que o centro está no «conhecimento» que o devedor tenha da transmissão, advenha ele da notificação ou de qualquer outra via, é inquestionável que a citação confere ao devedor esse conhecimento” (CRISTAS, A.: “Citação como notificação ao devedor cedido”, in *Cadernos de Direito Privado*, núm. 14, abril/Junho 2006, p. 63).

²³ Algumas legislações europeias consagram soluções com determinadas especificidades (ou alguns desenvolvimentos) relativamente à lei portuguesa, no que concerne à aceitação do devedor (ou emissão de documento), que nos permitem questionar a clareza do regime jurídico atinente à posição jurídica do devedor, conforme estejamos perante uma cessão de créditos notificada ao devedor ou perante uma cessão de créditos aceite por parte do devedor.

Em Itália, o artigo 1248º do Codice Civile estabelece que “Il debitore, se ha accettato puramente e empiricamente la cessione che il creditore ha fatta delle sue ragioni a un terzo, non può opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente. La cessione non accettata dal debitore, ma a questo notificata, impedisce la compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione.”.

Na França, o art. 1295 do Code Civil consagra que “Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu’un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu’il eût pu, avant l’acceptation, opposer au cédant. A l’égard de la cession qui n’a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n’empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification”. Por seu turno, o art. L313-29 Code Monétaire e Financier consagra que “Sur la demande du bénéficiaire du bordereau, le débiteur peut s’engager à le payer directement : cet engagement est constaté, à peine de nullité, par un écrit intitulé: ‘Acte d’acceptation de la cession ou du nantissement d’une créance professionnelle’. Dans ce cas, le débiteur ne peut opposer à l’établissement de crédit ou à la société de financement les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l’établissement de crédit ou la société de financement, en acquérant ou en recevant la créance, n’ait agi sciemment au détriment du débiteur.

Na Alemanha p §404 do BGB estabelece o seguinte: “Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren”. Mas parece que de seguida atribui relevância à emissão de documento/declaração por parte do devedor no §405: “Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder dass die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen musste.” (o código civil alemão foi consultado na [versão inglesa](#))

Com base nos regimes jurídicos destes Estados não pretendemos interpretar as normas de direito nacional que versam sobre a matéria, porquanto tal constituiria uma grave violação de princípios de hermenêutica jurídica, segundo o qual cada norma deve ser interpretada ao abrigo do sistema jurídico a que pertence. Mas, na presença de um regime jurídico que está longe de se esgotar (como se tentará demonstrar *infra*) nas normas previstas nos arts. 577º a 588º do CC, os dados fornecidos por ordenamentos jurídicos que influenciaram e continuam a influenciar as soluções preconizadas pelo ordenamento jurídico português constituem um importante elemento para a definição da problemática que abordamos.

Não ficará por essa via vinculado a certos deveres perante o novo titular do crédito (o *factor*)?

Julgamos que sim. O devedor, ao emitir a sua declaração, deve proceder de modo honesto, correto e leal. A confiança justificada do *factor* no comportamento do devedor deve releva juridicamente²⁴. A sua aceitação da cessão pode, por isso, conduzir a resultados bem diferentes do mero conhecimento.

Consequentemente, o devedor deve contar com a possibilidade da sua declaração valer com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do seu comportamento. A declaração do devedor pode constituir um elemento fulcral para a definição da amplitude do seu direito de oponibilidade de meios de defesa contra o *factor*, mas também para definir a intensidade dos deveres laterais ou de conduta perante este.

O devedor não pode ver a sua situação prejudicada por via da cessão de créditos efetuada pelo aderente ao *factor*, mas não pode deixar de cumprir com deveres perante o seu novo credor. Os deveres que o devedor cedido tinha de cumprir perante o aderente não terão a mesma amplitude perante o *factor*, agora seu credor, porquanto não houve cessão da posição contratual. No entanto, a sua declaração de aceitação gera uma vinculação mais densa do que o mero conhecimento.

A substituição do titular do direito de crédito (presente) opera-se por via do contrato celebrado entre o *factor* e o aderente, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade por parte do devedor. Se o devedor opta por manifestar a sua vontade, então, isso deve significar que pretendeu substituir o conhecimento pela aceitação²⁵ e deve, por isso, assumir todas as consequências da sua declaração. “A aceitação é eficaz logo que «haja início de execução» e, em geral, logo que o ato concludente se torne cognoscível, *saindo da esfera de ação interna do aceitante*”²⁶.

Após a aceitação por parte do devedor, este fica vinculado ao cumprimento da obrigação de pagamento perante o *factor*, sob pena do pagamento efetuado ao aderente não se considerar liberatório. Pelo que, do mesmo modo, a partir desse momento o devedor fica vinculado ao cumprimento das suas obrigações perante o *factor* nos exatos termos em que se encontrava vinculado perante o aderente. Consequentemente, no momento em que emite a sua declaração de aceitação o devedor está vinculado ao cumprimento dos princípios gerais aplicáveis no domínio da celebração de negócios jurídicos, nomeadamente, ao dever de agir com boa-fé.

Este princípio da boa-fé não deve considerar-se, apenas, fundamental na celebração de negócios jurídicos, na sua formação e execução. Este princípio normativo deve imperar

²⁴ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ª edição, Coimbra por: António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2012, p. 124 ss.

²⁵ FERREIRA DE ALMEIDA, C.: *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1992, p. 790 (nota 95).

²⁶ Idem, ibidem, p. 794.

quer “no cumprimento de todas e quaisquer obrigações, tanto contratuais como derivadas de outras fontes, e revela aqui um largo campo de aplicação”²⁷. Servimo-nos das palavras de ALMEIDA COSTA para, também aqui, considerarmos que o devedor, no momento em que emite declaração de aceitação da cessão deve atuar de boa-fé perante o *factor*. O princípio segundo o qual a posição devedor não pode ficar mais onerada em resultado da cessão do crédito, operada no âmbito do contrato de *factoring*, terá de ser conjugado com a necessidade de convocação do princípio da boa-fé, na sua vertente jurisprudencial.

O princípio da não oneração da posição do devedor não deve significar um corte abrupto na dinâmica associada ao cumprimento das obrigações. A não se ter verificado qualquer cessão de créditos para o *factor*, o devedor continuaria vinculado ao cumprimento das suas obrigações perante o aderente, dentro dos ditames da boa-fé (lealdade e probidade)²⁸. Pelo que, quanto ao cumprimento das suas obrigações, em nada se onera o devedor ao exigir-se-lhe que continue a pautar a sua conduta dentro dos referidos cânones, agora perante o *factor*.

A boa-fé, enquanto princípio normativo inerente ao cumprimento das obrigações, extravasa o campo regulatório de determinado contrato²⁹, nomeadamente, do contrato de *factoring*. A margem concedida à aplicação os preceitos atinentes às obrigações em geral permitem uma delimitação do esforço exigível ao devedor no desempenho do seu papel³⁰.

Sendo a declaração de aceitação expressa, a atividade interpretativa não fica dispensada, mas também não exige um “laborioso esforço mental”³¹. A aceitação expressa por parte do devedor há de ser feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação de vontade (art. 217º CC) perante o aderente ou perante o *factor*, conforme se atribua a um ou a outro a obrigação de notificar o devedor ou conforme o devedor decida emitir a sua declaração de aceitação perante um ou outro.

A aceitação expressa da cessão de créditos por parte do devedor implica um prévio conhecimento da existência da cessão. Por isso, no momento em que aceita a cessão de créditos o devedor emite uma declaração na qual manifesta a sua conformação com a nova realidade: uma alteração subjetiva no âmbito do cumprimento das suas obrigações. Assim sendo, se o devedor aceitar expressamente a cessão de créditos, não é de excluir a possibilidade de responder perante o *factor* por uma conduta omissiva lesiva dos seus interesses legítimos³². Pense-se, por exemplo, na emissão simulada de faturas por parte do

²⁷ DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp. 12ª edição, 2009), p. 995.

²⁸ Idem, ibidem, p. 891.

²⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil Português*, IX, *Direito das Obrigações*, (reimp. da 1ª edição da parte II, Tomo IV, 2010, – cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias –, p. 31.

³⁰ Idem, ibidem, p. 32.

³¹ DOMINGUES DE ANDRADE, M. A.: *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 134.

³² Neste domínio acompanhamos a posição defendida por ALMEIDA COSTA que considera que por via da “autonomia privada, afigura-se razoável equiparar ao negócio jurídico certos casos porventura qualificáveis como relações contratuais de facto.” “Esta nova categoria dogmática tem como um dos principais alicerces a ideia de que, na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfico jurídico,

aderente tendo em vista iludir o *factor* sobre a existência de créditos. Não ficará o devedor sujeito ao dever de agir, informando, devidamente, o *factor* sobre a inexistência de relação contratual de onde possa emergir o hipotético crédito?

A aceitação expressa comunicada ao *factor* é suscetível de fazer com que este adquira uma posição de confiança, a ser tutelada³³. BAPTISTA MACHADO parece guiar-nos por esse caminho ao estabelecer um carácter responsabilizante da declaração de vontade, ainda que perspectivada como um ato de comunicação. Ainda que no domínio do contrato de *factoring* a declaração do devedor não possa ser entendida como declaração negocial, posto que a cessão dos créditos produz efeitos relativamente a esse terceiro sem necessidade do seu consentimento, não será menos verdade que este não constitui um significante de declaração. Enquanto ato de comunicação, a declaração “representa um facto em face da ordem objetiva envolvente que rege a *interação comunicativa* ³⁴ : o declarante é «responsabilizado» pelo sentido que razoavelmente deva ser imputado à sua conduta declarativa (segundo critérios sociais-intersubjetivos de imputação), ou simplesmente à sua conduta integrada em certo contexto comunicativo.”³⁵

Cabe, por isso, ao devedor tomar as devidas precauções quanto ao sentido que possa ser atribuído à sua declaração de aceitação, se puder razoavelmente contar com ele (art. 236º CC).

Ademais, a verificação de aceitação tácita pode, do mesmo modo, ser considerada como uma manifestação de vontade suscetível de colocar o devedor perante uma situação idêntica. A sua declaração de aceitação tácita “existirá [...] sempre que, conforme os usos da vida, haja quanto aos factos de que se trata toda a probabilidade de terem sido praticados com dada significação negocial (aquele grau de probabilidade que basta na prática para as pessoas sensatas tomarem decisões)”³⁶.

Em última instância, o facto de o devedor ser um terceiro perante o contrato de *factoring* não lhe permite a invocação de que o princípio segundo o qual a sua posição não se pode tornar mais onerosa (do que a que se verificava previamente à cessão dos créditos) o protege contra a necessidade de adoção de determinadas condutas perante o *factor*. Se a aparência de uma determinada cessão de créditos aos olhos do devedor não deve ser suscetível de o dispensar de adotar uma determinada atitude mais ativa e se não pode

existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de facto.” (Idem, ibidem, p.560 e 222 ss)

³³ MOTA PINTO, P.: Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, Almedina, Coimbra, 1995, p. 605.

³⁴ Sublinhado nosso.

³⁵ BAPTISTA MACHADO, J.: *A clausula do razoável*, in João Baptista Machado –Obra dispersa–, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 521. Pela relevância para a definição mais concreta do caminho deste nosso estudo permitimo-nos utilizar, com “veste de abuso de direito”, o discurso argumentativo do autor para afirmação do carácter responsabilizante da declaração. “Como acto de comunicação destinado por sua natureza à coordenação da interacção e destinado, portanto, a ser conhecido e entendido pelo declaratório, bem como a despertar neste a correspondente confiança, a declaração de vontade «responsabiliza» desde logo pela confiança que solicita e desperta”.

³⁶ DOMINGUES DE ANDRADE, M. A.: *Teoria Geral...*, cit., 1987, p. 132.

fazer-se valer da existência apenas de aparência para se remeter a uma posição passiva perante o *factor*, então, os seus deveres de cuidado e de atuação de acordo com os ditames da boa-fé perante o *factor* são ainda mais exigíveis nas situações de aceitação da cessão dos créditos³⁷.

A diferença que marcamos entre o conhecimento e a aceitação parece resultar implicitamente do Ac. STJ, de 11 de Junho de 2012³⁸, no seguinte trecho: “a razão de ser da exigência do conhecimento da cessão decorre como bem se compreende, da necessidade a *proteção do interesse do devedor em saber, a cada momento, quem é o seu credor* pois que, em princípio, não admite a lei eficácia liberatória da prestação feita ao credor aparente, *havendo, enfim, que proteger a boa-fé do devedor que confia na aparência de estabilidade subjetiva do contrato*, frustrada pela omissão de informação do primitivo credor cedente. Se, nesse caso, cumpre perante este, cumpre perante quem crê ser ainda seu credor, não devendo, por isso, ser prejudicado”. Com a aceitação da cessão de créditos, o devedor não só demonstra conhecer a inexistência de estabilidade subjetiva no contrato, como se conforma com a alteração do *status quo ante*, pelo que deverá contar com as implicações da sua própria conduta.

V. A Oponibilidade de Meios de Defesa por parte do Devedor.

Conforme referido supra, a eficácia da cessão de créditos perante o terceiro devedor depende, fundamentalmente, da existência de conhecimento deste relativamente à verificação daquela. Tal conhecimento pode advir da notificação que lhe tenha sido efetuada por parte do aderente ou do *factor* (no âmbito do cumprimento do contrato de *factoring*), ou por outro modo devidamente comprovado por parte de quem pretende beneficiar da oponibilidade da cessão relativamente ao devedor, de acordo com as regras do ónus de prova. Esta afirmação exige mais alguns desenvolvimentos.

A cessão de créditos, enquanto instrumento para a execução do contrato de *factoring*, pode ser global ou parcial, relativa a créditos presentes ou futuros.

³⁷ BRANDÃO PROENÇA, J. C.: *Débito, crédito, aparência e realidade*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, janeiro/março 2012, p. 20 (nota 17). O autor refere sobre a temática da aparência da existência de determinado credor aos olhos do devedor, que ao contrário do preconizado por Menezes Leitão e Pestana de Vasconcelos (no caso do pagamento feito pelo devedor ao cedente do crédito, sustentam a «oponibilidade» ao cessionário, se o devedor não tiver conhecimento da cessão (cf. o art. 583º CC) [...] que “uma reclamação do pagamento por um novo credor ou a existência de diversas vozes a referir a cedência parecem pôr em causa uma aparência favorável ao devedor, reclamando deste, como pano de fundo da sua confiança, uma atitude mais ativa, de «cooperação» com «esse» cessionário, nos limites da razoabilidade”. Não obstante o argumento *a fortiori* que convocamos, a imposição ao devedor de uma atitude mais ativa devido à existência de várias vozes a referir a cedência, conforme refere Brandão Proença, há de sempre debater-se com a possibilidade de existirem “vozes” discordantes (nomeadamente, entre a do aderente e a do *factor*). Nestas situações a quem deve o devedor pagar? No Ac. STJ, de 08 de novembro de 2007, entendeu o tribunal que o devedor não violou qualquer regra de conduta imposta pela boa fé ao pagar ao aderente, dada a existência de informações contraditórias prestadas pelo aderente e pelo *factor* (in www.dgsi.pt).

³⁸ In www.dgsi.pt.

A característica da globalidade marca de forma indelével a construção do contrato de *factoring*, mas não surge como condição necessária para a conformação deste vínculo. Aderente e *factor* podem perfeitamente convencionar a cedência de determinados créditos de curto prazo, tendo em conta o maior ou menor risco que possa ser assumido pelo *factor*, assim como os objetivos e/ou funções que pretendam atribuir ao vínculo contratual que estabelecem.

Concomitantemente, os créditos a ceder no âmbito do contrato de *factoring* podem encontrar-se na esfera jurídica do aderente (créditos presentes) ou podem ainda não existir ou não existir a sua titularidade³⁹. A admissibilidade de cessão de créditos futuros não será questionável a partir do momento em que a lei admite a prestação de coisa futura (art. 399º CC)⁴⁰, mas no domínio do contrato de *factoring* as questões envolventes podem adensar-se.

O contrato de *factoring* pode ser perspectivado em termos unitários ou duais, conforme se considere que por via da sua celebração se *prevê a cessão* dos créditos futuros do aderente para o *factor* ou, por outra banda, se considere que o contrato de *factoring* constitui um vínculo onde se *prevê a celebração*, no futuro, de múltiplos negócios translativos da titularidade dos créditos⁴¹. Ora, quer se adote uma ou outra perspetiva, o negócio que serve de base à cessão há de ser o contrato de *factoring* que a *prevê*⁴².

Ademais, o negócio que serve de base à cessão dos créditos – o contrato de *factoring* – é marcado, na prática, pela exclusividade e pela globalidade⁴³, ou seja, o aderente obriga-se a não celebrar o mesmo contrato com terceiros e a ceder ao *factor* todos (ou uma parte determinada) os seus créditos presentes e futuros.

Destarte, no domínio do contrato de *factoring* a aplicação do regime jurídico atinente à cessão de créditos parece-nos um recurso a ser utilizado com as devidas cautelas.

No contrato de *factoring* hão de as partes prever a cessão de créditos futuros, pelo que a cessão só será válida (e a transmissão operar-se-á para o *factor*) a partir do momento em que o crédito se constitua na esfera jurídica do aderente. Acresce que, há que considerar a existência da relação estabelecida entre o aderente e o devedor, que pode ser duradoura ou não. Se se tratar de uma relação duradoura (já existente à data da celebração do contrato de *factoring*) não restarão dúvidas em considerar que o crédito se constituirá imediatamente na esfera jurídica do *factor*, no momento em que nasça; mas se se tratar de crédito emergente de uma relação que ainda não exista no momento da celebração do contrato de *factoring* já se podem levantar dúvidas quanto à sua constituição imediata na

³⁹ Acerca de coisa futura, *vide* DOS SANTOS JUSTO, A.: *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 142 e 143.

⁴⁰ No entanto, a cessão de créditos futuros não pode ter por base um contrato de doação (art. 942º, n.º 1 CC).

⁴¹ CUNHA, C. e PINTO MONTEIRO, A.: *Sobre o contrato...*, cit., p. 39.

⁴² *Idem*, p. 40 e ss.

⁴³ *Idem*, *ibidem*, p. 30 e ss.

esfera jurídica do *factor*⁴⁴.

A Convenção do UNIDROIT aplicável ao *factoring* internacional estabelece que nas *relações entre as partes* intervenientes no negócio não há necessidade de qualquer ato de transferência para o *factor*, do crédito tido como futuro no contrato de *factoring*, a partir do momento em que ele surja. Mas, mesmo no domínio do *factoring* internacional, não há qualquer norma que regulamente a eficácia da cessão global de créditos (presentes e futuros) relativamente ao devedor, pelo que esta questão deve ser resolvida por recurso ao direito material competente, designado pelas respetivas normas de conflito do foro⁴⁵.

Posto isto, versando o contrato de *factoring* sobre créditos futuros, deve considerar-se de relevante importância, no domínio definição da posição do devedor, a determinação do momento em que a cessão dos créditos se operará. Quer se trate de um contrato duradouro, cujo crédito assente numa relação já existente, quer se trate de um contrato a celebrar que originará um crédito, deve equacionar-se se o contrato de *factoring*, em si mesmo, permite determinar quando se opera a transmissão dos créditos para o *factor*. Se o momento da realização da cessão se determina por via da celebração do contrato de *factoring*, o devedor poderá perder, durante todo o período de vigência do contrato celebrado entre o *factor* e o aderente, a possibilidade de lançar mão de meios de defesa perante aquele (nomeadamente, a questão controvertida ligada à compensação⁴⁶), o que não se nos afigura razoável. Se a cessão opera no momento do nascimento do crédito na esfera jurídica do aderente com transmissão automática para o *factor*, então, ainda que o contrato de *factoring* tenha sido notificado ao devedor deveria este conservar até este momento todos os meios de defesa, nomeadamente, a possibilidade de compensar o crédito cedido com outro crédito de que seja titular sobre o aderente (ainda que possa emergir de facto posterior à notificação do contrato de *factoring*)⁴⁷.

Pelo que, não se devendo confundir o negócio que serve de base à cessão de créditos futuros com a cessão em si mesma, o conhecimento por parte do devedor, suscetível de obstar à oponibilidade de meios de defesa ao *factor*, só pode verificar-se após a determinação do momento do surgimento do próprio crédito. Com o surgimento do crédito na esfera jurídica do aderente e com transmissão automática para o *factor* inicia-se o período a partir do qual o conhecimento da cessão por parte do devedor se pode verificar. Até este momento, mais ou menos longo (conforme demore mais ou menos

⁴⁴ BRITO, M. H., *O «factoring» internacional e a Convenção do UNIDROIT*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998, p. 56.

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 57. Há, no entanto, no domínio dos *Principles Of European Contract Law* (PECL) a consagração de uma via para a determinação do momento de produção de efeitos da cessão de créditos futuros (“An assignment of a future claim is dependent upon the assigned claim coming into existence but thereupon takes effect from the time of the agreement to assign or such later time as the assignor and assignee agree” art. 11:202, §(2)).

⁴⁶ *Ac.* STJ, de 04 de maio de 2010; *Ac.* STJ de 27 de maio de 2004; *Ac.* STJ de 08 de março de 2007; in www.dgsi.pt.

⁴⁷ Neste domínio aderimos à teoria da transmissão, pelo que “a perfeição do contrato não se atinge no momento da sua outorga, mas apenas aquando do nascimento do crédito cedido e caso se tenham verificado as condições de transferência” na pessoa do cedente (*vide Ac.* TRC, de 06 de março de 2001, in www.dgsi.pt).

tempo a surgir o crédito futuro cedido no domínio do contrato de *factoring*) poderá o devedor “adquirir” meios de defesa perante o aderente, que poderão ser mobilizados no momento em que o *factor* lhe exija o pagamento.

Aliás, se assim não for, várias outras exceções que o devedor pode opor ao devedor (nomeadamente, a de que o crédito é simulado ou nulo por outra causa) poderão ser colocadas em causa, porquanto estamos perante exceções que obstem ao nascimento do crédito⁴⁸. Se a simulação do crédito se verificar após a celebração do contrato de *factoring* o devedor deve, ainda assim, poder convocá-la para se opor ao pedido de pagamento por parte do *factor*.

Esta perspectiva parece-nos, *de iure constituto*, a mais conforme com a ideia que subjaz a toda a construção do regime jurídico da cessão de créditos no que à posição jurídica do devedor diz respeito, ou seja, a sua posição jurídica só deverá sofrer alterações nas situações em que é ele mesmo a dar causa à necessidade de tutela de outros interesses que o Direito visa salvaguardar.

Destarte, propendemos para considerar que, independentemente da conceção que se possa ter sobre a natureza unitária ou dual do contrato de *factoring*, o devedor poderá opor todos os meios de defesa que emerjam de factos anteriores ao surgimento do crédito futuro. Ainda que a transmissão do crédito tenha como causa o contrato de *factoring*, será de admitir que um determinado facto suscetível de fazer nascer na esfera jurídica do devedor determinado crédito sobre o aderente, antes do surgimento do crédito cedido na esfera jurídica do *factor*, possa ser invocado perante este para efeitos de compensação.

VI. A RENÚNCIA DO DEVEDOR AOS MEIOS DE DEFESA.

Que o princípio segundo o qual o devedor não pode ficar numa posição mais onerosa do que aquela em que se encontrava antes da cessão do crédito, no âmbito do contrato de *factoring* celebrado entre aderente e *factor*, possa impedir que aquele fique “onerado” com deveres perante o *factor* é uma questão a exigir prudente resposta, conforme referido supra. Mas, a esta questão pode associar-se outras.

Poderá o silêncio do devedor perante a cessão de créditos operada por via do contrato de *factoring* ter algum significado juridicamente relevante no domínio dos meios de defesa oponíveis do *factor*? E a sua declaração de aceitação?

Mediante a notificação do *factor* (se a este competir fazê-la), o devedor pode optar por não se pronunciar, aguardar a exigência do crédito por parte daquele e nesse momento defender-se. O seu silêncio só valeria como declaração negocial se tal valor lhe fosse atribuído por lei, uso ou convenção (art. 218º CC). Silêncio não é, por isso, declaração; pode, apenas, valer como declaração⁴⁹. A solução legal está em perfeita concordância com

⁴⁸ VARELA, ANTUNES e LIMA, PIRES DE, *Código Civil*, cit., p. 600.

⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 1, Almedina, Coimbra, 2011, p. 545

o princípio da autonomia da vontade das pessoas⁵⁰. Não seria admissível que perante uma determinada proposta negocial o destinatário tivesse de adotar uma determinada conduta. Pelo que, por maioria de razão, no domínio do contrato de *factoring*, o devedor não pode ser onerado com qualquer conduta que não provenha da sua autodeterminação, perante a mudança de titularidade de um crédito que nem sequer necessita do seu consentimento.

Questão de maior densidade será a determinação do sentido de uma eventual declaração de aceitação da cessão de créditos operada no domínio do contrato de *factoring*. Para além dos deveres que possam ser imputáveis ao terceiro devedor⁵¹, há que determinar se da declaração de aceitação não podem resultar outras consequências, nomeadamente, uma renúncia ao exercício do direito de oponibilidade de meios de defesa perante o *factor*.

A renúncia abdicativa não necessita de assentar num determinado negócio jurídico, pois a declaração unilateral é o modo normal de se exprimir uma determinada vontade abdicativa⁵². Se a considerarmos também unilateral e irrevogável⁵³, a posição do devedor face ao *factor* poderá não permanecer imutável, pois que já não se trata daquele ficar onerado por via de uma cessão de crédito que não necessitou do seu consentimento. Trata-se, agora, de extrair determinados efeitos da sua atuação (da sua autodeterminação), nomeadamente, a perda de direitos, tendo em conta os moldes em que declarou aceitar a cessão do crédito.

Se da sua declaração de aceitação resultar uma renúncia expressa à invocação de determinados direitos de defesa perante o *factor*, tal circunstância implicará uma alteração da sua posição jurídica por via de declaração emitida por palavras, documento ou qualquer outro meio direto de manifestação de vontade (art. 217º CC).

Da mesma forma, o devedor poderá renunciar tacitamente ao exercício dos seus direitos de defesa perante o *factor*. A determinação desta renúncia depende de um processo dedutivo, pelo que a resposta sobre se o devedor renunciou ao exercício desses direitos perante o *factor* mostra-se tarefa que só pode ser levada a cabo por parte do julgador, atendendo às circunstâncias do caso concreto. O julgador terá de determinar se no âmbito da declaração de aceitação se verificou algum facto que com toda a probabilidade revele a referida renúncia abdicativa.

Essa, eventual, renúncia tácita por parte do devedor terá sempre de se sujeitar ao escrutínio de uma “*eventual verificação de erro-vício* – na medida em que o declarante poderá

ss. “[...] a declaração negocial é algo ontologicamente autónomo, que existe ou não existe; não pode qualquer lei fazer mais do que aproximar regimes, sem criar algo de inexistente. Quando o silêncio tenha, pois, tal alcance, não é de uma declaração que se trata, mas antes de uma transposição de regimes – sempre na medida do possível e com as necessárias adaptações”.

⁵⁰ DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª edição, 1996, p. 427.

⁵¹ Cf. supra ponto IV.

⁵² DE BRITO PEREIRA COELHO, F. M.: *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, BFDUC, Stvdia Ivridica 8, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 104.

⁵³ Idem, ibidem, p. 124 ss.

desconhecer a existência de certas exceções e não pretender que a renúncia valesse quanto a elas – ou mesmo de uma *falta de consciência da declaração*”⁵⁴.

Ainda que o tratamento da questão da renúncia se debata com questões de nebulosa resposta, a declaração de aceitação por parte do devedor pode levantar questões de abuso de direito, na vertente de *venire contra factum proprium*. Se a declaração de aceitação por parte do devedor for capaz de gerar no *factor* uma convicção de que aquele procederá ao pagamento do crédito nos exatos termos da notificação que lhe foi efetuada, haverá espaço para a proteção da confiança. A contradição entre um comportamento anterior do devedor e a sua posterior manifestação de vontade de opor ao *factor* um meio de defesa será suficiente para que a ordem jurídica impeça o exercício abusivo do direito de oponibilidade⁵⁵.

ABREVIATURAS

Ac.: Acórdão

BFDUC: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemão)

CC / CCiv: Código Civil português

⁵⁴ CUNHA, C.: Contrato de factoring e gestão do risco: análise de alguns mecanismos jurídicos – a renúncia a meios de defesa e as cláusulas de incredibilidade, in “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade” (Coord. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 242. As reservas levantadas por Carolina Cunha, neste desenvolvido trabalho sobre o factoring, quanto à renúncia, por parte do devedor, “à faculdade, conferida pelo art. 585º CCiv., de opor como meio de defesa ao novo credor as consequências do respetivo exercício” (p. 222), têm uma pertinência inquestionável. Não obstante, tendemos a considerar que, no domínio da aceitação da cessão de créditos baseada num contrato de factoring, o comportamento do devedor pode adquirir contornos que não poderá reconduzir-se, apenas, a “um acto praticado pelo devedor atestando que teve conhecimento da cessão” (p. 239). Julgamos que o calcorrear do terreno específico onde se situa a cessão de créditos, derivada de contrato de factoring, permite que se equacione se as soluções legais previstas (no código civil português), para cessão isolada de créditos, podem ser aplicadas no domínio de um contrato que, conforme se referiu, é caracterizado por uma “pluralidade funcional” e que coloca o devedor em constante, e permanente, interação com o factor. Por seu turno, a aceitação por parte do devedor poderá não significar, apenas, atestação do conhecimento da cessão; a aceitação poderá, à imagem do que sucede nos negócios jurídicos (art. 233º, ex vi o disposto no art. 295º do CC), ser uma manifestação de vontade de apresentação de uma proposta tendente a regular as futuras interações com o factor.

⁵⁵ BAPTISTA MACHADO, J.: *Tutela da confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in João Baptista Machado – Obra dispersa –, Vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 404. Considera o autor que para a perda/paralisação do exercício de um direito “bastaria o facto de a conduta que o exercita representar um «venire contra factum proprium», seja, o entrar em contradição com uma conduta anterior em que se originou uma situação de risco de dano para outrem, sendo que a conduta actual do mesmo agente viria justamente concretizar esse risco, cuja criação lhe deve ser imputada. Apenas fica vedado ao agente concretizar tal risco provocando os correspondentes danos. Ora, compreende-se que a *proteção da confiança* seja, nestes termos *fundamento bastante* para inibir o agente de exercer o direito que causaria os referidos danos, embora o não fosse para o vincular juridicamente a qualquer obrigação *stricto sensu*”.

PECL: Principles Of European Contract Law

STJ: Supremo Tribunal de Justiça português

TRC: Tribunal da Relação de Coimbra (tribunal de 2ª instância em Portugal)

TRP: Tribunal da Relação do Porto (tribunal de 2ª instância em Portugal)

UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÃO, R.: *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983.

ANSELMO VAZ, T.: “O contrato de factoring”, in *Revista da Banca*, n.º 3, julho/setembro de 1987.

BAPTISTA MACHADO, J.:

- *A cláusula do razoável*, in João Baptista Machado, – Obra dispersa –, Scientia Iuridica, Braga, 1991
- *Tutela da confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in João Baptista Machado, – Obra dispersa –, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

BRANDÃO PROENÇA, J. C.: “Débito, crédito, aparência e realidade”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, janeiro/Março 2012.

BRITO, M. H.: *O «factoring» internacional e a Convenção do UNIDROIT*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

CAMACHO LÓPEZ, M. E.: “Problemáticas Jusrídicas del contracto de factoring, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos”, in *REVISTA@ e – Mercatoria* Volumen 10, Número 1 (enero –junio 2011).

CHULIÁ VICÉNT, E. e BELTRÁN ALANDETE, T.: *Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos*, I, Barcelona: José Mª Bosch editor, S.L.

CRISTAS, A.: “Citação como notificação ao devedor cedido”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 14, abril/junho 2006.

CUNHA, C. e PINTO MONTEIRO, A.: *Sobre o contrato de cessão financeira ou de factoring*, in Separata do BDFUC – Volume Comemorativo dos 75 anos.

CUNHA, C.:

- “Contrato de factoring: quem paga mal, paga duas vezes?”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 3, Julho/Setembro 2003.
- *Contrato de factoring e gestão do risco: análise de alguns mecanismos jurídicos – a renúncia a meios de defesa e as cláusulas de incredibilidade*, in “O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade” (Coord. António Pinto Monteiro), Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

DA MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª edição, 1996.

DA MOTA PINTO, P.: *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

DE ALMEIDA COSTA, M. J.: *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp. 12ª edição, 2009).

DE BRITO PEREIRA COELHO, F. M.: *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, BFDUC, Studia Iuridica 8, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

DOMINGUES DE ANDRADE, M. A.:

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra 1987.
- *Teoria Geral das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1963.

DOS SANTOS JUSTO, A.: *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. A.: *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.

FERREIRA DE ALMEIDA, C.:

- *Contratos II*, Almedina, Coimbra, 2007.
- *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I e Vol. II, Coimbra: Almedina, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Contrato de factoring y cesión de créditos*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

JOÃO V. TOMÉ, M.: *Algumas notas sobre a natureza jurídica do contrato de factoring*, Direito e Justiça. 1992.

KLAPPER, L.: “The role of factoring for financing small and medium enterprises”, in *Journal of Banking & Finance* 30 (2006) 3111–3130.

MENEZES CORDEIRO, A.:

- *Da cessão financeira (factoring)*, Lex – Edições Jurídicas, Lisboa, 1994.

- *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2014.
- *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo 1, Almedina, Coimbra, 2011.
- *Tratado de Direito Civil Português*, IX, Direito das Obrigações, (reimp. da 1ª edição da parte II, Tomo IV, 2010).

MOREIRA, A. e FRAGA, C.: *Direitos Reais* (segundo as prelecções do Prof Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71), Coimbra: Almedina, 1971.

MOTA DE CARVALHO, S. A.: *O contrato de factoring: na prática negocial e sua natureza jurídica*, Universidade Católica, 2007.

PAIS DE VASCONCELOS, P.: *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2015.

D. P. PESTANA VASCONCELOS, L. M.:

- *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra Editora, BFDUC, Studia Iuridica 43, Coimbra.
- *O contrato de cessão financeira (factoring) no comércio internacional*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

PINTO DUARTE, R.:

- *Tipicidade e Atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.
- *Escritos sobre leasing e factoring*, Principia, 2001.

ROMANO MARTINEZ, P.: *Contratos comerciais*, Principia.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A.: *Contrato de factoring*, in *Contratos Internacionales*, Coord. Pilar Blanco-Morales Limones, Tecnos, Madrid, 1997.

SOUFANI, K.: “On the determinants of factoring as a financing choice: evidence from the UK”, in *Journal of Economics and Business* 54 (2002) 239–252.

VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.



EL ACOSO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES*

THE HARASSMENT IN THE AREA GIVES RELATE HER LABOR

DRA. MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

Profesora Titular de Universidad. Dto. Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Universidad de Valencia.

Maria.a.perez@uv.es

RESUMEN: *En el presente estudio se trata de poner de manifiesto la importante lacra social que existen en todas las culturas en torno a la violencia sobre otro, también denominada acoso. Esta violencia si se da en el ámbito laboral, se denomina “acoso laboral”.*

Son múltiples las razones que pueden generar acoso, desde los celos, la envidia, la agresividad, la traición, la desconfianza, la venganza, la hostilidad, la ambición, pero quizás, en muchas ocasiones, provienen, de rasgos dominantes del propio acosador. El acoso está basado en el poder. El poder se refiere a la posibilidad de forzar a otro mediante la coerción para la obtención de los objetivos deseados.

Estas conductas pueden atentar contra derechos fundamentales como el derecho a la integridad, a la dignidad.

PALABRAS CLAVE: *acoso laboral; violencia; derechos fundamentales; agresividad; trabajo; accidente de trabajo.*

ABSTRACT: *In the present study it is a question of revealing the important social blight that they exist in all the cultures concerning the violence on other one, also named harassment. This violence if it is given in the labor area, is named a “labor harassment”.*

There are multiple the reasons that can generate harassment, from the jealousies, the envy, the aggressiveness, the perfidy, the distrust, the revenge, the hostility, the ambition, but probably, in many occasions, come, of dominant features of the own harassing one. The harassment is based on the power. The power refers to the possibility of forcing to other one by means of the restriction for the obtaining of the wished aims These conducts they can commit an outrage against fundamental rights as the right against the integrity, against the dignity.

KEY WORDS: *labor harassment; violence; fundamental rights; aggressiveness; work; accident of work.*

FECHA DE ENTREGA: 21/12/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 09/01/2017.

*Trabajo elaborado en el marco del proyecto titulado: “La situación jurídica de la mujer ante el acoso. La articulación en un único protocolo de la tutela del acoso sexual, por razón de género y acoso moral”, nº DER2013-43817-P. Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA CONFIGURACIÓN DEL ACOSO.- II. CAUSAS DE PROVOCACIÓN DEL ACOSO.- III. SUJETOS ACOSADOR Y ACOSADO. EL SENTIMIENTO DE VÍCTIMA.- IV. EL ACOSO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES.- V. CLASIFICACIÓN DEL ACOSO.- VI. EL ACOSO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.

I. INTRODUCCIÓN. LA CONFIGURACIÓN DEL ACOSO.

Desde la perspectiva de género, son múltiples los estudios jurídicos que se vienen realizando en los últimos tiempos sobre el acoso sexual, el acoso moral y el acoso por razón de género o discriminatorio que se padece dentro de las relaciones laborales.

La razón de la situación de acoso enlaza directamente con problemas cuyos orígenes puede estar conectado con aspectos que se pueden escapar al principio más racional del orden social y ser ajenos, incluso, a la propia dinámica de las relaciones laborales.

Así, en la configuración de la conducta de cada individuo se origina por múltiples factores, dando lugar a un sinfín de situaciones y de generación de vínculos con una diversidad muy variada, quizás tan variada como la vida misma. No obstante, el individuo actual se une con otros para conformar esto que se ha denominado sociedad y dentro de la sociedad, se ofrece, múltiples opciones de vida en sociedad, como es la vida en familia, la vida en comunidad, la vida social, la vida en las relaciones laborales y un sinfín de situaciones conexas.

En muchas ocasiones y, en cualquiera de los ámbitos descritos se producen situaciones de agresividad sobre determinados individuos que es ejercida por otros individuos. Precisamente, la agresividad sobre otro individuo dentro del ámbito de las relaciones laborales se ha dado en llamar “acoso laboral”. El acoso es definido por los expertos como la conducta que se ejerce sobre otro doblegando su conducta o atentando contra su integridad física o psíquica, lo que provocaría una vulneración de derechos fundamentales, la cual encuentra su TUTELA en el ámbito de la jurisdicción social, siempre que la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios¹, según artículo 2 f) de la Ley de la Jurisdicción social.

En el ámbito penal, el acoso aparece tipificado en el artículo 172 ter del Código Penal (LO 1/2015)².

¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Un nuevo supuesto de extinción causal del contrato de trabajo por acoso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 38/2013.

² RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G.: “El nuevo delito del art. 172 ter del CP y el acoso telemático”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 915/2016, en el que se indica que: El que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física; 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales,

II. CAUSAS DE PROVOCACIÓN DEL ACOSO.

Son múltiples las razones que pueden generar acoso, desde los celos, la envidia, la agresividad, la traición, la desconfianza, la venganza, la hostilidad, la ambición, pero quizás, en muchas ocasiones, provienen, de rasgos dominantes del propio acosador. El acoso está basado en el poder. El poder se refiere a la posibilidad de forzar a otro mediante la coerción para la obtención de los objetivos deseados, mientras que la autoridad tiene que ver con el poder legítimo o legal³.

Pero, cuáles son las razones por las que surge el acoso, es algo natural al hombre o es de carácter cultural. Los estudios antropológicos consideran que algunos rasgos vienen relacionados con el sexo. Así, KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES en 1978 apuntaron que las estadísticas demuestran que los hombres tienden a ser más agresivos que las mujeres⁴. De este modo, la agresión física está asociada al hombre mientras que la agresión psicológica está más asociada a la mujer⁵. Pero, además, la agresividad humana está determinada genéticamente.

Ahora bien, cabe plantearnos, si resulta posible controlar la agresividad y/o violencia que puede venir marcada por parámetros genéticos mediante cambios de conductas de tipo educativo y culturales inculcados desde la infancia. Este estudio, se realizó en Nueva Guinea con determinadas tribus y se observó cómo “los arapesh que viven en la montaña” se inculca la docilidad, para ellos “un rasgo de personalidad muy apreciado que se inculca vigorosamente a los niños de cada nueva generación” lo que demuestra “que desde el momento de su nacimiento el niño es ayudado y cuidado de forma que sólo muy raras veces se expresa un comportamiento agresivo”⁶, de tal modo que en esta cultura los individuos que no muestran docilidad y sí rasgos muy agresivos son apartados de la sociedad.

Por ello, se ha considerado que la agresividad masculina está conectada con las hormonas masculinas comunes con otros animales. De este modo, como propone KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES⁷ “el aprendizaje social puede modificar en gran medida los efectos hormonales en los monos y también en los hombres. Es decir, los factores de aprendizaje

adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella; 4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”; SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: “Formas de persecución del acoso psicológico en el trabajo. Principales cuestiones y controversias”, *Iustel*, núm. 42/2016.

³ KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer: un enfoque antropológico*, Editorial Anagrama. Barcelona, 1978, p.17.

⁴ KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer*, cit., pp. 44, 52 y 54. En este sentido, se ha observado que los humanos son los únicos animales conocidos que tratan sistemáticamente de exterminar a los de su propia especie y se ha considerado que esta tendencia puede tener una base genética. A la vez se considera que esta que los humanos nacen con la capacidad de ser agresivos y que esta capacidad está estrechamente emparentada con otros mecanismos defensivos que existen también en otros animales.

⁵ KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer*, cit., p. 47.

⁶ KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer*, cit., pp. 48-49.

⁷ KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer*, cit., p. 54.

social son más importantes que los genéticos en la expresión de la agresión en la especie humana”.

III. SUJETOS ACOSADOR Y ACOSADO. EL SENTIMIENTO DE VÍCTIMA.

En el acoso cabe destacar dos sujetos necesarios, de un lado, un sujeto acosador y de otro lado, un sujeto acosado. Ahora bien, es suficiente con el sujeto acosador que ejerza violencia sobre el sujeto acosado, o bien es necesario, para este caso, que el sujeto acosado tenga “el sentimiento de víctima”.

De tal modo que, en la práctica, puede existir una conducta de acoso, si bien la víctima puede ser lo suficientemente fuerte para eludir las conductas de acoso y, por tanto, se debería cuestionar si estamos en tales casos, en supuestos de acoso laboral o por el contrario, se puede considerar que si no hay víctima no hay acoso.

Parece evidente que la existencia de acoso, puede entrar dentro del plano subjetivo, si bien dicha situación podría ser del todo punto injusta, porque dependería de la fortaleza de la víctima para soportar el envite del acosador. Es por ello que parece necesario acometer planes de prevención del acoso, para evitar con ello, que se generen posibles víctimas acosadas⁸, máxime teniendo en cuenta que, el sujeto acosado puede soportar durante un determinado tiempo ciertas conductas que pueden ser susceptibles de determinación como acoso, pero sin el “el sentimiento de víctima” y, con posterioridad, ante esas mismas conductas tener “el sentimiento de víctima”, de tal modo que se nos presenta el dilema de cuándo se debe actuar contra el sujeto acosador desde el momento inicial del acoso o, por el contrario, desde el momento en que se produce el daño y aparece la víctima en la persona del sujeto acosado.

En estos casos, cabe plantearse cuándo es reprochable la conducta mientras exista aunque no haya víctima o desde el momento de la existencia de víctima. Esto es importante, a efectos de la prevención de riesgos psicosociales.

En este sentido, como expresa SÁNCHEZ PÉREZ⁹, “la Comisión Europea mantiene que las denominadas enfermedades emergentes constituyen casi un 25% de los problemas de salud vinculados al trabajo, ofreciendo mayor frecuencia en determinados sectores como la educación, la salud o los servicios sociales, donde estos datos se duplican. Las patologías mentales que desencadenan y se asocian a los riesgos psicosociales emergentes ofrecen una amplia exteriorización diagnóstica; entre ellas, los trastornos por angustia y

⁸ En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE CAREAGA, C.: “Si se corta el primer eslabón de la cadena de acoso, se evitará que los hechos evolucionen y causen daño a las víctimas y a su entorno”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 903/2015, nos refiere sobre el compromiso de tolerancia cero contra el acoso y el Plan de Igualdad en la carrera judicial ha cristalizado, en línea con el mundo de la empresa, en la reciente puesta en marcha del Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y al acoso y la violencia en la Carrera Judicial.

⁹ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El acoso laboral y los mecanismos para su tutela jurídica”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5/2014.

fóbicos, el trastorno obsesivo compulsivo, el trastorno por estrés postraumático y el trastorno por ansiedad generalizada.

De esta forma, las «nuevas enfermedades profesionales» originadas por riesgos psicosociales surgen de la influencia de factores psicológicos relacionados con el trabajo. Se identifican como estresores desencadenantes de estas patologías las diversas condiciones de realización u organización del trabajo, así como las relaciones interpersonales que éste propicia.

En cuanto a factores externos, cabe identificar la precariedad laboral, la competitividad laboral y la doble carga de las mujeres trabajadoras (trabajo-vida familiar). Se trata, en definitiva, de distintas subjetividades que interaccionan en el ámbito del trabajo”.

De este modo, el objetivo en la política de prevención del acoso debe ser, no la reparación del daño, sino simplemente la garantía de un ambiente de trabajo libre de ataques hostiles a la persona, como auténtica política de prevención¹⁰, un trabajo decente¹¹ siendo para ello preciso ofrecer formación al personal del grupo afectado e, incluso, de cualquier grupo, cursos de adaptabilidad al entorno del trabajo, mediación, comunicación “no violenta” e, incluso, cualquier técnica que pueda ayudar a obtener un adecuado y limpio ambiente de trabajo.

Por otra parte, en las relaciones colectivas se suele dar la interconexión de diversos individuos con características y rasgos de personalidad muy variados que puede estar más acusados en el ámbito laboral dado que la contratación de trabajadores no se realiza entre sujetos afines sino entre sujetos que cumplan determinados condicionantes que fija el propio empresario, de tal modo, que la variabilidad de los sujetos intervinientes en el entramado de las relaciones laborales dificulta el entendimiento de los trabajadores dentro de la organización empresarial y, en su caso, con la estructura empresarial. Esto es, los individuos no tienen nada que ver con el parentesco¹², siendo éste el lazo natural de los individuos por excelencia.

En algunas estructuras empresariales españolas para la contratación de los mandos intermedios se utilizan criterios de identidad de los individuos, tales como las aficiones o la pertenencia a una determinada comarca o localidad. Se ha demostrado que estos nexos pueden mejorar el vínculo entre los individuos dentro del entramado empresarial.

En otras estructuras organizativas se ofrecen a los empleados, determinados premios por la productividad, como los viajes e, incluso, se ofrece a todo el colectivo de trabajadores ventajas sociales, culturas, deportivas e, incluso, sesiones de relax o de fisioterapia, con el fin de ofrecer un ambiente pacífico y libre de hostilidades.

¹⁰ SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, p. 32.

¹¹ BALLESTER PASTOR, M. A.: “La política de la OIT y la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, núm. 4/2013, pp. 8-30.

¹² KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer*, cit., p. 15.

Así, resulta evidente que, si se promueve en el ámbito laboral políticas de prevención contra la agresividad y, por ende, contra el acoso, el ambiente de trabajo estará libre de conflictos que pueden resultar dañinos para la salud ambiental y mental de sus trabajadores.

En suma, hay que procurar que no se produzcan riesgos psicosociales que alteran la personalidad de los trabajadores y conlleva consecuencias indeseables, entre las que se encuentra las patologías de ansiedad, depresión, los trastornos por angustia y fóbicos, el trastorno obsesivo compulsivo, el trastorno por estrés postraumático, entre otros.

IV. EL ACOSO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES.

En el ámbito de las relaciones laborales, el acoso se puede dar en tres formas diferentes de un lado, el acoso moral, el acoso sexual y el acoso por discriminación, esto es, entre otros supuestos, por razón de sexo, lo que nos llevaría a su vez, al plano de la tutela de la igualdad entre hombres y mujeres¹³.

Así, en el plano de las relaciones laborales la doctrina maneja con soltura la triple clasificación del acoso (moral, sexual, discriminatorio), si bien, algunos autores se han planteado sino se trataría del mismo supuesto con diferentes formas de manifestación. De este modo, el acoso moral era denominado anteriormente, *mobbing*¹⁴, consistente en trato denigrante¹⁵.

El acoso sexual es un acoso moral pero que llevaría unido el tinte de la agresión sexual¹⁶ y el acoso discriminatorio¹⁷ entraría de lleno en las figuras de acoso contra la discapacidad, la diversidad sexual, la raza, la religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, esto es, entraría a formar parte, del subgrupo de atentados al principio de no discriminación que proscribe el artículo 14 Constitución española y que encajaría con cualquier conducta que interfiera en la vida ordinaria de la persona, en su ámbito privado de convivencia (ser soltera, viuda, divorciada, separada, monoparental, diversidad sexual, etc.) o, en su ámbito social (pertenencia a determinadas asociaciones, partidos políticos o sindicatos o en otros ámbitos profesionales o de otras características).

¹³ FABREGAT MONFORT, G.: “El acoso moral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. La obligación de protección”, en AA.VV.: *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional* (dir. M^a. A. PÉREZ ALONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 53 y ss.

¹⁴ MEJÍAS GARCÍA, A.: *El llamado acoso laboral antes llamado mobbing. Un enfoque integrador*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

¹⁵ ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 69/2010.

¹⁶ ÁLVAREZ GIMENO, R.: “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y la presunción de inocencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 11/2010; PERÁN QUESADA, S.: “La aplicación de la LO 3/2007, a un supuesto de acoso sexual en la empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 44/2008.

¹⁷ SERRANO ARGÜELLO, N.: “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 54/2011; SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso*, cit., p. 26, indica que la Ley 62/2003 retoca mínimamente la definición de acoso de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

Como expresa CAVAS MARTÍNEZ¹⁸, “El concepto de *mobbing* o acoso moral ha sido descrito con bastante precisión en el campo de la psicología. Uno de los padres del concepto de acoso moral, el doctor HEINZ LEYMAN¹⁹, lo ha definido como el fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo, esto es, se produzca su autoexclusión.

En esta línea, como expresa SERRANO OLIVARES²⁰, en la definición de LEYMAN del acoso, “el psicoterror o *mobbing* en la vida laboral conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada de forma sistemática por uno o unos pocos individuos principalmente contra un único individuo quien, a consecuencia de ello, es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes y a lo largo de un prolongado período.

El *mobbing* es un proceso de destrucción, integrado por comportamientos hostiles que, observados aisladamente, podrían parecer anodinos pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos”. Así, en este sentido LEYMAN consideró que cuando se daba *mobbing* cuando una o varias de las 45 conductas de acoso predefinidas se repetían al menos una vez por semana sobre una duración mínima de 6 meses²¹; no obstante otros autores, como Hirigoyen, consideran que determinadas conductas abusivas, graves y humillantes pueden destruir a la persona en menos de 6 meses, además de considerar que el acoso puede darse en situaciones en las que no existe un conflicto, pues en un conflicto hay una guerra abierta, en el acoso las actuaciones son distintas y de forma soterrada²².

“En un campo distinto al de la psicología²³, pero todavía extrajurídico, la Nota Técnica Preventiva (NTP) 476 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) define el acoso moral como «el ejercicio de violencia psicológica externa que se realiza por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, respecto de la que existe una relación asimétrica de poder, de forma sistemática y prolongada en el tiempo». La NTP 476 establece que éste podría considerarse una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que está vinculada a las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa entre los distintos individuos”.

¹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Un nuevo supuesto”, cit., p.1; LANOUZIERE, H.: “Harcelament moral. Risques psychosociaux?”, *Droit social*, núm. 2/2015, pp. 102 y ss.

¹⁹ LEYMAN, H.: “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral en el trabajo”, *European Journal of work and organizational Psychology*, 1996, pp. 165; *La persecution au travail*, Ed. Seul, Paris, 1996, p. 10.

²⁰ SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso*, cit., p. 24.

²¹ SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso*, cit., p. 24.

²² SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso*, cit., p. 24.

²³ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Un nuevo supuesto”, cit., p. 2.

En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ²⁴ considera que el acoso no puede ser confundido con otros riesgos psicosociales, como el estrés o el *burn-out*, que pueden cursar con una sintomatología similar pero en los que el elemento intencional lesivo está ausente. Tampoco debe confundirse el acoso con una mera situación de discrepancia, contrariedad o tensión en el trabajo o un mal clima laboral, frecuente en algunas empresas o centros de trabajo, y a veces consustancial a la utilización de modelos despóticos o autoritarios de gestión del personal.

No todo conflicto interpersonal derivado de deficiencia en la organización del trabajo puede calificarse de *mobbing*.

Téngase en cuenta que el hostigamiento ha de ser percibido por el acosado como un ataque personal y el sentimiento de aislamiento o exclusión característica del acoso difícilmente surgirá cuando el empresario o el encargado de personal maltratan indiscriminadamente a todos los trabajadores.

Tampoco basta que se adopten por parte del empleador determinadas decisiones que vulneren derechos laborales del trabajador, que serían impugnables ante la jurisdicción laboral (tales como traslado de puesto, modificación de condiciones o funciones, movilidad no consentida, retirada de conceptos retributivos, etc.). El acoso va más allá de un ejercicio inadecuado o abusivo del poder de organización y dirección.

En esta línea, en el código de trabajo francés, en su artículo L-1155-2²⁵ se determina que el acto de acoso no puede ser aislado, y que ningún asalariado puede sufrir artimañas repetidas de acoso moral que tenga por efecto una degradación de su condiciones de trabajo susceptibles de atentar contra sus derechos y contra su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional.

V. CLASIFICACIÓN DEL ACOSO.

Así, el acoso o *mobbing* en general tiene múltiples facetas y cuya consecuencia tiene incluso, alcance penal.

Se produce en cualquier ámbito de la vida cotidiana, escolar (*bullying*) e, incluso en el ámbito laboral. Precisamente, en el ámbito laboral el acoso adquiere importantes matices dado que se genera entre el trabajador subordinado y el empresario que mantiene una posición de jerarquía con el trabajador; no obstante, el acoso también se puede dar entre compañeros, siendo en este caso, el empresario el responsable de dichas conductas considerando que se trata de un incumplimiento en el deber de seguridad atribuido al empresario como medida de prevención de riesgos laborales.

²⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “El acoso moral en el trabajo *mobbing*: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555, p. 2.

²⁵ Vid. un comentario de este artículo en code du travail L1155-2, en base de datos Dalloz.fr.; LANOUZIERE, H.: “Harcelament moral. Risques psychosociaux?”, *Droit social*, núm. 2/2015, pp. 102 y ss.

En cuanto a los tipos de acoso, se distingue:

- a) El acoso moral es una conducta que atenta contra el derecho de dignidad de la persona y que crea un entorno intimidatorio, humillante y ofensivo²⁶.
- b) El acoso sexual²⁷ es cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, humillante y ofensivo.

Hay numerosas sentencias laborales sobre esta materia, en las que incluso se condena al empresario con el recargo de prestaciones²⁸ y existe un criterio técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso. En esta línea, según la guía no es acoso las amonestaciones que pueda recibir el trabajador por la incorrecta ejecución de su trabajo; las presiones para realizar horas extraordinarias; tampoco los conflictos personales entre el trabajador y los compañeros; tampoco los conflictos menores entre trabajadores y empresario que no tengan suficiente relevancia dentro de los patrones de conducta normal.

Más recientemente, la Directiva 2010/C- 212 E/44 ha incorporado una definición más sintética y expresiva al identificar el acoso sexual como: «la situación en que se produce cualquier comportamiento no deseado de índole sexual, ya sea verbal, no verbal o físico, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

En esta línea, la doctrina ²⁹ considera que existen tres elementos sustantivos

²⁶ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “El acoso”, cit., p. 2.

²⁷ Vid. SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El acoso sexual”, cit., p. 2, en este sentido expresa “que a nivel de la Unión Europea ha sido referente la definición que figura en la Recomendación de la Comisión Europea de 1991, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, en la que se recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecten a la dignidad de la mujer y del hombre, incluida la conducta de superiores y compañeros resulta inaceptable si: «a. resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b. la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos o cualesquiera otras relativas al empleo y/o c. dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma». Ésta recomendación propiciará que en España se regulara unos años más tarde el delito de acoso sexual, que tendrá, pues, su origen en la Resolución antes mencionada, y en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 1990, que condenó cualquier conducta no deseada de naturaleza sexual así como otros comportamientos basados en el sexo, considerándolos atentatorios a la intimidad y a la dignidad; LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal”, en AA.VV.: *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, 2005, p. 142.

²⁸ PÉREZ ALONSO, M^a. A.: “El derecho a la seguridad y salud de los trabajadores: aspectos prácticos del recargo de prestaciones”, *Revista Lex social*, núm. 5/2015; FABREGAT MONFORT, G.: “El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6/2016, pp. 69 y ss.

²⁹ MOLERO MANGLANO, C.: “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito

configuradores del acoso sexual: la solicitud, el rechazo y la persistencia, que aparecen no sólo como elementos conceptuales, sino de forma sucesiva en el tiempo.

Si bien, recientemente, se ha objetivado el acoso y no se exige el rechazo bastando que exista conducta de acoso para estar en la situación de acoso.

c) El acoso imaginario o subjetivo, es admitido por los tribunales, excepcionalmente, esto es, la situación que siente un trabajador en su entorno de trabajo, la cual aparece identificada por el propio trabajador como acoso en el trabajo, cuando en realidad no responde a los parámetros de un acoso propiamente dicho, si bien respecto de esta situación de acoso imaginario puede generar cierta inseguridad jurídica. No obstante, cabe indicar que el acoso imaginario ya fue contemplado en por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2001 consideró que el trato puede ser considerado degradante si es capaz de producir en las víctimas sentimientos de temor, angustia, inferioridad, capaces de humillarles o degradarles. Es suficiente si la víctima es humillada a sus propios ojos.

VI. EL ACOSO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO.

Desde la óptica del Derecho de la Seguridad social, en mi opinión considero que el acoso puede encajar perfectamente dentro de la consideración de Accidente de Trabajo (en adelante, AT)³⁰. Perfectamente, las conductas de acoso que pueda sufrir el trabajador en el ámbito laboral ya venga provocado por el empresario o por los compañeros o por la propia estructura organizativa de la empresa pueden ser subsumibles en la protección que ofrece el art. 156 Ley General de Seguridad Social, tanto si se han producido en tiempo y lugar de trabajo, en cuyo caso, gozarían de la presunción de ser AT, por la vía del n° 3 del art. 156 LGSS, como si se trata de patologías de carácter físico o psíquico previas, padecidas por el trabajador y que se han agravado a consecuencia de la constante actuación del empresario o de compañeros sobre la víctima acosada, en cuyo caso, encontraría cobertura por la vía del art. 156.2, letra f) LGSS o bien, como propiamente, enfermedades del trabajo, para el supuesto que se han adquirido por causa exclusiva de la ejecución del trabajo y no cabe duda que el acoso sufrido por un trabajador en tiempo y lugar de trabajo y a consecuencia de la ejecución del trabajo, igualmente, gozaría de la consideración de AT, por la vía de protección que ofrece la letra e) del art. 156 LGSS.

En esta línea, los tribunales españoles consideran de origen profesional el trastorno mixto ansioso-depresivo, si bien en la práctica se plantean problemas de prueba cuando los problemas de ansiedad concurren con otras situaciones familiares, caso del divorcio.

de la STC de 13 de diciembre de 1999”, *Revista de Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000, p. 250.

³⁰ PÉREZ ALONSO, M^a. A.: “Las distintas formas”, cit., pp. 17 y ss; en el mismo sentido, RIBEIRO COSTA, A. C.: “O Resarcimento dos Danos Decorrentes do Assédio Moral ao abrigo dos Regimes das contingências profissionais”, *Questões Laborais*, núm. 35-36-2010, Año XVII, Agosto 2011, p. 106.

En esta línea, RIBEIRO COSTA³¹, propone del mismo modo la protección del acoso por la vía de la protección de contingencias profesionales, al considerar que “el asediado en su integridad física y moral, en su honra, en su intimidad, en su personalidad, en su dignidad”, este autor se plantea si se trata de una responsabilidad aquiliana o una responsabilidad contractual derivada de la violación contractual por parte del empresario, debiendo por tanto proceder a la reparación de los perjuicios resultantes provocados por el acoso.

Por otro lado, en punto a la acusación del daño producido por el acoso, éste puede venir generado por una conducta activa, esto es, cuando un sujeto o varios asedian al sujeto pasivo o acosado mediante actos y acciones encaminadas a aislar, despreciar, inhabilitar al trabajador acosado, pero también puede venir dada por una conducta omisiva, esto es, por una actuación tan sumamente sibilina que puede provocar aparentemente una situación de normalidad, pero que desde la perspectiva del acoso puede estar provocado o bien por el silencio de todos los intervinientes en el círculo laboral del trabajador acosado, o bien por el desprecio de estos mismos intervinientes, con miradas soeces o de ignorancia, de omitir el saludo propio de situaciones de cordialidad, de respeto, de cortesía y educación.

Por ello, el acoso reviste múltiples figuras aplicativas, algunas no buscadas con propósito y premeditación, esto es, con dolo, pero sí, en muchos casos, con culpa y negligencia.

Precisamente, esta situación se puede dar en todos los ámbitos del derecho laboral y funcional y, así, en los ámbitos donde se trabaja dentro de grupos compactos suele suceder que los miembros de determinados grupos de trabajo desprecian a los sujetos del resto de los grupos ocasionando en muchos casos, situaciones de asedio o, por el contrario, situaciones de vacíos. Esta situación de acoso de cristal viene propiciada, en algunos casos, desde la cúpula directiva, en otros, desde los individuos menos cualificados de dichos grupos, en suma, el acoso, como se ha expresado tiene múltiples caras, múltiples formas y resulta muy difícil acotarlo, máxime teniendo en cuenta que los tribunales, frente a la conducta de acoso exigen que sea reiterada y, a veces grave.

La solución para atajar el acoso es difícil por la diversidad de formas de manifestación. Parece obvio que pasa por la reeducación de los individuos como apuntan los antropólogos³². Las conductas de agresividad provienen de un determinado carácter genético, de tal modo que no cabe otra solución que una reeducación de todos los individuos desde edades tempranas para atajar dichas conductas, tanto el acoso moral, como el acoso sexual, como el acoso discriminatorio.

³¹ RIBEIRO COSTA, A. C.: “O Resarcimento dos Danos Decorrentes do Assdio Moral ao abrigo dos Regimes das contingencias profissionais”, cit., p. 107.

³² HIDALGO, M^a.: En Finlandia, el método finlandés para acabar con el acoso escolar y cyberbullying que está revolucionando Europa (<http://mubimu.es/educacion/kiva-acoso/#>); en España se realizan en los centros educativos protocolos de actuación contra el acoso escolar; DÍAZ AGUADO-JALÓN, M^a. J.: “La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela”, *Psicotema*, núm. 4/2005, pp. 549 y ss.

En esta línea, existen países pioneros en afrontar medidas concretas contra el acoso mediante legislación específica en esta materia. Así, sucedió con Suecia, pionera en una legislación contra el acoso (Ordenanza sobre seguridad y salud del año 1977 y disposición relativa a las medidas a adoptar contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo de 21 de septiembre de 1993), Francia (Ley de modernización social de 17-1-2002) y Bélgica (11-6-2002)³³. También en Canadá se acomete esta lacra social y laboral³⁴.

En España la legislación también ha dado un paso importante en poner cortapisas al acoso mediante la LO 3/2007 y determinados tipos delictivos que tratan de atajar este fenómeno que cada vez adquiere dimensiones preocupantes crecientes³⁵.

Pero, además se precisa, en mi opinión un paso más en la lucha contra la violencia y, por ende, contra el acoso y se basa en métodos que se utilizan en otros ámbitos para atajar los conflictos, esto es, la mediación. Así, en el ámbito familiar se utiliza la mediación familiar cuya base se funda en técnicas pedagógicas y psicológicas y reside en que los individuos puedan encontrar una solución a sus problemas. Es por ello que, en mi opinión, en la empresa se debería adoptar planes de prevención, de reeducación de los trabajadores para utilizar lo que se denomina la técnica “del lenguaje no violento o comunicación no violenta” que va en la línea, anteriormente, apuntada y que, ya se viene utilizando dentro de las empresas para resolver problemas personales que surgen en un determinado grupo y que, de no ser atajado a tiempo y adecuadamente, derivan con el tiempo, en las envidias, en el asedio, en la intromisión personal, en atentados contra la dignidad, en suma generan el acoso que afecta a tantos grupos y a tanto trabajadores por no realizar reeducación social hacia la no violencia, hacia la cordialidad, a la buenas relaciones, al entendimiento, a la cooperación entre los individuos para evitar así, la envidia, la rivalidad, el asedio entre individuos, en suma para evitar esta lacra denominada “acoso” o, más propiamente, violencia en sus distintas manifestaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GIMENO, R.: “El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y la presunción de inocencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 11/2010.

BALLESTER PASTOR, M. A.: “La política de la OIT y la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, núm. 4/2013

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Un nuevo supuesto de extinción causal del contrato de trabajo por acoso laboral”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 38/2013.

³³ SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

³⁴ TRUJILLO PONS, F.: *España frente al acoso laboral*, Editorial Atelier, Barcelona, 2017.

³⁵ RIBEIRO COSTA, A.C.: “O Resarcimento dos Danos”, cit., p. 107.

CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “El acoso moral en el trabajo *mobbing*: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 555.

DÍAZ AGUADO-JALÓN, M^a. J.: “La violencia entre iguales en la adolescencia y su prevención desde la escuela”, *Psicotema*, núm. 4/2005.

FABREGAT MONFORT, G.:

- “El acoso moral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. La obligación de protección”, en AA.VV.: *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional* (dir. M^a. A. PÉREZ ALONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- “El recargo por accidente de trabajo en las enfermedades consecuencia del acoso”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6/2016.

HIDALGO, M^a.: En Finlandia, el método finlandés para acabar con el acoso escolar y cyberbullying que está revolucionando Europa (<http://mubimu.es/educacion/kiva-acoso/#>).

KAY MARTIN, M. y BARBARA VOORHIES: *La mujer: un enfoque antropológico*, Editorial Anagrama. Barcelona, 1978.

LANOUZIERE, H.: “Harcelament moral. Risques psychosociaux?”, *Droit social*, núm. 2/2015.

LEYMAN, H.:

- “Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral en el trabajo”, *European Journal of work and organizational Psychology*, 1996.

- *La persecution au travail*, Ed. Seul, Paris, 1996.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal”, en AA.VV.: *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, 2005.

MARTÍNEZ DE CAREAGA, C.: “Si se corta el primer eslabón de la cadena de acoso, se evitará que los hechos evolucionen y causen daño a las víctimas y a su entorno”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 903/2015.

MEJÍAS GARCÍA, A.: *El llamado acoso laboral antes llamado mobbing. Un enfoque integrador*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

MOLERO MANGLANO, C.: “El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999”, *Revista de Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000.

PERÁN QUESADA, S.: “La aplicación de la LO 3/2007, a un supuesto de acoso sexual en la empresa”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 44/2008.

PÉREZ ALONSO, M^a. A.:

- “El derecho a la seguridad y salud de los trabajadores: aspectos prácticos del recargo de prestaciones”, *Revista Lex social*, núm. 5/2015.

- “Las distintas formas de Accidente de Trabajo”, en AA.VV.: *El accidente de Trabajo y la Enfermedad profesional* (dir. PÉREZ ALONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17 y ss.

RIBEIRO COSTA, A. C.: “O Resarcimento dos Danos Decorrentes do Assédio Moral ao abrigo dos Regimes das contingências profissionais”, *Questões Laborais*, núm. 35-36-2010, Año XVII, Agosto 2011, p. 106.

ROALES PANIAGUA, E.: “El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 69/2010.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. G.: “El nuevo delito del art. 172 ter del CP y el acoso telemático”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 915/2016.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R.: “Formas de persecución del acoso psicológico en el trabajo. Principales cuestiones y controversias”, *Iustel*, núm. 42/2016.

SÁNCHEZ PÉREZ, J.:

- “El acoso laboral y los mecanismos para su tutela jurídica”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5/2014.

- “El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8/2015.

SERRANO ARGÜELLO, N.: “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio”, *Revista Doctrinal Aranzadi social*, núm. 54/2011.

SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.

TRUJILLO PONS, F.: *España frente al acoso laboral*, Editorial Atelier, Barcelona, 2017.



CLÁUSULAS LABORALES EN TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES:
EL CASO DEL CETA

LABOUR PROVISIONS IN INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS:
THE “CETA” CASE

DR. DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Profesor acreditado titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad Carlos III de Madrid
daniel.perez.delprado@uc3m.es

RESUMEN: *Algunos acontecimientos recientes parecen mostrar una cierta oposición de la ciudadanía de los países occidentales hacia el libre comercio. De una parte, resultó bastante controvertida la numantina oposición de la pequeña región belga de Valonia a la firma del Tratado de libre comercio entre la UE y Canadá (conocido como CETA), que a punto estuvo de hacerlo descarrilar. Por otra parte, la elección de Donald Trump como presidente de los Estados Unidos parece haber dado al traste con las escasas esperanzas de alcanzar un acuerdo similar con éste país, máxime si se tiene en cuenta que uno de los argumentos centrales de su campaña electoral fue su posición a este tipo de tratados por los, a su juicio, nefastos efectos sobre los trabajadores norteamericanos.*

A pesar de que existe un cierto consenso entre los economistas en relación a los efectos beneficiosos del libre comercio, esto no significa que estos beneficios alcancen de forma automática al conjunto de la sociedad y, en particular, a los trabajadores; ni que existan ganadores y perdedores en todo proceso de cooperación económica. Por ello, junto la anunciada asunción de que el comercio produce beneficio neto, debería completarse con otra en virtud de la cual se garantice que tales beneficios alcancen al conjunto de la sociedad o, si se prefiere, se compensen las externalidades negativas en el plano social y laboral mediante la adopción de instrumentos adecuados y eficaces.

Entre éstos destacan la incorporación de cláusulas laborales a los tratados de libre comercio, en cuya virtud se garantizan unos estándares mínimos (frecuentemente los marcados por los convenios de la OIT) entre las partes firmantes. El objeto de este trabajo es analizar este tipo de cláusulas, para lo cual se dividirá en los siguientes apartados. Tras una breve introducción, se analizará la creciente tendencia hacia la incorporación de cláusulas laborales en los tratados de comercio internacional para, a continuación, analizar el caso práctico y controvertido del CETA. Finalmente, sobre la base de lo anterior, se formularán algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVE: *libre comercio; tratados comerciales; cláusulas laborales; OIT; CETA.*

ABSTRACT: *Some recent events apparently show certain opposition to free trade by western citizenship. On the one hand, it became famous the case of the Balloon parliament, which strongly refused to give its permission to the Belgian federal government to ratified the so-called Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and EU without including some changes. On the other hand, the future of the Free Trade Treaty (TIPP) between US and EU is still more uncertain after the election of Donald Trump as US President. His clear opposition to this kind of agreements obtained the enthusiastic*

support, among others, of most blue-collared workers in states especially affected by the effects of globalization.

Despite there is a consensus among economist about the beneficial effects of free trade, this neither means this benefits extend to the whole society automatically, nor winners and losers derive from this kind of economic cooperation tool. Consequently, along with this assumption, another unattainable must be made: it is necessary to compensate the externalities generated by trade agreements on social and working conditions by the adoption of some parallel instruments.

The paper focused on one of these tools, the labour provisions included in trade agreements, which aims to guarantee certain minimum labour conditions (frequently set by ILO's conventions). In order to address this issue, the article is divided as follows. After a brief introduction, it will analyse the increasing trend on the inclusion of labour provision in trade agreements. After that, the practical and controversial case of CETA will be studied. Finally, some conclusions will be given.

KEY WORDS: *trade; free trade; labour provisions; ILO; CETA.*

FECHA DE ENTREGA: 20/12/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 09/01/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DEL LIBRE COMERCIO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO.- II. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS LABORALES EN LOS TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES: MORFOLOGÍA, EVOLUCIÓN Y EFECTOS.- III. EL CASO PRÁCTICO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UE Y CANADÁ (CETA).- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DEL LIBRE COMERCIO EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

Algunos acontecimientos recientes parecen mostrarnos una cierta oposición de la ciudadanía al libre comercio. De una parte, la ratificación del Tratado de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá (CETA en sus siglas inglesas¹) estuvo a punto de sucumbir por la oposición de la región belga de Valonia. Los representantes de la ciudadanía valona se oponían a que el gobierno federal ratificara el tratado sobre la base de que no creían conveniente que los posibles conflictos se dilucidaran por árbitros internacionales². Sin embargo, en el trasfondo del conflicto se vislumbraban los temores a que un nuevo acuerdo de libre comercio de tal magnitud tuviera efectos devastadores sobre el empleo en una región, otrora altamente industrializada, que ha sufrido especialmente los efectos de la globalización³. Aunque finalmente el veto valón fue retirado y el Tratado ratificado, previa modificación, lo cierto es que una pequeña región de no más de 8 millones de habitantes hizo tambalearse un acuerdo que está destinado a afectar la vida de más de 180 millones de europeos, por no mencionar que también puso al descubierto algunos viejos fantasmas del proyecto europeo.

De otra parte, las dificultades han sido mayores en lo que hace a la firma de un Tratado de similar envergadura con EE.UU. La victoria de Donald Trump en las elecciones presidenciales norteamericanas ha supuesto el aldabonazo, quizá definitivo, a este proyecto, dadas las reticencias del nuevo presidente norteamericano a este tipo de tratados. Su argumento básico es que el libre comercio ha deteriorado las condiciones de vida y laborales de los trabajadores norteamericanos, lo que hace necesario la adopción de medidas protectoras hacia la industria norteamericana, así como la reconsideración del conjunto de la política comercial de aquel país⁴. A juzgar por los resultados electorales obtenidos en estados tradicionalmente industrializados, parece que el mensaje ha calado, especialmente entre los trabajadores de “cuello azul”.

¹ *Comprehensive Economic and Trade Agreement*. La denominación castellana, Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), no ha tenido tanto éxito. Consulta de [texto completo](#), junto con otros documentos relevantes.

² [Consulta](#).

³ [Consulta](#).

⁴ <https://www.donaldjtrump.com/policies/trade>

Existe consenso entre los economistas acerca de que el efecto neto del libre comercio es positivo⁵. La eliminación de las trabas al comercio repercute en mayor crecimiento económico para las partes implicadas, lo que puede traducirse en mayor bienestar para el conjunto de la ciudadanía. Ahora bien, ni esto último es una consecuencia directa del libre comercio, ni es menos cierto que en todo proceso de liberalización de los mercados tiene ganadores y perdedores⁶. Entre estos últimos frecuentemente se encuentran determinadas categorías de trabajadores, como los poco cualificados y los de determinados sectores industriales.

En el propio proceso de construcción del mercado único europeo tenemos el ejemplo más cercano. Como dijo Jacques Delors, «la creación de una vasta área económica, basada en la cooperación, es inconcebible –diría inalcanzable– sin la armonización de la legislación social. Nuestro objetivo último ha de ser de un área social europea»⁷. Dicho de otra forma, el proyecto europeo requería la consiguiente compensación en el plano social de las externalidades negativas derivadas del paulatino proceso de integración económica. Estas conclusiones en el plano regional europeo son extrapolables a cualquier otro proceso de integración o cooperación económica.

Por consiguiente, frente a la genérica asunción de que el libre comercio es algo positivo debería asumirse otra indispensable y consiguiente, cual es que para que esos beneficios alcancen al conjunto de la sociedad y, especialmente a los trabajadores, es preciso adoptar mecanismos correctores concretos al respecto.

Entre estos mecanismos destacan la incorporación de cláusulas laborales en los tratados de libre comercio, que tienen por objetivo garantizar unas condiciones mínimas de trabajo entre las partes firmantes, de tal forma que se asegure el proceso de liberalización comercial no conduzca hacia una carrera a la baja en las condiciones de trabajo o, el menos, se impida que se traspasen unos umbrales mínimos garantizados.

El objeto de este trabajo es detenerse en esta relativamente novedosa tendencia, incluyendo el reciente y polémico caso práctico anteriormente mencionado del CETA.

II. LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS LABORALES EN LOS TRATADOS COMERCIALES INTERNACIONALES: MORFOLOGÍA, EVOLUCIÓN Y EFECTOS⁸.

⁵ Desde Ricardo, RICARDO, D.: *Principios de economía política y tributación*, Pirámide, Madrid, 2003., a economistas contemporáneos como KRUGMAN, P. R.: “New Thinking about Trade Policy”, en KRUGMAN, P. R. (ed.): *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1986, pp. 1-22.. Una explicación sencilla puede verse en STIGLITZ, J. E., *Microeconomía*, 2ª Edición inglesa, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 67-69.

⁶ KRUGMAN, P. R.: “New Thinking about Trade Policy”, cit., pp. 1-22.

⁷ Discurso ante el Parlamento Europeo. BOCE 1986: 9. EC Bulletin 2/1986, 12.

⁸ Las conclusiones más recientes se encuentran en el estudio OIT, *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, ILO, Geneva, 2016.

Como hemos advertido, uno de los mecanismos que contribuyen a hacer del comercio internacional algo más justo es la incorporación de cláusulas laborales en los tratados comerciales internacionales. Este tipo de cláusulas se encuentran en diversos instrumentos internacionales, no solamente los tratados comerciales o de integración⁹ (ya sean unilaterales, bilaterales, regionales -y transregionales-¹⁰), sino también en los acuerdos internacionales de financiación¹¹. Pero, ¿qué se entiende por tales?

Los estudios que a este respecto está llevando a cabo la OIT, entiende por “cláusula laboral”: a) cualquier tipo de norma que tenga que ver con las relaciones laborales (frecuentemente los propios convenios de la OIT) o con la garantía de unas condiciones mínimas de trabajo o empleo; b) cualquier mecanismo destinado a asegurar el cumplimiento de tales normas, ya sea bajo la ley nacional o por alguna de las cláusulas incorporadas en el tratado comercial y; c) cualquier marco destinado a actividades de cooperación, diálogo y/o control de asuntos laborales¹². Por consiguiente, el concepto de “cláusula laboral” es muy amplio y flexible, ya que no solamente tienen que ver con normas que regulen o aseguren condiciones de trabajo y empleo (regulación sustantiva estricta), sino también con aquellas que van dirigidas a determinar el cumplimiento o aplicación de tales normas (regulación instrumental), o que tienen que ver con mecanismos de regulación blanda o *soft law* (regulación sustantiva blanda o flexible). La causa fundamental de esta amplia delimitación tiene que ver con que, en la experiencia práctica, son muy variadas los tipos de normas laborales que podemos encontrar en los tratados comerciales.

De una parte, las disposiciones laborales que tienen que ver con la regulación sustantiva de condiciones de trabajo pueden dividirse según contengan normas jurídicamente vinculantes o simplemente materialicen algún un compromiso político. En esta clasificación se observa claramente la distinción entre *hard* y *soft law*. En el primer ámbito, las obligaciones impuestas pueden serlo en relación con normas de Derecho internacional, como los principios y derechos fundamentales del trabajo a que se refiere la Declaración de la OIT de 1998, o a los propios convenios de la OIT; o en relación a las propias legislaciones laborales nacionales. En el segundo se encuentran frecuentemente cláusulas que obligan a los estados firmantes a aumentar progresivamente el nivel de protección de sus legislaciones laborales o, al menos, a no reducirlo con el objetivo de fomentar las exportaciones o las inversiones. De esta forma, no se impone al estado la aplicación de una determinada norma en relación a una específica cuestión laboral sino un objetivo genérico que, en un plazo determinado de tiempo, ha de ser alcanzado.

⁹ Denominados así porque van más allá de cuestiones comerciales, como por ejemplo los programas de infraestructuras.

¹⁰ Las cláusulas laborales pueden estar incluidas en el propio instrumento o en documentos secundarios, como acuerdos complementarios o memorándums de entendimiento (estos últimos no suelen ser jurídicamente vinculantes).

¹¹ OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo 2009*, International Labour Office, Geneva, 2010, p. 72.

¹² Esta delimitación arranca en *Ibid.*, pp. 72-73. Y se han mantenido en estudios posteriores: OIT: *Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio.*, International Labour Office, Geneva, 2013, p. 9. OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 21.

En el caso particular de la UE¹³, los acuerdos más recientes (llamados de cuarta generación) tienen como objetivo fundamental la protección de los derechos de los trabajadores en el marco de la estrategia de desarrollo sostenible. Asimismo, como garantía de mínimos, además de la Declaración de la OIT de 1998, se vienen incluyendo la Declaración Ministerial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) sobre generación de empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos de 2006 y los ocho convenios fundamentales de la OIT¹⁴.

Sea cual fuere el tipo de regulación sustantiva a que nos refiramos, buena parte de su eficacia práctica dependerá de la previsión de mecanismos de aplicación, seguimiento y control. En este ámbito, la variedad también es amplia y va desde aquellas cláusulas que se aplican a determinadas relaciones comerciales entre las partes o a toda relación comercial, a aquellas que, de forma más amplia, se aplican a cuestiones laborales, independientemente de su vinculación con las relaciones comerciales¹⁵. En concreto, se han distinguido los siguientes cinco tipos¹⁶:

En primer lugar, nos encontraríamos con las medidas previas a la ratificación, que consisten en la imposición de reformas legales o institucionales como prerequisite indispensable para la ratificación del acuerdo. Por su propia naturaleza no forman parte del tratado comercial, sino que se trata de requisitos previos a su ratificación. Estas condiciones suelen consistir en la homologación de las condiciones laborales a los estándares mínimos internacionales, aunque pueden consistir también en la mejora de la capacidad técnica de aplicación del acuerdo de una de las partes (normalmente la menos desarrollada).

En segundo lugar, nos encontramos con la cooperación técnica, que se refiere a cualquier tipo de medida que permite proveer asistencia técnica a la contraparte. La primera normalmente está dirigida al Estado en su conjunto, aunque también puede centrarse en otros sujetos como empresas o agentes sociales.

El tercer tipo de cláusulas se refiere a los mecanismos de control y significan una revisión de las progresiones realizadas en relación a determinados objetivos durante un cierto tiempo. Normalmente estas medidas se centran en incrementar la transparencia e informar a los actores intervinientes acerca del estado de situación de diversas áreas

¹³ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 41.

¹⁴ Los convenios de la OIT calificados como fundamentales y conocidos bajo el término «normas fundamentales» en el trabajo son: Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (núm. 29), Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138), Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182), Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100) y Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111).

¹⁵ OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo 2009*, cit., pp. 74-75.

¹⁶ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., pp. 72-73.

relacionadas con lo laboral. Los mecanismos de control pueden tomar la forma de informes parciales progresivos, la participación de sujetos implicados mediante la posibilidad de formular peticiones o quejas o la incorporación de colaboradores externos públicos o privados.

En cuarto lugar, los acuerdos de disputas o de resolución de conflictos pueden tomar diversas formas: las consultas intergubernamentales, el uso de paneles de expertos, el recurso al arbitraje internacional o el empleo de la amenaza de sanciones, frecuentemente incorporados en los acuerdos con EEUU y Canadá, son los más frecuentes. Aunque normalmente están pensados como instrumentos de reacción frente a incumplimientos por parte de los Estados, se han previsto también formas particulares a nivel de empresa para el caso de que los incumplimientos se produzcan por sujetos particulares. En todo caso, la adopción de estos últimos mecanismos de control muy desarrollados por parte de Canadá y EEUU contrasta con la preferencia europea por otros de naturaleza blanda, basados en la consulta y la persuasión política y, en caso de no obtener un resultado satisfactorio, en la intervención de un tercero independiente¹⁷. La única excepción a este respecto hasta la fecha ha sido el acuerdo CARIFORUM-UE¹⁸.

Por último, los acuerdos comerciales han incorporados (des)incentivos económicos, que consisten en la imposición de un coste o un beneficio en caso de incumplimiento o cumplimiento de las obligaciones laborales previstas en el tratado, tales como la imposición de multas pecuniarias en el primer caso o el incremento de las cuotas de exportación en el segundo. Los incentivos y desincentivos económicos pueden aplicados a nivel estatal o empresarial y suelen combinarse con otras formas de control.

Dentro de estos parámetros, la evolución experimentada por las cláusulas laborales desde el plano cuantitativo es ciertamente notable. Aunque pueden encontrarse algunas referencias previas, la primera vez que se introdujeron este tipo de cláusulas con carácter imperativo fue en 1994, en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), vinculado al Tratado de Libre Comercio para América del Norte, más conocido por sus siglas en inglés, NAFTA¹⁹. Desde ese momento y hasta diciembre de 2015, había 75 tratados comerciales en vigor (pertinentes a 107 economías) con cláusulas laborales, de los cuales, casi la mitad de ellos fueron suscritos después de 2008. Estos suponen que más de un cuarto (el 28% para ser más exactos) de los tratados que han sido notificados a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y están en vigor²⁰.

Como puede observarse en el siguiente gráfico, la tendencia hasta 2009 es claramente creciente, tanto en lo que se refiere al número total de tratados comerciales firmados, como en lo que hace a aquellos que incluyen cláusulas laborales. Sin embargo, la crisis económica parece haber afectado en cierta medida a la negociación de este tipo de acuerdos, pues se observa a los niveles previos a 2006. No obstante, esto ha beneficiado a

¹⁷ Véase el caso del propio CETA en el apartado 3.

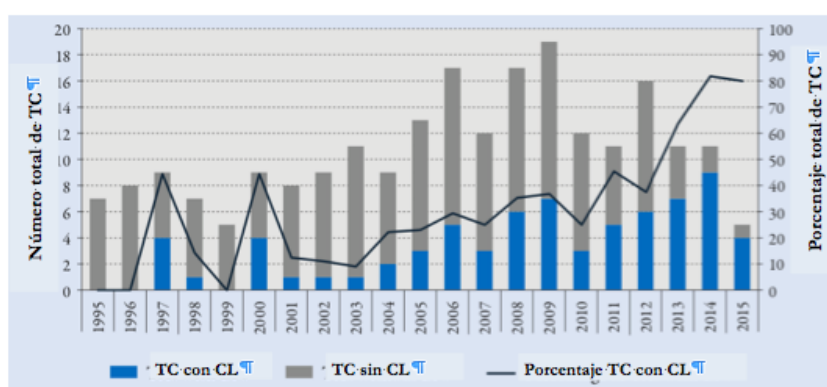
¹⁸ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 41.

¹⁹ *North America Free Trade Agreement*, firmado por los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá, el 14 de septiembre de 1993 y cuya entrada en vigor el 1 de enero de 1994.

²⁰ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 22.

los acuerdos con cláusulas laborales. Más del 80 por ciento de los acuerdos vigentes desde 2013 contienen ese tipo de disposiciones. Esta última cifra tiene su origen en que la mayoría de los acuerdos comerciales suscritos lo fueron con los principales proponentes de este tipo de disposiciones, como la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá²¹. De los siete acuerdos comerciales que se suscribieron en 2013, cuatro no tuvieron a estos tres sujetos como intervinientes (Costa Rica-Singapur, República de Corea-Turquía, Malasia-Australia y Nueva Zelanda-Taiwán); de los nueve de 2014, cuatro tuvieron otros actores (Australia-República de Corea, Hong Kong-Chile, Islandia-China y Suiza-China) y en 2015, la misma relación fue 4/2.

Gráfico 1. Número de tratados comerciales con y sin cláusulas laborales, 1995-2015.

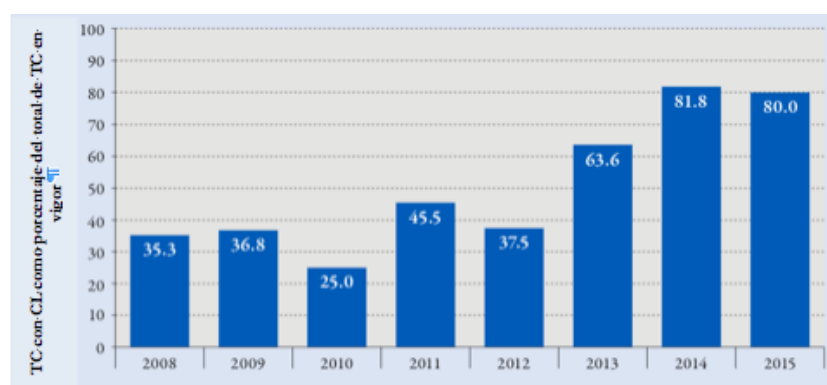


Fuente: OIT, 2016.

De hecho, si observamos el detalle de tratados comerciales con cláusulas laborales que han entrado en vigor (Gráfico 2), vemos que el avance es muy notable a partir de 2013. Así, de una cifra media en torno al 36%

hasta 2012, se pasa a más del 60% en 2013, para mantener la cota del 80% desde entonces.

Gráfico 2. Acuerdos comerciales con cláusulas laborales (% respecto del total)



Fuente: OIT, 2016.

Por otra parte, al igual que en el caso de los acuerdos comerciales, en los acuerdos internacionales de inversión (AII) también son cada vez más habituales las referencias a las normas del trabajo.

Estos tratados, denominados en España “Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones” (APPRI) son tratados bilaterales²² de naturaleza recíproca que contienen

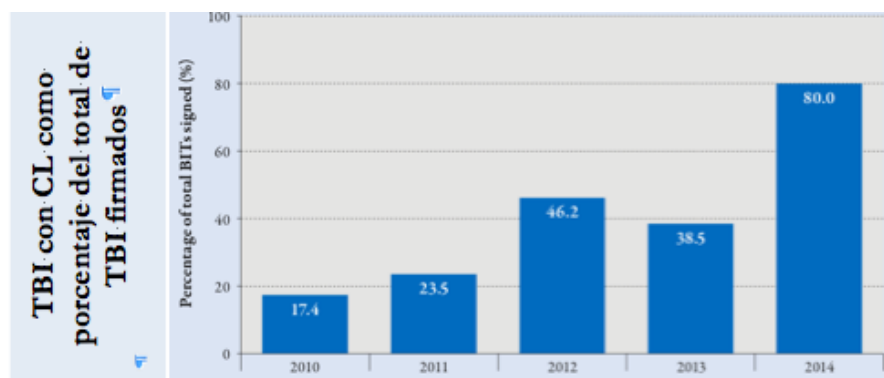
²¹ *Ibid.*

²² La denominación “Acuerdo Internacional de Inversión” es directa traducción de la inglesa, *International Investment Agreements* – IIA-. También se emplea la designación *Bilateral Investment Treaty* (BIT). En España se prefiere la denominación Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones. Consulta de los que nuestro país tiene suscritos y en vigor.

medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. Su objetivo es proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión, frecuentemente con Estados no miembros de la OCDE, que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior²³.

Pues bien, 14 de los 21 acuerdos de este tipo suscritos en 2015 hacen referencia a la protección de los derechos laborales, incluso a instrumentos de la OIT²⁴, lo que supone cerca del 70% del total, treinta puntos más que el año anterior. De hecho, tal y como muestra el siguiente gráfico, se trata de una tendencia que se viene consolidando en los últimos años y que es similar a la detectada en los tratados comerciales. La mayoría de estos tratados son acuerdos norte-sur, pero un tercio de los que se firmaron con cláusulas laborales lo han sido entre Estados parte del sur²⁵.

Gráfico 3. Acuerdos internacionales de inversión con cláusulas laborales (% respecto del total firmados)



Fuente: OIT, 2016.

Dada esta continua y amplia expansión de las cláusulas laborales en los tratados internacionales, la pregunta que surge inmediatamente es

qué tipo de efectos pueden estar produciendo²⁶. Dos son las áreas principales a observar. De una parte, el impacto sobre el propio comercio internacional. De otra, sobre las condiciones laborales y de empleo.

Por lo que hace a lo primero, desde un punto de vista teórico, la incorporación de cláusulas laborales se asocia con costes adicionales para las empresas relacionados con la consecución de los estándares laborales impuestos. Si estos costes se trasladan, al menos parcialmente, a los consumidores, el resultado será un encarecimiento del producto final o, lo que es lo mismo, una caída de las exportaciones y, por consiguiente, una disminución de las transacciones comerciales. Sin embargo, además de éste, existen otros efectos a los que se suele prestar menos atención. Tal es el caso de la productividad. Si las cláusulas laborales tienden a mejorar las condiciones de trabajo, esto se puede traducir en que los trabajadores sean más productivos, impulsando la competitividad de las empresas. Ello produciría el efecto opuesto, pues aumentaría las exportaciones y el conjunto de

²³ Secretaría de Estado de Comercio, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. [Más información](#).

²⁴ UNCTAD (ED.): *Investor nationality: policy challenges*, United Nations, New York Geneva, 2016, p. 113.

²⁵ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 27.

²⁶ *Ibid.*, pp. 76-87.

transacciones comerciales. En un sentido similar, no hay que descartar el llamado “efecto reputacional” derivado de la preferencia de los consumidores por productos que hayan sido producidos garantizando condiciones de trabajo justas y decentes. La especial atención que los llamados acuerdos marco internacionales (AMIs) prestan a estos asuntos es una buena muestra de ello²⁷.

Pues bien, sobre la base del análisis empírico, a nivel macro, no se ha encontrado evidencia que corrobore la afirmación de que inclusión cláusulas laborales reduzca o desvíe los flujos comerciales hacia países no signatarios del acuerdo. Dicho de otra forma, los acuerdos comerciales impulsan el comercio entre quienes los suscriben de forma similar, independientemente de la existencia de este tipo de cláusulas. Según las estimaciones, un tratado comercial con disposiciones laborales aumenta el valor del comercio en un promedio del 28%, mientras que uno que carece de ellas aumenta el comercio en un 26%²⁸.

En lo que respecta a lo segundo, el objetivo fundamental de la inclusión de disposiciones laborales en los tratados comerciales es doble. De una parte, se trata de garantizar unas mínimas condiciones laborales en todos los países. Pero de otra, también con ello se consigue unas condiciones de competencia similares, de tal forma que la relajación o eliminación de las barreras comerciales no sitúe a unos países en desventaja frente a otros, al menos, en lo que a costes laborales se refiere. De esta forma se logra no solamente un marco de competencia más justo, sino que se evitan “carreras a la baja” en condiciones de trabajo y empleo. A este respecto, los resultados indican que, en promedio, los acuerdos comerciales que incluyen cláusulas laborales inciden positivamente en la tasa de participación de la fuerza laboral, esto es, la población activa se incrementa, recibiendo una mayor proporción de población en edad de trabajar. Este incremento sería especialmente significativo en el caso de las mujeres²⁹. Un elemento que puede explicar la repercusión positiva sobre las tasas de participación es que el diálogo sobre políticas de empleo y sensibilización hacia determinados colectivos puede suscitar expectativas de mejores condiciones de trabajo³⁰, lo cual a su vez aumenta el deseo de incorporarse al mercado laboral. En otras conclusiones fundamentales del informe se destacan los aspectos de género conexos con el comercio, y en particular con las disposiciones laborales.

Desde la perspectiva global, el análisis transnacional no presenta impactos adicionales de las cláusulas laborales en otras variables relacionadas el mercado de trabajo. Sin embargo, existe la posibilidad de que las disposiciones laborales produzcan efectos a nivel nacional, por lo menos en algunos países en función de su entramado institucional. La evidencia

²⁷ Sobre esta cuestión, véase CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos marco internacionales: de la responsabilidad Social Empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. En un marco más amplio, GORDO GONZÁLEZ, L.: *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

²⁸ OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., p. 86.

²⁹ *Ibid.*, pp. 76-84.

³⁰ En algunos tratados se hace especial hincapié en la incorporación de disposiciones laborales en la igualdad de género (sobre todo a través del principio de no discriminación en el empleo y la ocupación).

sugiere que las disposiciones laborales constituyen solo uno de los mecanismos para promover mejoras en las normas laborales. De ser así, los mecanismos de aplicación a escala nacional constituirían elementos fundamentales para el éxito en la aplicación de las cláusulas laborales, lo que debería tenerse muy en cuenta en el plano práctico durante la negociación y en la gestión de los acuerdos³¹.

Un aspecto importante que indican las investigaciones es que la eficacia de las disposiciones laborales depende del grado de participación de las partes interesadas y, en particular, de los interlocutores sociales, en la elaboración y puesta en práctica de los acuerdos comerciales³². Esto se traduce en una tendencia general a tratar de dotar de mayor transparencia a las negociaciones comerciales, las cuales tradicionalmente han tenido lugar entre gobiernos, sin la plena participación de otros agentes implicados. Las referencias explícitas a la participación de las partes interesadas en los acuerdos comerciales se han vuelto más habituales y exhaustivas³³, lo cual obedece, en parte, a la mayor variedad de cuestiones abarcadas en los acuerdos de comercio, las cuales pueden incluso abarcar las normas del trabajo, la protección del medio ambiente, la salud y seguridad, entre otras cuestiones.

De lo dicho hasta aquí se desprende que la experiencia en cuanto a la incorporación de cláusulas laborales en los tratados comerciales es positiva y ello se ha traducido en un paulatino aumento. Sin embargo, esto no ha impedido, como se señaló al principio, que la liberalización del comercio internacional esté siendo puesta en tela de juicio por algunos sectores. Uno de los casos más destacados ha sido el Tratado de libre comercio entre la UE y Canadá. Al estudio de sus disposiciones en materia laboral dedicaremos el siguiente apartado.

III. EL CASO PRÁCTICO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LA UE Y CANADÁ (CETA).

El pasado 28 de octubre de 2016, el Consejo Europeo adoptó un paquete de decisiones relacionadas con el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la UE³⁴. En concreto, este paquete contenía tres decisiones, sobre la firma del Acuerdo en sí, sobre la aplicación provisional del Acuerdo y una tercera por la que se pide la aprobación del Parlamento Europeo. Asimismo, los representantes de los Estados miembros adoptaron también un instrumento interpretativo conjunto³⁵. Junto a ello, y

³¹ A este respecto, véase OIT: *Handbook on assessment of labour provisions in trade and investment arrangements*, OIT, Geneva, 2016.

³² OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements*, cit., pp. 130-139.

³³ Un ejemplo claro, de nuevo, es el CETA. Véase el apartado 3.

³⁴ [Consulta de toda la documentación](#).

³⁵ Éste se refiere al ámbito laboral en tres aspectos concretos: a) El AECG compromete a Canadá y a la Unión Europea y sus Estados miembros a mejorar su legislación y sus políticas con el objetivo de proporcionar niveles elevados de protección laboral. El AECG dispone que no pueden flexibilizar sus leyes laborales con objeto de estimular el comercio o de atraer las inversiones y, en caso de que se viole este compromiso, los gobiernos pueden solucionar tales violaciones con independencia de si estas afectan

como complemento, el Consejo también adoptó una decisión relativa a la firma y la aplicación provisional de un Acuerdo de Asociación Estratégica entre la UE y Canadá³⁶.

Que las cuestiones laborales son una de las áreas que han despertado mayor preocupación, se observa ya en el preámbulo, en el que las partes se comprometen a que la aplicación del Acuerdo se haga «de forma que sea coherente con el control de la aplicación de sus respectivas legislaciones laborales y medioambientales y mejore sus niveles de protección laboral y medioambiental». Dicho de otra forma, ya desde un principio se advierte que el objetivo de la liberalización comercial se haga sin menoscabo de las legislaciones nacionales (y europeas) en materia laboral y medio ambiental.

Además, la referencia conjunta al medio ambiente no es baladí. La mención de ambas áreas se enmarca en una acción conjunta de desarrollo sostenible, en la que los objetivos económicos, laborales y medioambientales se combinan para alcanzar ese fin último común. En palabras del propio Acuerdo, «el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes interdependientes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente»³⁷. De ahí, la «voluntad de promover el desarrollo del comercio internacional, de manera que se contribuya al objetivo del desarrollo sostenible, para el bienestar de las generaciones presentes y futuras.».

La materialización práctica de esta estrategia se plasma en el capítulo veintidós, que lleva por título “comercio y desarrollo sostenible”. Tras delimitar el marco legal internacional en el que el Tratado se enmarca, y que incluye los textos básicos en materia económica, laboral y medioambiental³⁸ o, más concretamente, en materia de desarrollo sostenible,

negativamente a la inversión o a las expectativas de beneficios del inversor. Asimismo, tampoco modifica el AECG los derechos de los trabajadores a negociar, celebrar o ejecutar acuerdos colectivos ni a emprender acciones colectivas. b) El AECG compromete a la Unión Europea y a sus Estados miembros y Canadá a ratificar y aplicar con eficacia los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Canadá ha ratificado siete de los convenios fundamentales y ha iniciado el proceso para ratificar el convenio restante (Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (C98)). c) El AECG también crea un marco para que Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros cooperen en cuestiones laborales relacionadas con el comercio que sean de interés común, en particular a través de la participación de la OIT y del diálogo constante con la sociedad civil, con objeto de garantizar que el AECG fomente el comercio de una forma que favorezca a los trabajadores y apoye las medidas de protección laboral.

³⁶ DOUE 3-12-2016, L 329/43. El Acuerdo de Asociación Estratégica apenas contiene referencias al ámbito laboral, más allá de enmarcarlo en la estrategia de desarrollo sostenible que ambas partes proclaman perseguir. La referencia más clara se contiene en el art. 12.10: «las Partes reconocen la importancia del dialogo y la cooperación, a escala bilateral o multilateral, en materia de empleo y asuntos sociales, y en lo referente a un trabajo digno, en particular en el contexto de la globalización y los cambios demográficos. Las Partes se esforzarán por promover la cooperación y el intercambio de información y de experiencia en materia social y de empleo. Las Partes confirman, asimismo, su compromiso de respetar, promover y aplicar las normas sociales y laborales internacionalmente reconocidas que les sean vinculantes, tales como las contempladas en la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y los Derechos Fundamentales en el Trabajo, y posteriores actos de ella derivados.»

³⁷ Art. 22.1.

³⁸ Tal es el caso de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, la

enumera una serie de objetivos en esa línea. Algunos de ellos tienen carácter meramente enunciativo: «a) promover el desarrollo sostenible a través de la mejora de la coordinación y la integración de sus respectivas medidas y políticas laborales, medioambientales y comerciales; b) fomentar el dialogo y la cooperación entre las Partes, con miras a desarrollar sus relaciones económicas y comerciales de manera que respalden sus respectivas normas y medidas de protección medioambiental y laboral, y a respetar sus objetivos en materia de protección medioambiental y laboral, en un contexto de relaciones comerciales libres, abiertas y transparentes».

Sin embargo, algunos otros anticipan las medidas que en materia de control y participación que el Acuerdo propone: «c) reforzar la aplicación de sus respectivas legislaciones en materia laboral y medioambiental y el respeto de los acuerdos internacionales en materia laboral y medioambiental; d) promover la plena utilización de instrumentos como las evaluaciones de impacto y la consulta a las partes interesadas en la regulación de las cuestiones comerciales, laborales y medioambientales, y animar a las empresas, a las organizaciones de la sociedad civil y a los ciudadanos a desarrollar y aplicar prácticas que contribuyan a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible; y e) promover la consulta y la participación del público en los debates sobre asuntos de desarrollo sostenible que se planteen en el marco del presente Acuerdo y en la elaboración de la legislación y las políticas pertinentes».

No obstante, es el capítulo veintitrés, que lleva por título “comercio y trabajo”, el que se refiere a cuestiones netamente laborales. Lejos de presentar los asuntos comerciales y laborales como contrapuestos, Canadá y la Unión Europea subrayan en el texto del Tratado las sinergias que de estos ámbitos pueden derivarse. De ahí que se destaque el papel beneficioso que «una mayor coherencia de las medidas en materia de trabajo digno, que incluya normas laborales básicas y altos niveles de protección laboral, junto con su aplicación efectiva» puede «tener sobre la eficiencia económica, la innovación y la productividad, incluso en los resultados de las exportaciones». En este contexto, el Acuerdo no olvida la especial importancia del dialogo social tiene en el ámbito laboral y, en particular, tal y como tuvimos ocasión de subrayar, en la eficacia de las cláusulas sociales contenidas en este tipo de tratados³⁹.

A partir de ahí, se establece un límite mínimo que las partes se comprometen a garantizar y que coinciden con los compromisos internacionales asumidos por ambas y que, por otra parte, como ya hemos adelantado, son los habituales en los acuerdos firmados por ellas. Tal es el caso de la Declaración de Principios de la OIT relativa a los Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento de 1998, el Programa de Trabajo Decente

Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, y el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, la Declaración Ministerial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre la «creación de un entorno a escala nacional e internacional que propicie la generación del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, y sus consecuencias sobre el desarrollo sostenible», de 2006, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008.

³⁹ Art. 23.1.

de la OIT⁴⁰, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y los convenios fundamentales de la OIT que Canadá y los Estados miembros de la Unión Europea hayan ratificado respectivamente⁴¹.

A partir de ahí, el Tratado reconoce «el derecho de cada Parte a establecer sus prioridades laborales, a fijar sus niveles de protección laboral y a adoptar o modificar en consecuencia sus leyes y políticas, de forma coherente con sus compromisos laborales internacionales, incluidos los del presente capítulo». Asimismo, establece la obligación de «garantizar que dichas leyes y políticas contemplen y fomenten niveles elevados de protección laboral» y encomienda a las Partes seguir esforzándose por mejorar «dichas leyes y políticas con el objetivo de ofrecer un elevado nivel de protección laboral»⁴². Dicho de otra forma, el CETA parte del hecho de que los niveles de protección laboral y social en Canadá y Europa son relativamente elevados para los estándares internacionales, por lo que establece un doble límite, el básico garantizado por las obligaciones contraídas con la OIT; y el avanzado, garantizado por las respectivas regulaciones nacionales. Es más, encomienda a los Estados el objetivo de garantizar un «elevado nivel de protección social».

Pero, ¿qué mecanismos se prevén para que estos compromisos no se queden en papel mojado? De una parte, Canadá y la UE son conscientes de que una de las formas empleadas para fomentar el comercio o la inversión ha sido debilitando o reduciendo los niveles de protección que proporcionan las normas laborales. De ahí que en primer lugar se establezca que «ninguna de las Partes podrá no aplicar su legislación y sus normas laborales o hacer excepciones de las mismas, o bien ofrecer no aplicarlas o hacer excepciones, para fomentar el establecimiento, la adquisición, la expansión o la retención de una inversión en su territorio»⁴³. Asimismo, «ninguna de las Partes podrá, a través de una acción sostenida o repetida o por inacción, dejar de aplicar de manera efectiva su legislación y sus normas laborales como estímulo para el comercio o la inversión»⁴⁴.

Para garantizar que esto sea así, en segundo lugar, se prevén que sean las propias Administraciones públicas (a través fundamentalmente de la inspección de trabajo) y el poder judicial quienes se encarguen de velar por que se cumplan la legislación laboral en relación a los particulares⁴⁵. Los procedimientos administrativos o judiciales que se articulen no serán ni innecesariamente complicados, ni excesivamente gravosos, ni

⁴⁰ Que forma parte de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. En concreto se hace mención a los siguientes objetivos: a) la salud y la seguridad en el trabajo, incluida la prevención de lesiones o enfermedades profesionales y la indemnización en caso de lesión o enfermedad; b) el establecimiento de unas normas laborales mínimas aceptables para los asalariados, incluidos los no cubiertos por un convenio colectivo; así como c) la no discriminación en materia de condiciones de trabajo, incluso para los trabajadores migrantes.

⁴¹ Comprometiéndose a esforzarse «de forma continua y sostenida para ratificar los convenios fundamentales de la OIT, si todavía no lo han hecho». Art. 23.3.

⁴² Art. 22.2.

⁴³ Art. 23.4.2.

⁴⁴ Art. 23.4.3.

⁴⁵ Art. 23.5.

comportarán plazos injustificables o retrasos indebidos⁴⁶.

En tercer lugar, el Acuerdo, mostrando la preocupación reciente por la reacción de la opinión pública ante este tipo de tratados, prevé también mecanismos de información y sensibilización⁴⁷, a través del fomento «[d]el debate público con los agentes no estatales y entre ellos, en lo relativo al desarrollo y la definición de políticas que puedan conducir a la adopción de legislación y normas laborales por parte de sus autoridades públicas», fomentando «la concienciación pública de la legislación laboral y las normas, así como los procedimientos de control de la aplicación y cumplimiento» y «garantizando la disponibilidad de información y tomando medidas para conocer y comprender mejor a los trabajadores, los empresarios y sus representantes».

En cuarto lugar, se enuncian cinco grandes áreas de cooperación (aunque es un listado *numerus apertus*), en el que podrán participar tanto agentes sociales, como organismos internacionales y, en particular, la OIT. Tales áreas son: a) el intercambio de información sobre buenas prácticas; b) la cooperación en foros internacionales que traten cuestiones pertinentes para el comercio y el trabajo, en particular la OMC y la OIT; c) la promoción internacional y la aplicación efectiva de los principios y derechos fundamentales en el trabajo y de la Agenda del Trabajo Decente de la OIT; d) el dialogo y el intercambio de información sobre las disposiciones laborales en el marco de sus respectivos acuerdos comerciales y su aplicación; y e) la exploración de la colaboración en iniciativas relativas a terceros⁴⁸.

Por último, se crean un conjunto de mecanismos instrumentales muy del gusto europeo⁴⁹. En concreto, una oficina de contacto especializada en la cooperación y el intercambio de información, un comité especializado en desarrollo sostenible y un grupo de asesoramiento en materia laboral o de desarrollo sostenible (pudiéndose consultar a grupos nacionales alternativamente)⁵⁰. Además, para las cuestiones que puedan resultar conflictivas, se habilita a las partes para que puedan formular consultas que, en caso de que no fueran resueltas de forma satisfactoria, podrían decidirse por un grupo de

⁴⁶ En particular, el art. 23.5 garantiza los siguientes derechos: a) al informar a los demandados con una antelación razonable cuando se inicie un procedimiento, incluyendo una descripción de la naturaleza del procedimiento y del fundamento de la demanda; b) al ofrecer a las partes en el procedimiento una oportunidad razonable de apoyar o defender sus respectivas posturas, en particular presentando datos o pruebas, antes de que se tome una decisión final; c) al establecer que las decisiones finales se hagan por escrito y motivadas de forma adecuada al asunto y se basen en datos o elementos de prueba sobre los que se ofrezca a las partes en el procedimiento la posibilidad de ser oídas; y d) al ofrecer a las partes en un procedimiento administrativo una oportunidad de revisión y, si está justificado, de rectificación de las decisiones administrativas definitivas en un plazo razonable por un tribunal establecido por ley, con las debidas garantías de independencia e imparcialidad.

⁴⁷ Art. 23.6.

⁴⁸ Art. 23.7

⁴⁹ Art. 23.8

⁵⁰ Dichos grupos estarán formados por organizaciones independientes representativas de la sociedad civil con una representación equilibrada de empleadores, sindicatos, organizaciones patronales y de trabajadores, así como por otras partes interesadas pertinentes, si procede. Podrán presentar opiniones y formular recomendaciones sobre cualquier asunto relacionado con el presente capítulo por iniciativa propia.

expertos, que actúa como una especie de tribunal arbitral⁵¹. Sus resoluciones serán «vinculantes y de cumplimiento obligatorio»⁵². Nótese que este tipo de conflictos lo son entre las partes y, por consiguiente, distintos a los que pudieran surgir entre particulares, cuya resolución ya hemos explicado previamente.

IV. CONCLUSIONES.

Aunque la mayoría de los economistas insistan en que la liberalización del comercio es positiva para todos los sujetos implicados, esto no implica que no haya ganadores y perdedores. Entre estos últimos frecuentemente han estado determinados grupos de trabajadores que han visto, en el caso de los países desarrollados, empeorar sus condiciones laborales, cuando no perder directamente sus trabajos. Son estos efectos colaterales perversos, obviados probablemente porque se pensó que la compensación llegaría sola, los que explican el sentimiento de desafección que se observa en diversos países de nuestro entorno en relación a los tratados de libre comercio.

Para que los beneficios del comercio internacional sean repartidos y alcancen a todas las capas sociales es preciso la adopción de mecanismos que permitan que todos ganen. Entre estos instrumentos se encuentran las cláusulas laborales, disposiciones de muy diversa índole cuyo objetivo principal es evitar el deterioro de las condiciones de trabajo y de empleo entre las partes firmantes.

Su amplio potencial ha hecho que, poco a poco, se hayan ido generalizando y que estén presentes en la mayoría de los acuerdos internacionales de comercio e inversión que se firman cada año. Al margen de lo cuantitativo, en lo cualitativo también se observa una notable evolución, siendo muy amplia la gama de cláusulas que se encuentran en los textos internacionales, como los mecanismos previstos para garantizar su aplicabilidad, lo que incluye cada vez más herramientas que doten a estos acuerdos de más transparencia y propicien una mayor intervención de agentes sociales y organismos internacionales, como la OIT, entre otros sujetos implicados.

Su expansión ha propiciado que se les presté también cada vez más atención en el ámbito científico, alcanzando resultados ciertamente interesantes. Dos son las áreas principales. Por una parte, si su inclusión tiene algún tipo de incidencia sobre las transacciones comerciales. Por otra, si son verdaderamente efectivas en lo que hace al fin para el que fueron ideadas, la garantía de unas mejores condiciones laborales y de empleo.

Pues bien, en lo que hace a lo primero, sobre la base del análisis empírico, a nivel macro, no se ha encontrado evidencia que corrobore la afirmación de que inclusión cláusulas laborales reduzca o desvíe los flujos comerciales hacia países no signatarios del acuerdo.

⁵¹ Arts. 23.9 y 10. Éste último se encarga de regular todo el procedimiento de resolución de conflictos en este concreto ámbito.

⁵² Art. 23.11.

Dicho de otra forma, los acuerdos comerciales impulsan el comercio entre quienes los suscriben de forma similar, independientemente de la existencia de este tipo de cláusulas.

Por lo que respecta a lo segundo, los resultados indican que, en promedio, los acuerdos comerciales que incluyen cláusulas laborales inciden positivamente en la tasa de participación de la fuerza laboral, esto es, la población activa se incrementa, recibiendo una mayor proporción de población en edad de trabajar. Este incremento sería especialmente significativo en el caso de las mujeres.

No obstante, este desarrollo en lo que hace a su proliferación y a la atención creciente que se le presta desde el ámbito científico (y político e institucional) no ha servido, al menos por el momento, para disipar los temores que una parte importante de nuestras sociedades muestran hacia este tipo de acuerdos. El caso del CETA, el tratado de libre comercio entre la Canadá y la UE, es quizá el más significativo de entre los más recientes.

Del análisis de sus disposiciones en materia laboral del texto del Acuerdo, sin entrar en otros que lo acompañan, se deduce que tanto la Canadá como la UE no solamente han pretendido asegurar unas condiciones de trabajo mínimas, sino las más elevadas ya alcanzadas en sus respectivas sociedades. En particular, el objetivo fundamental es los costes laborales no sean empleados por las partes como mecanismo de atracción del comercio y la inversión, dejándolos a un lado.

Los mecanismos previstos para alcanzar estos objetivos son ciertamente muy variados y concretos, si bien no alcanzan los últimos estadios de evolución, que precisamente Canadá y EEUU han puesto en marcha, y que consistirían en la imposición de sanciones económicas para el caso de incumplimientos. Solamente la práctica del día a día demostrará si son eficaces y lo suficientemente ágiles como para ser modificados en la dirección necesaria de forma oportuna.

Desde un prisma más general, las cláusulas laborales en los acuerdos comerciales internacionales ponen al descubierto los déficits del desarrollo económico y subrayan la oportunidad actual del papel tradicional de la Ley laboral. El Derecho del trabajo nació con el objetivo de poner límite a los abusos que el simple interés empresarial, sin la más mínima limitación, producía. Buena parte de los problemas derivados de la globalización o, simplemente, de la última crisis económica, han venido dados precisamente por la falta de regulación y límites. Es probable que las cláusulas aquí estudiadas, como tantos otros ejemplos en el amplio y muy vacío Derecho del trabajo internacional (o supranacional) contribuyan a compensar en buena medida estos graves desequilibrios.

BIBLIOGRAFÍA

CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos marco internacionales: de la responsabilidad Social Empresarial a la autonomía colectiva transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GORDO GONZÁLEZ, L.: *La representación de los trabajadores en las empresas transnacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

KRUGMAN, P. R.: “New Thinking about Trade Policy”, en Krugman, Paul R. (ed.) *Strategic Trade Policy and the New International Economics*, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), 1986, pp. 1-22.

OIT: *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Arrangements.*, ILO, Geneva, 2016.

OIT: *Dimensiones sociales de los acuerdos de libre comercio*, International Labour Office, Geneva, 2013.

OIT: *Handbook on assessment of labour provisions in trade and investmmt arrangements*, OIT, Geneva, 2016.

OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo 2009*, International Labour Office, Geneva, 2010.

RICARDO, D.: *Principios de economía política y tributación*, Pirámide, Madrid, 2003.

STIGLITZ, J. E.: *Microeconomía*, 2ª Edición inglesa, Ariel, Barcelona, 2001.

UNCTAD (ed.): *Investor nationality: policy challenges*, United Nations, New York Geneva, 2016.



A PARASSUBORDINAÇÃO COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO

PARASUBORDINATION (QUASI-SUBORDINATION) AS A KIND OF DISCRIMINATION

DRA. LORENA VASCONCELOS PORTO

Procuradora del Ministerio Público del Trabajo en Brasil

Doctorado en Autonomía Individual y Autonomía Colectiva en la Universidad de Roma
“Tor Vergata”

Profesora Titular del Centro Universitario UDF en Brasil.

loreporto@yahoo.com.br

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo da parassubordinação no Direito do Trabalho. Primeiramente, busca-se delimitar esse conceito no Direito italiano, analisando-se as alterações legislativas ocorridas na matéria nos últimos anos. Em seguida, a partir do estudo da evolução doutrinária e jurisprudencial do conceito de subordinação, busca-se demonstrar que a parassubordinação conduz à redução desse último à sua acepção clássica e restrita, pois é a única forma de diferenciá-las. Evidencia-se, ainda, a insuficiência dos direitos e garantias trabalhistas aplicáveis aos parassubordinados, os quais são muito inferiores, quantitativa e qualitativamente, àqueles previstos para os trabalhadores subordinados. Em razão disso, e com base na atual acepção do princípio da isonomia, demonstra-se que a parassubordinação configura verdadeira discriminação, pois não há razão objetiva suficiente para que se proceda à referida diferenciação entre parassubordinados e subordinados.

PALAVRAS CHAVE: parassubordinação; Direito do Trabalho; Direito comparado; discriminação.

ABSTRACT: This article aims to study parasubordination (quasi-subordination) in labour law. Firstly we present the concept of parasubordination in italian law and we discuss legislative modifications developed in this matter lately. After we study how the concept of subordination has been developed in jurists and case law in order to show that parasubordination causes the reduction of subordination into its traditional and restricted concept. It happens because it's the only way to distinguish parasubordination from subordination. We also demonstrate that labour rights and guarantees held by parasubordinate workers are insufficient and inferior when compared to subordinate workers. For this reason and based on the principle of equality we demonstrate that parasubordination is actually a kind of discrimination because there isn't an objective and sufficient reason to distinguish parasubordination from subordination.

KEY WORDS: Parasubordination; Labour law; Comparative law; Discrimination.

FECHA DE ENTREGA: 25/11/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 09/01/2017.

SUMARIO: I. INTRODUÇÃO.- II. O CONCEITO DE PARASSUBORDINAÇÃO NO DIREITO ITALIANO.- III. OS VERDADEIROS EFEITOS DA PARASSUBORDINAÇÃO.- IV. A INSUFICIÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS APLICÁVEIS AOS PARASSUBORDINADOS. V. A PARASSUBORDINAÇÃO COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO.- VI. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO.

O conceito de subordinação é essencial para o Direito do Trabalho, pois é decisivo para a afirmação da existência da relação de emprego. Nesse sentido, ele representa a “chave de acesso” aos direitos e garantias trabalhistas, os quais, em regra, são assegurados em sua plenitude apenas aos empregados.

Na época do surgimento do Direito do Trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, o modelo econômico vigente – centrado na grande indústria – engendrou relações de trabalho de certo modo homogêneas, padronizadas. O operário trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador (ou de seu preposto), que lhe dava ordens e vigiava o seu cumprimento, podendo eventualmente puni-lo. Essa relação de trabalho, de presença hegemônica na época, era o alvo da proteção conferida pelo nascente Direito do Trabalho. Desse modo, foi com base nela que se construiu o conceito de contrato (e relação) de trabalho e, por conseguinte, o do seu pressuposto principal: a subordinação.

Assim, esse conceito foi identificado com a presença constante de ordens intrínsecas e específicas, com a predeterminação de um horário rígido e fixo de trabalho, com o exercício da prestação laborativa nos próprios locais da empresa, sob a vigilância e controle assíduos do empregador e de seus prepostos. Trata-se da acepção clássica ou tradicional da subordinação, que podemos sintetizar como a sua plena identificação com a ideia de uma heterodireção patronal, forte e constante, da prestação laborativa, em seus diversos aspectos.

A adoção do critério da subordinação jurídica, em sua matriz clássica, levava a excluir do campo de incidência do Direito do Trabalho vários trabalhadores que necessitavam da sua tutela, mas que não se enquadravam naquele conceito parcial e restrito. Conforme assinalavam alguns críticos, este não cumpria plenamente a sua finalidade essencial, pois não era capaz de abranger todos os trabalhadores que necessitavam –objetiva e subjetivamente– das tutelas trabalhistas.

Por essa razão, a jurisprudência, impulsionada pela doutrina, em notável atividade construtiva, acabou por ampliar o conceito de subordinação, e, conseqüentemente, expandiu o manto protetivo do Direito do Trabalho, ao longo do século XX e até meados do final da década de 1970. Esse período coincidiu com a própria “era de ouro” do

capitalismo nos países desenvolvidos ocidentais, nos quais foram consolidados modelos de Estados de Bem-Estar Social¹.

As transformações ocorridas nas últimas décadas, notadamente os avanços tecnológicos, a reestruturação empresarial e o aumento da competitividade, inclusive no plano internacional, geraram mudanças no mundo do trabalho. Um número cada vez maior de relações trabalhistas -sobretudo aquelas presentes nos novos setores, como as prestações de serviços nos campos da informação e da comunicação-, se afasta progressivamente da noção tradicional de subordinação, apresentando, aparentemente, traços de autonomia. Do mesmo modo, o poder empregatício se exerce de maneira mais sutil, indireta, por vezes quase imperceptível.

Em razão dessa aparente autonomia, tais trabalhadores não se enquadram na noção tradicional de subordinação, sendo qualificados como autônomos. O resultado é que eles continuam sem liberdade real, como no passado, mas passam a ter que suportar todos os riscos advindos da sua exclusão das tutelas trabalhistas. Percebe-se, assim, que a manutenção do conceito tradicional de subordinação leva a grandes distorções, comprometendo a própria razão de ser e missão do Direito do Trabalho. Por isso a ampliação desse conceito é uma necessidade premente e inadiável.

Todavia, paradoxalmente, no momento em que a expansão da subordinação se tornou mais imprescindível, ela passou a ser restringida, reduzida, por obra da jurisprudência, do legislador e da doutrina. Essa tendência, observada, sobretudo, a partir do final da década de 1970, se insere em um fenômeno ainda maior –a tentativa de desregulamentação do Direito do Trabalho– que encontra fundamento na ascensão e hegemonia da doutrina ultraliberal, ocorrida na mesma época².

II. O CONCEITO DE PARASSUBORDINAÇÃO NO DIREITO ITALIANO.

Nesse contexto, destaca-se a criação da figura do trabalhador parassubordinado na Itália e de figuras análogas em outros países europeus. Trata-se, em linhas gerais, de trabalhadores que, embora não sejam subordinados (são juridicamente autônomos), são hipossuficientes, pois dependem economicamente do tomador dos seus serviços. Em razão disso, fazem jus a alguns dos direitos previstos pelas legislações trabalhista e previdenciária. À primeira vista, trata-se de um avanço, pois se confere uma maior proteção a trabalhadores que dela não gozavam. Tratar-se-ia da ampliação do âmbito

¹ Vide GODINHO DELGADO, M., VASCONCELOS PORTO, L. (org.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2007. Os franceses denominam esse período (três décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial) de “os trinta anos gloriosos” (“les trente glorieuses”), ao passo que os anglo-americanos preferem a expressão “era de ouro” ou “anos dourados”.

² A doutrina ultraliberal teve vitórias eleitorais importantes na época, em países-chave do sistema capitalista, a saber, Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha, por meio dos Governos de Margaret Thatcher, Ronald Reagan e Helmut Kohl, respectivamente.

pessoal de incidência de algumas normas trabalhistas, conforme sustentam os seus defensores. Na realidade, todavia, o efeito produzido é exatamente o contrário.

A figura da parassubordinação, embora encontre a maior elaboração legislativa, jurisprudencial e doutrinária na Itália, pode também ser encontrada em outros países europeus, embora em menor extensão e com diversa configuração. Na maioria dos casos, apresenta-se sob a forma da aplicação parcial (na verdade, bastante restrita) do Direito do Trabalho a trabalhadores considerados juridicamente autônomos, mas economicamente dependentes³.

A relação de trabalho parassubordinado foi definida pela primeira vez no Direito italiano pelo art. 2º da Lei n. 741, de 1959, o qual mencionava “relações de colaboração que se concretizem em prestação de obra continuada e coordenada”. Posteriormente, foi prevista pelo art. 409, §3º, do Código de Processo Civil (CPC), com a reforma efetuada pela Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973. Esse dispositivo estendia o processo do trabalho às controvérsias relativas a “relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem em uma prestação de obra continuada e coordenada, prevalentemente pessoal, ainda que de caráter não subordinado”.

O Decreto-Legislativo (DL) n. 276, de 2003, conhecido como “Decreto Biagi”, em seu art. 61, ao prever a figura do trabalho parassubordinado a projeto, faz referência ao art. 409, §3º, do CPC, mencionando expressamente as “relações de colaboração coordenada e continuada, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação”, mais conhecidas como “co.co.co.”.

Com a edição do “Decreto Biagi”, as relações de trabalho parassubordinado, para serem válidas, deveriam se enquadrar em um “contrato de trabalho a projeto”, o qual ficou conhecido como “co.co.pro.” (colaboração coordenada continuada a projeto). Todavia, foi excluída da nova disciplina uma série de hipóteses, como os colaboradores da Administração Pública, para os quais ainda era válida a estipulação de relações de colaboração continuada e coordenada fora do âmbito do contrato a projeto, e, assim, por tempo indeterminado.

Na essência, a diferença entre a “co.co.co.” e a “co.co.pro.” era que nessa última o tomador de serviços deveria especificar o “projeto” em que o trabalhador iria atuar. Todavia, a noção de projeto era extremamente ampla, vaga e imprecisa, permitindo o enquadramento das mais diversas atividades e modalidades de execução. Além disso, não havia no DL n. 276/03 uma norma que proibisse a renovação continuada do “co.co.pro.”, o que possibilitava a “perpetuação” dessa forma contratual precária, por meio de uma série de renovações encadeadas uma à outra, indefinidamente, inclusive em relação a projetos ou programas análogos⁴.

³ Vide VASCONCELOS PORTO, L.: A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária, LTr, São Paulo, 2009.

⁴ PERULLI, A.: “Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2006, núm. 4º, pp. 747-748.

Por fim, o “co.co.pro.” acabou sendo revogado pelo art. 52 do Decreto-Legislativo (DL) 81, de 2015, emanado no contexto da reforma denominada “Jobs Act”, restando o “co.co.co.” para o setor privado, além da Administração Pública.

O DL 81, de 2015, também previu, em seu art. 2º, §1º, com vigência a partir de 01.01.2016, um tipo de trabalho parassubordinado ao qual se aplica toda “a disciplina da relação de trabalho subordinado”. Esse tipo é composto por vários elementos, sendo que os primeiros são comuns ao “co.co.co.”, os quais veremos adiante, mas com a substituição do critério da prevalência pela exclusividade, de modo que o trabalhador não pode contar com a ajuda de outras pessoas. Os demais elementos consistem nas “modalidades de execução organizadas pelo tomador de serviços inclusive quanto ao horário e ao local de trabalho”. Desse modo, a “coordenação”, que caracteriza o “co.co.co.”, é substituída pela “organização”. Segundo a doutrina italiana, caso esteja ausente um dos elementos que caracteriza esse novo tipo, como a heterodeterminação do horário de trabalho, aplica-se a disciplina do “co.co.co.”, e não do trabalho subordinado⁵.

Desse modo, atualmente, há dois tipos de relação de trabalho parassubordinado: o “co.co.co.”, previsto no art. 409, §3º, do CPC, e caracterizado essencialmente pela “colaboração” (art. 52 do DL 81/2015), como veremos, e a relação de trabalho parassubordinado prevista no art. 2º, §1º, do DL 81/2015, à qual se aplica a disciplina do trabalho subordinado e é caracterizada pelo poder diretivo do tomador de serviços inclusive quanto ao horário e local de trabalho. No caso dessa relação de trabalho parassubordinado, há quatro hipóteses em que não se aplica a disciplina do trabalho subordinado: os setores nos quais os acordos coletivos preveem uma disciplina específica (v.g., no teleatendimento); os trabalhadores intelectuais inscritos em um conselho profissional; os trabalhadores que integram os órgãos administrativos e de controle das sociedades; e os trabalhadores das sociedades esportivas amadoras (art. 2º, §2º, do DL 81/2015).

Esse tipo de relação de trabalho parassubordinado previsto no art. 2º, §1º, do DL 81/2015, não poderá ser utilizado pela Administração Pública a partir de 01.01.2017 e, de todo modo, a esses contratos não se aplica a disciplina do trabalho subordinado (art. 2º, §3º, do DL 81/2015)⁶.

Segundo o entendimento majoritário, qualquer prestação laborativa pode se enquadrar no tipo da parassubordinação, desde que apresente os seus pressupostos ou requisitos: a coordenação, a continuidade e a prevalente pessoalidade. O requisito da prevalência (e

⁵ VALLEBONA, A.: *Breviario di Diritto del Lavoro*, G. Giappichelli, Torino, 2015, pp. 194-195. Vide também CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T.: *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, Torino, 2016, pp. 61-64.

⁶ Ressalta-se que, a partir de 01.01.2016, os empregadores que assumam com contratos de trabalho subordinado por tempo indeterminado os trabalhadores já contratados como co.co.co ou co.co.pro., que tenham firmado com tais trabalhadores uma conciliação assistida relativa a “todas as possíveis pretensões referentes à qualificação da relação de trabalho anterior” e não rescindam o contrato de trabalho nos próximos doze meses, salvo por justa causa ou por justificado motivo subjetivo, têm direito à extinção dos ilícitos administrativos, previdenciários e fiscais relativos à qualificação incorreta da relação de trabalho (art. 54 do DL 81/2015).

não exclusividade) da atividade pessoal é compatível com a utilização de meios técnicos e de colaboradores, desde que a prestação do interessado permaneça decisiva e não limitada à mera organização de bens, instrumentos e do trabalho alheio. Observa-se que a atenuação do requisito da pessoalidade já havia sido prevista pelo legislador italiano no próprio seio da relação de emprego, no que tange ao trabalhador em domicílio, que não deixa de ser empregado pelo fato de contar com a colaboração acessória de membros da sua família (art. 1º da Lei n. 877/1973). Assim, não se trata de um elemento com base no qual é possível diferenciar a parassubordinação da subordinação.

No que tange à continuidade, ela é entendida como a estabilidade, a não eventualidade e a reiteração no tempo da prestação. Não é necessária uma repetição ininterrupta de encargos, sendo suficiente, por exemplo, um único contrato de duração razoável, pois o que conta é a permanência no tempo da colaboração. Considera-se, assim, excluído o requisito no caso de execução de uma obra isolada ou episódica.

O requisito mais difícil de ser interpretado e definido é a coordenação da atividade do prestador, a qual constitui o cerne, a pedra de toque da parassubordinação, diferenciando-a da subordinação. De acordo com o entendimento jurisprudencial, a coordenação consiste na “sujeição do prestador às diretrizes do tomador com relação às modalidades da prestação, sem, todavia, que ela se transforme em regime de subordinação”. Assim, a coordenação pode se exteriorizar nas formas mais variadas, incidindo, inclusive, sobre o conteúdo, o tempo e o lugar da prestação laborativa, desde que não se transforme na heterodeterminação dessa última, mediante ordens e controles penetrantes sobre as suas modalidades de execução, pois que, nesse caso, resta configurada a subordinação⁷.

III. OS VERDADEIROS EFEITOS DA PARASSUBORDINAÇÃO.

Percebe-se, assim, que, no fim das contas, a distinção entre as duas hipóteses – subordinação e parassubordinação – se baseia na intensidade do poder diretivo do tomador de serviços. Quando este é mais intenso e constante, determinando em detalhes o conteúdo da prestação (além de aspectos relativos ao tempo e lugar em que esta ocorre) está-se diante da subordinação; quando o poder diretivo é menos intenso, expressando-se por meio de instruções mais genéricas, configura-se a parassubordinação.

Assim, a plena diferenciação entre os dois conceitos somente é possível caso se adote uma concepção mais restrita de subordinação, que a identifique com a heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa em seus diversos aspectos, o que corresponde à noção clássica ou tradicional do conceito. De fato, caso se adote uma aceção mais ampla e extensiva de subordinação, as duas figuras acabam se confundindo.

Desse modo, a introdução legislativa da parassubordinação levou a doutrina e a jurisprudência dominantes a identificarem a subordinação com a sua aceção clássica e restrita, pois é a única forma de diferenciá-las. Passaram a ser enquadrados como

⁷ PROTO PISANI, A.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1999, p. 852.

parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam considerados subordinados, verdadeiros empregados, fazendo jus não apenas a alguns poucos, mas a todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Por outro lado, a parassubordinação atua como obstáculo à expansão do conceito de subordinação, pois esta levará à sobreposição das duas figuras, tornando inócuos os dispositivos legais que a introduziram.

A parassubordinação, na realidade, encobre ou mascara a redução operada no conceito de subordinação. Quando se afirma que o trabalhador é parassubordinado, é como se dissesse que, sem essa figura, ele seria considerado autônomo, não tendo direito trabalhista algum, então aquela propicia ao menos que lhe sejam conferidas algumas tutelas. Mas, na verdade, se a parassubordinação não existisse, ele seria considerado um empregado, sendo protegido integralmente – e não parcial e insuficientemente – pelo Direito do Trabalho.

Ressalta-se que a alteração promovida pelo DL 81/2015 somente agravou a situação. Em primeiro lugar, revogou-se a necessidade do projeto (“co.co.pro”), facilitando, assim, o recurso ao trabalho parassubordinado no setor privado. Por outro lado, o tipo de relação de trabalho parassubordinado à qual se aplica a disciplina do trabalho subordinado é, na verdade, uma típica relação de emprego na qual está presente a subordinação em sua acepção clássica, pois exige a heterodeterminação do horário e do local de trabalho. Desse modo, nesse ponto, a norma se mostra inócua, desnecessária. Todavia, pode-se afirmar que a situação foi agravada, pois o DL 81/2015 exclui expressamente determinadas hipóteses da aplicação da disciplina do trabalho subordinado. Em outras palavras, pretende o legislador excluir dessa disciplina relações de trabalho em que há a subordinação em sua acepção clássica, o que vai de encontro, inclusive, ao entendimento já consagrado pela Corte Constitucional italiana⁸.

IV. A INSUFICIÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS APLICÁVEIS AOS PARASSUBORDINADOS.

Os direitos trabalhistas aplicáveis aos trabalhadores parassubordinados formam um conjunto bastante modesto, sendo muito inferior, quantitativa e qualitativamente, àquele previsto para os empregados. Tais direitos compreendem: aplicação do processo do trabalho (art. 409, §3º, do CPC); da disciplina especial sobre os juros e correção monetária dos créditos trabalhistas (art. 429, §3º, do CPC); da disciplina das renúncias e transações (art. 2113, do Código Civil de 1942); do regime fiscal do trabalho subordinado (art. 47, §1º, “c” bis, do Decreto n. 917, de 1986). Inclui ainda: a cobertura previdenciária da

⁸ Na decisão n. 121, de 1993, a Corte Constitucional italiana firmou o entendimento de que não é possível “ao legislador negar a qualificação jurídica de relação de emprego a relações que objetivamente tenham essa natureza, quando disso derive a inaplicabilidade das normas inderrogáveis previstas pelo ordenamento para dar atuação aos princípios, às garantias e aos direitos ditados pela Constituição para a tutela do trabalho subordinado”. O mesmo entendimento foi expresso na decisão n. 115, de 1994, da mesma Corte. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it>. Acesso em: 02 ago. 2016. Tradução nossa.

aposentadoria⁹ e da maternidade¹⁰ e os auxílios familiares¹¹ (art. 2º, §26 e ss., da Lei n. 335, de 1995; art. 1º, §212 e ss., da Lei n. 662, de 1996; art. 59, §16, da Lei n. 449, de 1997; art. 80, §12, da Lei n. 388, de 2000; art. 64 do DL n. 151, de 2001); o seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais (art. 5º do DL n. 38, de 2000) e o reconhecimento da liberdade sindical e do direito de greve¹².

Com exceção dos direitos acima citados, não se aplicam aos parassubordinados as tutelas previstas pela ordem jurídica aos empregados¹³, tais como: o direito a uma remuneração suficiente, previsto pelo art. 36, §1º, da Constituição¹⁴; o direito à correção monetária e ao privilégio em relação aos juros, após a abertura do procedimento de execução concursal¹⁵; o direito previsto no art. 2126, do Código Civil de 1942 (CC/42), que consagra a denominada teoria trabalhista das nulidades, assegurando ao trabalhador a percepção de todos os direitos relativos ao período em que prestou a sua atividade, anteriormente à invalidação do contrato¹⁶; o direito previsto no art. 2125, do CC/42 (conforme entendimento jurisprudencial majoritário), que impõe limites ao estabelecimento do pacto de não concorrência, relativo a período posterior à cessação do contrato de trabalho; direito à disciplina sobre as funções laborativas prevista no art. 2103, do CC/42¹⁷.

⁹ O trabalhador parassubordinado deve se inscrever em uma gestão específica junto ao INPS, financiada por contribuições, na razão de 2/3 a cargo do tomador e 1/3 a cargo do trabalhador, que são recolhidas pelo primeiro. In CGIL.: *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*, CGIL, Roma, 2006, p. 36.

¹⁰ Durante a licença-maternidade, de 5 meses, a trabalhadora recebe um benefício previdenciário, correspondente a 80% da renda média diária por ela percebida, e lhe é permitido trabalhar. O valor desse benefício acaba sendo muito baixo, vez que calculado sobre a remuneração da trabalhadora parassubordinada que, em média, é baixa, pois não é garantida pelo princípio da suficiência da remuneração (art. 36, §1º, da Constituição). Por isso até se permite que ela trabalhe durante a licença, vez que é a forma de integrar a sua renda, para que esta atinja um patamar suficiente.

¹¹ Os auxílios ao núcleo familiar são ajudas econômicas às famílias de baixa renda. Para a sua percepção, no caso do parassubordinado, é necessário que ao menos 70% da renda da família seja oriunda desse trabalho.

¹² VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 19-20.

¹³ Gianni Loy observa que “a denominada ‘colaboração coordenada e continuada’ é uma forma de trabalho autônomo, quase carente de tutela, que em poucos anos alcançou, na Itália, o número de dois milhões e meio de contratos, dos quais mais da metade configura uma indiscutível relação de caráter subordinado”; trata-se, assim, de “uma forma de trabalho que, na realidade, acabou por legalizar o uso de um contrato autônomo em atividades típicas do trabalho subordinado (...) a transformação de trabalhadores subordinados em trabalhadores autônomos quase que os priva por completo de toda a proteção”. LOY, G.: “El dominio ejercido sobre el trabajador”, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 2005, núm. 2º, pp. 175-176. Tradução nossa.

¹⁴ Esse entendimento foi firmado pela Corte de Cassação, como nas decisões n. 2491, de 17 de abril de 1984; n. 224, de 16 de janeiro de 1986; n. 1245, de 09 de março de 1989; n. 3532, de 27 de abril de 1990; n. 13941, de 21 de outubro de 2000, bem como pela Corte Constitucional, na decisão n. 121, de 29 de março de 1993. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

¹⁵ Vide a decisão da Corte Constitucional n. 226, de 20 de abril de 1989. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

¹⁶ Vide decisões da Corte de Cassação nas decisões n. 1613, de 1989; n. 9277, de 03 de setembro de 1993; n. 8471, de 21 de junho de 2000; n. 12259, de 27 de novembro de 1995; e n. 3496, de 25 de março de 1995. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

¹⁷ Esse dispositivo prevê que devem ser atribuídas ao trabalhador as funções para as quais ele foi

Também não se aplicam aos parassubordinados: o impedimento do curso do prazo prescricional durante a vigência da relação de trabalho¹⁸; os privilégios previstos pela ordem jurídica aos créditos do empregado sobre os bens do empregador¹⁹; o seguro-desemprego²⁰; a tutela da atividade sindical nos locais de trabalho, fortemente assegurada pelo Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 300, de 1970)²¹; o direito à formação, de modo que, caso queiram se manter atualizados e competitivos no mercado de trabalho, são obrigados a custeá-la.

Além de ser excluído de todos os direitos acima mencionados, o parassubordinado também não conta com a proteção contra a dispensa imotivada, podendo o seu contrato ser cessado “ad nutum”, conforme ressaltado pela Corte de Cassação na decisão n. 4.849, de 25 de maio de 1996²².

Há de se mencionar, ainda, as restrições normativas impostas aos parassubordinados no que tange à denominada “totalização das contribuições para a aposentadoria”. Por meio desta, os diferentes períodos de trabalho nos quais foi recolhido um certo número de contribuições a diversas caixas previdenciárias são somados para se obter uma única aposentadoria. Os parassubordinados inscritos na gestão específica do INPS podem requerer a totalização, desde que: tenham no mínimo 20 anos de contribuição e 65 anos de idade ou 40 anos de contribuição independentemente da idade; o pedido de totalização deve ser relativo a todos os períodos de contribuição, em sua integralidade; é possível totalizar os períodos de contribuição em cada caixa previdenciária apenas se iguais ou superiores a 6 anos. Considerando que a atividade dos parassubordinados é caracterizada por períodos de não trabalho e, assim, de ausência de contribuições, na prática, esses vínculos e limites impostos pela lei excluem grande parte desses obreiros do direito à totalização²³.

Desse modo, levando em conta as restrições acima descritas, aliadas à baixa remuneração desses trabalhadores, à descontinuidade na carreira, às jornadas de trabalho reduzidas e,

contratado e, no caso de atribuição de funções superiores, ele tem direito ao tratamento normativo correspondente à atividade efetivamente exercida. Além disso, o obreiro não pode ser transferido de uma unidade produtiva a outra senão por comprovadas razões técnicas, organizativas e produtivas. Todo pacto contrário a esse dispositivo é considerado nulo. Essa norma de grande relevo não se aplica aos parassubordinados, como afirmado pela Corte de Cassação na decisão n. 3089, de 03 de abril de 1996. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

¹⁸ Vide a decisão da Corte de Cassação n. 13323, de 25 de outubro de 2001. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

¹⁹ O privilégio geral sobre os bens móveis do patrão, previsto no art. 2751bis, §1o, do CC/42, foi considerado inaplicável aos parassubordinados pela Corte de Cassação, na decisão n. 2420, de 21 de março de 1996. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

²⁰ CGIL: *Lavoro nero*, cit., p. 39.

²¹ A ação de repressão à conduta anti-sindical (art. 28, do Estatuto dos Trabalhadores), por exemplo, não se aplica aos parassubordinados, consoante o entendimento esposado pela Corte Constitucional na decisão n. 241, de 17 de dezembro de 1975. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/>. Acesso em 10 ago. 2016.

²² No mesmo sentido é a decisão do Tribunal de Avezano, de 31 de janeiro de 2006, F.C. v. Regione Abruzzo. REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2006, Il Foro Italiano, Roma, 2007, p. 1570.

²³ CGIL: *Lavoro nero*, cit., p. 39-40.

consequentemente, à limitação no valor das contribuições previdenciárias recolhidas, é difícil que os parassubordinados consigam se aposentar de forma decente, com a percepção de um provento de valor razoável²⁴.

O trabalho parassubordinado, sendo destituído de tutelas fundamentais, mostra-se bastante conveniente aos olhos do empregador. Ele acaba servindo de “via de fuga” da relação de emprego e da consequente aplicação das normas trabalhistas²⁵. Não por acaso, a “Confederazione Generale Italiana del Lavoro” (CGIL), maior central sindical italiana, é contrária à parassubordinação, pois os empregadores terão, evidentemente, todo o interesse em recorrer a esses colaboradores, cujo custo atualmente é cerca da metade daquele ligado à relação de emprego. O grande risco – que se está concretizando – é a multiplicação desses “falsos autônomos”, que irão aumentar ainda mais as fileiras dos “trabalhadores pobres” (“working poors”)²⁶.

V. A PARASSUBORDINAÇÃO COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO.

Dessa forma, com exceção dos direitos acima citados, não se aplicam aos trabalhadores parassubordinados as tutelas previstas pela ordem jurídica aos empregados. A Corte Constitucional italiana, em especial nas decisões n. 226, de 20 de abril de 1989, e n. 365, de 24 de julho de 1995, considerou essa enorme disparidade de tratamento legítima em razão da diversidade dos tipos legais da subordinação e da parassubordinação. Todavia, como vimos acima, trata-se de uma diversidade artificialmente (senão artificiosamente) construída, a partir da clara redução do conceito de subordinação. Além disso, essa suposta diferença entre as duas figuras não é um motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas, o que configura, em verdade, violação ao princípio da isonomia, consagrado pelas Constituições democráticas.

O princípio da isonomia, de acordo as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça e consiste na interdição do arbítrio. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da

²⁴ CGIL: *Lavoro nero*, cit., p. 41.

²⁵ Vide CALZARONI, M., RIZZI, R., TRONTI, L.: “L’uso dei collaboratori coordinativi e continuati da parte delle imprese italiane: evidenze statistiche dalle fonti amministrative”, *Economia & Lavoro*, 2004, núm. 2º-3º, pp. 79-89.

²⁶ “Pesquisas realizadas nos países europeus confirmaram que a origem do trabalho autônomo economicamente dependente se encontra no próprio trabalho subordinado clássico (...) as empresas utilizam o ‘outsourcing’ para atividades que anteriormente eram exercidas por trabalhadores subordinados (...) sobretudo no setor dos serviços (restaurantes, hotel, alimentação, mídia, ITC, marketing, propaganda, mundo artístico, espetáculos, administração e contabilidade, serviços sociais), mas também em setores mais tradicionais como os transportes, a construção civil e o trabalho em domicílio”. De fato, em muitos casos, o “trabalho autônomo é certamente uma condição profissional imposta ao sujeito. Na literatura alemã falou-se em trabalhadores autônomos de ‘terceira geração’ para indicar aqueles obreiros da ex-Alemanha Oriental obrigados a tentar a aventura da autonomia após a unificação (...) Evidentemente esses trabalhadores entram no quadro de uma ‘economia da necessidade’ e não naquele de uma economia da autorealização”. PERULLI, A.: “Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2003, núm. 1º, pp. 225-226 e 229. Tradução nossa.

democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariade do legislador: “os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, conseqüentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio”²⁷. De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário “numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva”²⁸.

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, a paridade ou a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920. Em uma decisão do “Reischgericht”, de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que “uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia”²⁹.

A doutrina de Leibholz, no entanto, veio realmente a ser consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que: “O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária”. A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida³⁰.

Consoante a jurisprudência alemã, a ideia de “razão objetiva suficiente”, como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença, quanto a igualdade de tratamento, devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como “a obrigação de não tratar o que é essencialmente

²⁷ “O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, ‘justo’), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época (...) a justiça, como outros valores, está indissolúvelmente ligado à própria vida social (...) encontrando-se em perpétua evolução”. MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 78 e 80.

²⁸ LEIBHOLZ: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlim, 1925, p. 91 apud MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade*, cit., p. 80.

²⁹ *Entsch. des Reichsgerichts in Ziv.*, t. 111, pp. 320 e ss. apud MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade*, cit., p. 82.

³⁰ “Vimos já, aliás, que para Leibholz o princípio da igualdade significava a proibição do arbítrio, assim como já adiantámos que após 1949 a jurisprudência alemã actuou no mesmo sentido”. MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade*, cit., pp. 84-86.

igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual”³¹.

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de constitucionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil, a Alemanha e a Itália, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para criar a figura do trabalhador parassubordinado, atribuindo-lhe um patamar de tutelas inferior àquele garantido aos empregados.

Como vimos, a diferença entre as duas categorias reside na heterodireção forte (sujeição do trabalhador a ordens patronais constantes e específicas, acerca dos diversos aspectos da prestação laborativa), que estaria presente na relação de emprego, mas não na relação de trabalho parassubordinada. Ora, essa diferença não justifica a disparidade de tratamento, pois a razão de ser das tutelas trabalhistas reside não nesse elemento, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente tanto nas relações empregatícias, quanto naquelas parassubordinadas. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com consequente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio – que é assegurado pelas atuais Constituições democráticas, como a brasileira, a alemã e a italiana – deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Nesse sentido, ao criar a figura da parassubordinação, com a correlata atribuição de um patamar inferior de direitos, o legislador viola o princípio da isonomia, e, consequentemente, a própria Constituição. Por isso afirmamos que uma eventual lei que introduzisse essa figura no Direito brasileiro seria inconstitucional, por violação direta a esse princípio, consagrado pelo art. 5º, caput, da Carta Magna de 1988. Configuraria verdadeira discriminação, a qual é vedada expressamente pela Lei Maior em seu art. 3º, IV. Cumpre notar que esse dispositivo constitucional traz uma noção ampla de discriminação, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados (origem, raça, sexo, cor e idade), mas abrange “quaisquer outras formas de discriminação”.

Nesse diapasão, o art. 1º da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que em sua redação original previa um rol aparentemente taxativo, foi alterado pela Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), passando a contemplar um rol

³¹ A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: “desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular”. MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade*, cit., pp. 85 e 87.

expressamente exemplificativo³². De todo modo, esse dispositivo legal, em sua redação original, já vinha sendo interpretado pela doutrina mais avançada em conformidade com o art. 3º, IV, de maneira a considerar meramente exemplificativo o rol nele previsto³³.

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma “conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”³⁴.

Por meio da parassubordinação, atribui-se a determinados trabalhadores um patamar de tutelas bastante inferior àquele assegurado aos empregados, sem um motivo suficiente para justificá-lo, o que configura verdadeira discriminação. De fato, a razão de ser das normas trabalhistas não é a presença de uma heterodireção patronal forte e constante sobre a prestação laborativa, mas sim a hipossuficiência do obreiro. Esta se faz presente tanto no caso dos empregados, quanto na hipótese dos trabalhadores parassubordinados, razão pela qual a diferença de tratamento entre eles não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

VI. CONCLUSÃO.

Pelo exposto, resta claro que a parassubordinação gerou resultados diametralmente opostos àqueles sustentados por seus defensores. Estes afirmavam que ela seria uma forma de estender parte da proteção do Direito do Trabalho a trabalhadores autônomos, que dela são excluídos. Mas, na verdade, ela ocasionou a restrição do conceito de subordinação, reduzindo-o à sua noção clássica ou tradicional. Disso resultou que trabalhadores tradicionalmente –e pacificamente– enquadrados como empregados passaram a ser considerados parassubordinados, sendo, assim, privados de direitos e garantias trabalhistas.

Foram estendidas pouquíssimas tutelas aos parassubordinados e, mesmo assim, em entidade bastante inferior às correspondentes aplicáveis aos empregados. O resultado é que o custo de um trabalhador parassubordinado é muito inferior àquele de um

³² “Art. 1º. “É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.” (sem grifos no original).

³³ Como ressalta Mauricio Godinho Delgado, “O referido art. 1º da Lei n. 9.029/95 sofreu recente alteração por força do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015, art. 107), com vigência a partir de 4.1.2016. De um lado, o EPD substituiu a expressão ‘relação de emprego’ pela mais larga expressão, relação de trabalho; de outro lado, inseriu explicitamente dois outros fatores de potencial discriminação: deficiência e reabilitação profissional; finalmente, tornou inquestionável o caráter meramente exemplificativo (já passível de interpretação nessa linha) do rol de fatores fixado no preceito legal.”. GODINHO DELGADO, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016, p. 893.

³⁴ GODINHO DELGADO, M.: *Curso de Direito*, cit., p. 884.

empregado, o que torna a figura uma via preferencial de fuga ao Direito do Trabalho. Assim, sob a aparência de ampliadora e protetora, a figura é, na essência, restritiva e desregulamentadora. É exatamente o oposto da tendência expansionista necessária para a realização das finalidades e objetivos do Direito do Trabalho.

Por tais razões, discordamos totalmente da sua instituição no Direito brasileiro. Em regra, os doutrinadores nacionais se inspiram no Direito estrangeiro, sobretudo naquele de países desenvolvidos, como a Itália, para propor o aperfeiçoamento e o avanço da ordem jurídica brasileira. Mas a análise do Direito estrangeiro também é muito útil para nos fornecer “contra-exemplos”, isto é, aquilo que não deve ser implementado na nossa realidade. A instituição da parassubordinação no Brasil afrontaria a própria Constituição Federal de 1988. Esta, ao valorizar o trabalho como meio essencial à realização da dignidade da pessoa humana e à busca de maior justiça social (art. 1º, III e IV, art. 3º, I, III e IV, arts. 6º e 7º, art. 170, caput e incisos VII e VIII, art. 193), veda terminantemente o retrocesso nas condições laborativas no País (art. 3º, II, e art. 7º, caput), retrocesso este que seria provocado pela introdução da parassubordinação, como nos mostra claramente o exemplo italiano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALZARONI, M., RIZZI, R., TRONTI, L.: “L’uso dei collaboratori coordinativi e continuati da parte delle imprese italiane: evidenze statistiche dalle fonti amministrative”, *Economia e Lavoro*, 2004, núm. 2º-3º.

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T.: *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, Torino, 2016.

CGIL.: *Lavoro nero, lavoro precario. Guida ai diritti e alle tutele*, CGIL, Roma, 2006.

GODINHO DELGADO, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2016.

GODINHO DELGADO, M., VASCONCELOS PORTO, L. (org.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2007.

LOY, G.: “El dominio ejercido sobre el trabajador”, *Relaciones Laborales: revista critica de teoria y practica*, 2005, núm. 2º.

MACHADO DRAY, G.: *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999.

PERULLI, A.: “Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2006, núm. 4º.

PERULLI, A.: “Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2003, núm. 1º.

PROTO PISANI, A.: *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1999.

REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, ano de 2006, Il Foro Italiano, Roma, 2007.

REPERTORIO DEL FORO ITALIANO, formato de CD-Rom.

VALLEBONA, A.: *Breviario di Diritto del Lavoro*, G. Giappichelli, Torino, 2015.

VALLEBONA, A.: *Istituzioni di Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 2004.

VASCONCELOS PORTO, L.: *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*, LTr, São Paulo, 2009.



CONTRATTAZIONE COLLETTIVA, WELFARE AZIENDALE E PREMI DI PRODUTTIVITÀ DOPO IL JOBS ACT

*COLLECTIVE BARGAINING, OCCUPATIONAL WELFARE AND PRODUCTIVITY-RELATED
WAGE AFTER THE JOBS ACT*

CARLOTTA FAVRETTO
Dottoranda in Diritto del Lavoro
Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia
carlotta.favretto@unimore.it

RIASSUNTO: Dopo una breve analisi del sistema italiano di contrattazione collettiva e delle sue linee di tendenza evolutive, l'articolo esamina le ultime modifiche normative sulle retribuzioni di produttività e sul welfare aziendale e delinea le loro possibili ricadute sulla contrattazione collettiva.

PAROLE CHIAVE: Contrattazione collettiva; Welfare aziendale; Retribuzione di produttività; Jobs Act; Legge di Bilancio.

ABSTRACT: After a brief analysis of the Italian collective bargaining system and its evolutionary trends, the article examines the latest legislative amendments on productivity-related wage and on occupational welfare and deepens their possible impact on collective bargaining.

KEY WORDS: Collective Bargaining; Occupational Welfare; Productivity-related Wage; Jobs Act; General Budget Law.

FECHA DE ENTREGA: 18/10/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 07/01/2017.

SOMMARIO: I. L'IMPORTANZA DEL WELFARE AZIENDALE.- II. VERSO IL DECENTRAMENTO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.- III. IL NUOVO IMPULSO ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA DECENTRATA: LE LEGGI DI BILANCIO.

I. L'IMPORTANZA DEL WELFARE AZIENDALE.

A fronte delle più recenti trasformazioni politiche ed economiche intervenute nel panorama italiano, può essere importante, a nostro parere, analizzare le potenzialità e le criticità che emergono dall'introduzione ed implementazione di misure di welfare aziendale da parte della contrattazione collettiva. Per farlo è utile dar conto delle modifiche legislative intervenute nell'ambito della contrattazione di secondo livello per opera, da ultimo, del Jobs Act.

Sul finire del secolo scorso si è assistito alla sperimentazione di strategie organizzative e manageriali diversificate. Al ricorso massiccio alla delocalizzazione ed alle strategie di ristrutturazione sul piano transazionale, è seguito un rallentamento di tali processi ed una parziale inversione di rotta, evidenziata dalle nuove tendenze di *reshoring* che si sono diffuse in Europa, anche in considerazione dei principi direttivi assunti a livello comunitario¹. Ai tradizionali schemi fordisti si sono affiancate nuove tipologie organizzative, sotto l'algida dei nuovi vessilli dell'efficienza organizzativa, quali *lean production*, *lean manufacturing*, *lean thinking*. Al ripensamento degli organigrammi interni, ha corrisposto, su altro versante, la dematerializzazione dell'impresa, da intendersi non solo come finanziarizzazione del capitale, ma anche e soprattutto come ridefinizione e sfumatura dei suoi confini esterni. Come evidenziato dall'analisi coasiana² sulla natura dell'impresa, teoria poi sviluppata dagli studi sulla *contractual integration*³, emerge sempre più chiaramente la presenza di strutture reticolari, modelli ibridi, alternativi all'impresa ed al

¹ In tal senso le Comunicazioni della Commissione Europea "*A stronger European Industry for Growth and Economic Recovery*" ottobre 2012, "*For a European Industrial Renaissance*" gennaio 2014. È interessante osservare come lo stesso diritto di derivazione europea abbia incentivato, per altro verso, fenomeni di *outsourcing*. Si pensi ad esempio al concetto di impresa accolto nella sentenza della Corte di Giustizia Europea 6 marzo 2014 (C-418/12) relativa all'istituto del trasferimento di azienda. Ciò che emerge è una tendenza verso la smaterializzazione dell'impresa, nonché una rimodulazione delle tutele e degli interessi coinvolti nei processi di esternalizzazione, facilitando operazioni di *outsourcing* ed i programmi di *reengineering* reticolare. BARBERA, M.: "Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto", in *La figura del datore di lavoro articolazioni e trasformazioni. Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro di Catania*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 2 ss.; CESTER, C.: "La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda, e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie", in *QDLRI*, 2004, pp. 52 ss.; PERULLI, A.: "Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione", in *ADL*, 2003, pp. 476 ss.

² COASE, R.H.: "The Nature of the Firm", in *Economica*, pp. 386 ss., 1937, trad. it. "La natura dell'impresa", in *Impresa, Mercato e diritto*, Il Mulino, 1995, pp. 73 ss.

³ WILLIAMSON, O.E.: "The vertical integration of production: market failure considerations", in *American Review*, 2, 1971. Riguardo alle ripercussioni sul diritto del lavoro: CORAZZA, L.: «*Contractual integration*» e rapporti lavoro, Cedam, 2004; DE STEFANO, V.: "Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all'*incompletezza* contrattuale. Appunti per una ricerca", in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 106, 2010.

mercato, la cui convenienza si individua proprio alla luce delle caratteristiche dei contratti relazionali. La sperimentazione del modello reticolare ha dato luogo, attraverso una serie successiva di stratificazioni, a reti variamente caratterizzate. La rete, infatti, rappresenta una frontiera di particolare importanza per la realtà italiana, caratterizzata dalla presenza preponderante di micro e piccole imprese⁴. Nell'attuale scenario di perdurante crisi, emergono gli esempi positivi di alcune imprese che, seppur piccole, riescono non solo a sopravvivere, ma anche a crescere grazie a prodotti innovativi, al legame con il territorio ed alla capacità di commercializzazione su mercati internazionali. Molte di queste realtà sono frutto delle strategie di imprenditori che fanno del *Made in Italy* una precisa scelta strategica.

Di assoluto interesse è lo studio di come (e se) il diritto del lavoro possa supportare e coadiuvare tali realtà nella loro "impresa impossibile"⁵. Se i fenomeni di decentramento produttivo hanno posto al centro del dibattito gli studi relativi agli istituti di utilizzazione ed acquisizione indiretta del lavoro⁶, quelli reticolari hanno (soprattutto in ragione delle recenti innovazioni intervenute per le imprese parti di contratti di rete) messo in discussione la natura unitaria del datore di lavoro⁷ e l'utilizzo condiviso dei lavoratori all'interno della rete⁸. In questo quadro è importante porre attenzione sulle misure e le strategie messe in atto dalle imprese che hanno deciso di spostare il "campo di battaglia" in altra sede, focalizzando i propri obiettivi in un'ottica rivolta al miglioramento ed all'ottimizzazione dell'ambiente interno all'impresa, invece che concentrare le proprie strategie in ottiche di risparmio, destinate a produrre una perdita di *know how*, di competenze preziose e di capitale umano. Si tratta di quelle realtà che hanno deciso di non delocalizzare o risparmiare sulla forza lavoro e che hanno invece puntato sulle risorse umane, sulla loro formazione e sull'*environment* in una prospettiva di lungo termine.

⁴ RULLANI, E.: "L'economia della conoscenza nel capitalismo delle reti, in *Sinergie*", n. 76, 2008; CAFAGGI, F., IAMICELI, P., MOSCO, G.D.: *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Giuffrè, 2012.

⁵ FORMIGLI, C.: *Impresa impossibile*, Mondadori, 2013.

⁶ Ex plurimis, senza pretesa di completezza: CARINCI, M. T.: Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa, III ed., Giappichelli, 2013; CESTER, C.: "La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda, e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie", in QDLRI, 2004, pp. 27 ss.; CHIECO, P.: "Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007", in LG, n. 5, 2007, pp. 467 ss.; DE LUCA TAMAJO, R.: "La terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria", in DML, 2009, pp. 49 ss.

DE LUCA TAMAJO, R. (a cura di): *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, con i contributi di CALCATERA, L., CIUCCIOVINO, S., CORAZZA, L., DE LUCA TAMAJO, R., VICARI, S.; ESPOSITO, M.: "Profili evolutivi dell'appalto di manodopera", in DLRI, 1999, p. 411; ICHINO, P.: "Le nuove forme del decentramento produttivo", in RIDL, III, 1999, pp. 149 ss.

⁷ Av. VV.: *La figura del datore di lavoro articolazioni e trasformazioni. Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro di Catania*, Giuffrè, 2010, con i contributi di: ALESSI, C., BARBERA, M., BOLEGO, G., CARINCI, M.T., CESTER, C., DE MARINIS, N., ESPOSITO, M., GARILLI, A., LA MACCHIA, C., MAINARDI, S., MARTELLONI, F., NATULLO, G., PISANI, C., PINTO, V., RATTI, L., RAZZOLINI, O., ROMEI, R., ZOPPOLI, L.; SPEZIALE, V.: "Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito", in RGL, n. 1, 2013, pp. 3 ss.

⁸ ZILIO GRANDI, G., BIASI, M. (a cura di): *Contratto di rete e diritto del lavoro*, CEDAM, 2014; CORAZZA, L.: "Reti di imprese e nozione di datore di lavoro", in *Scritti per la costituzione del dipartimento giuridico dell'Università del Molise*, Agr., 2013, pp. 249 ss.; GRECO, M.G.: "Distacco e codatorialità nelle reti di impresa", in ADL, II, 2014, pp. 380 ss.

Clima aziendale, qualità dell'ambiente di lavoro e motivazione sono leve che influiscono fortemente non solo sulla produttività del lavoro, ma anche sulla capacità di resistere alle fasi critiche, garantendo all'impresa anche una certa quota di flessibilità aggiuntiva⁹. Si intende dunque analizzare due modelli alternativi, quello della retribuzione di produttività¹⁰ e quello del welfare aziendale, ossia quegli strumenti che, come emerge dalle ultime leggi di bilancio, il legislatore italiano ha scelto di valorizzare, contestualmente incentivando il ricorso alla contrattazione collettiva come luogo di progettazione, implementazione e sviluppo degli stessi.

II. VERSO IL DECENTRAMENTO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA.

La tendenza espressa dalle misure legislative degli ultimi anni ha visto crescere il *favor* dell'ordinamento verso il decentramento della contrattazione collettiva, preferenza concretizzatasi in una serie di misure poste a valorizzazione del livello aziendale di contrattazione. Il presupposto è rinvenibile nella teoria secondo la quale tale livello costituirebbe il luogo più adatto ad intercettare ed interpretare in modo efficace le esigenze e gli interessi delle parti, garantendo, conseguentemente, una maggiore flessibilità, velocità di adattamento e, in definitiva, competitività del sistema imprese. Il sotto testo, ravvisabile in trasparenza, rileva la convinzione di una maggiore idoneità della trattativa aziendale a raggiungere migliori equilibri tra tutela ed istanze dei lavoratori e le esigenze imprenditoriali.

La mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, il "*fronte dell'Isonzo*"¹¹ del sistema sindacale nostrano, ha fatto sì che in Italia il contratto collettivo, in coerenza con il principio di libertà sindacale¹², operasse quale contratto di diritto comune, stipulato da associazioni sindacali come parti private e regolato dalle norme generali sui contratti di cui al Codice Civile. Uno dei principi cardine del sistema è costituito dall'inderogabilità¹³ *in pejus* della legge da parte del contratto collettivo nonché da parte del contratto individuale

⁹ TREU, T.: "Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi," relazione presentata al convegno AIDLASS *La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro*, Bologna, 16 e 17 maggio 2013.

¹⁰ Sulle potenzialità di una «retribuzione di produttività» legata all'implementazione di misure di flessibilità interna ed allo sviluppo di forme partecipative: BIASI M.: "Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative", in *RIDL*, 2, 2014, pp. 337 ss.. Sulle linee evolutive delle relazioni di lavoro, avuto riguardo al tema centrale della retribuzione di produttività e sulla relativa capacità di valorizzare la competenza e la motivazione: VIVIANI, D., FANELLI, L.: "Il ruolo dei sistemi di risorse umane tra istanze di produttività e contrattazione collettiva", in *DRI*, 3, 2009, pp. 703 ss.

¹¹ CARINCI, F.: "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, It, 133, 2011, p. 77.

¹² FERRARO, G.: "Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità del punto di vista giuridico", in *ADL*, 1, 2016, pp. 16 ss.

¹³ Per una recente disamina del principio e sulla sua attuale tenuta: SANTORO PASSARELLI G.: "Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile", in *RIDL*, 1, 2015, pp. 61 ss. Vedi inoltre: CESTER, C.: "La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro", in *DLRI*, 2008, pp. 341 ss.; VALLEBONA, A.: "L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva", in *MGL*, 2011, pp. 682 ss.

di lavoro¹⁴. Quanto alla gerarchizzazione tra livelli contrattuali, furono i sindacati confederali (già dal 1962) ad introdurre un'articolazione basata su più livelli, nazionale ed aziendale, ed a sancire per via negoziale l'inderogabilità del contratto di livello superiore ad opera di quello inferiore. Il rapporto tra i livelli di contrattazione è stato poi regolato da una serie di accordi interconfederali. I più recenti (2011 e 2013)¹⁵, seguiti ad un periodo di forti tensioni tra sindacati ed alla inesorabile caduta della loro rappresentatività, sono stati accorpati nel testo unico del 10 gennaio 2014¹⁶. Con quest'ultimo le parti hanno stabilito che il contratto nazionale può individuare limiti e procedure secondo cui il contratto aziendale può derogare le clausole del contratto nazionale in senso peggiorativo e che, in assenza del CCNL, le modifiche *in pejus* possono essere stabilite a livello aziendale. In quest'ultimo caso, tuttavia, tali accordi devono essere stipulati d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria che siano espressione delle confederazioni firmatarie dell'accordo interconfederale. Lo spostamento del baricentro verso il livello aziendale ha subito un'importante accelerazione, a livello legislativo, con l'emanazione del Decreto Legge 13 agosto 2011, n. 138, recante "*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*" (conv. l. 14 settembre 2011, n. 148). Tale decreto ha introdotto una norma, l'art. 8, che è stata foriera di ampio dibattito dottrinale¹⁷, il quale si è

¹⁴ Il fondamento dell'inderogabilità *in peius* delle clausole del contratto collettivo da parte delle clausole del contratto individuale è stato individuato dalla giurisprudenza nell'art. 2077 c.c. (nonostante quest'ultimo fosse stato posto a regolazione del rapporto tra contratto individuale e contratto corporativo, che, al contrario del contratto di diritto comune, era un atto normativo).

¹⁵ CARINCI, F.: "L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?", in *CSDLE*, It, 125, 2011; MISCIONE, M.: "Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011", in *LG*, 2011, 8, pp. 653 ss.; PERSIANI, M.: "Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011", in *ADL*, 2011, 3, pp. 451 ss.; SCARPELLI, F.: "Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore", in *CSDLE*, It, 127, 2011.

¹⁶ RICCI, M.: "L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali", in *ADL*, 2012, pp. 43 ss.; SCARPELLI, F.: "Intervento", in "Opinioni a confronto. L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011", in *RGL*, 2011, I, pp. 643 ss.; TOSI, P.: "L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale", in *ADL*, 2011, pp. 1221 ss.

¹⁷ Sulla contrattazione di prossimità vedi, senza pretesa di esaustività: DE LUCA, R.: "Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011", in *ADL*, 1, 2012, pp. 19 ss.; DEL PUNTA, R.: "Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)", in *LD*, 1, 2012, pp. 31 ss.; FERRARO, G.: "Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto legge n. 138/2011", in *ADL*, 2011, pp. 305 ss.; GARILLI, A.: "L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali", in *ADL*, 1, 2012, pp. 31 ss.; LASSANDARI, A.: "Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità", in *LD*, pp. 55 ss.; MARAZZA, M.: "La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica", in *DRI*, 1, 2012, pp. 41 ss.; MISCIONE, M.: "In difesa dei contratti di prossimità di competenza esclusiva dello Stato", in *LG*, 2012, pp. 1166 ss.; PAPA, V.: "Verso l'autarchia contrattuale? L'efficacia erga omnes del contratto collettivo specifico (e separato) al tempo della prossimità", in *RIDL*, 3, 2012, pp. 712 ss.; PERULLI, A.: "La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi", in *RIDL*, 4, 2013, pp. 918 ss.; PESSI, R.: "Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?", in *DRI*, 1, pp. 57 ss.; SANTORO PASSARELLI, G.: "Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze", in *ADL*, 6, 2011, pp. 1224 ss.; SCARPELLI, F.: "Il contratto collettivo nell'art. 8 d. l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive", in *Risistemare il diritto del lavoro*, L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), Franco Angeli, 2012; TAGLIENTE, T.: "Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive", in *DRI*, 2, 2015, pp. 342 ss.

sostanzialmente concentrato sulla legittimità ed opportunità di una norma che, introducendo i cosiddetti contratti di prossimità¹⁸, ha abbattuto una violenta picconata sul muro dell'inderogabilità *in pejus* della legge¹⁹, con tutte le conseguenze ed implicazioni in punto di tutela dei lavoratori, di tenuta del sistema contrattuale e di compatibilità con i principi costituzionali²⁰ e sovranazionali²¹. L'effettiva applicazione della norma è difficile da valutare, ciò soprattutto in ragione di una certa reticenza delle parti sociali, stigmatizzata dall'efficacissimo motto secondo cui i contratti di prossimità in deroga “*si fanno ma non si dicono*”²². Tale norma è stata in parte superata per opera della riforma attuata con il Jobs Act, il quale ha delegato un'ampia serie di deleghe e competenze ai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali. Tutti e tre i livelli contrattuali, infatti, sono stati richiamati all'interno del decreto legislativo n. 81/2015 emanato, in attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, per la “disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni”. Ai sensi dell'art. 51 ogni rinvio alla contrattazione collettiva contenuto nel decreto è da intendersi riferito, salvo diversa previsione, ai “contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e (a) i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Come sarà di seguito illustrato, proprio a quest'ultima norma di rinvio generale fa riferimento anche la Legge di Stabilità 2016, che ne ha incentivato il ricorso, finalizzandolo all'applicazione del nuovo regime fiscale stabilito per i premi di produttività e per i piani di welfare aziendale.

¹⁸ Nonostante l'ampio dibattito intervenuto sul tema, evidenzia Biasi come sia passata piuttosto inosservata la possibilità di introdurre con il contratto di prossimità non meglio specificate “forme di partecipazione” dei lavoratori e come tale fatto costituisca “ulteriore conferma dell'idea, anche del legislatore *ante Fornero*, che fosse il contratto decentrato il terreno d'elezione per l'adozione sia di *forme di partecipazione dei lavoratori*, sia per sperimentazioni sul tema del *salario di produttività*”. BIASI, M.: “Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative”, in *RIDL*, 2, 2014, pp. 339.

¹⁹ Per un ridimensionamento della prorompente innovativa della norma Zilio Grandi, secondo il quale la tecnica l'art. 8 non fa che replicare una tecnica legislativa già utilizzata in altri ambiti e che comporta la sostituzione del tradizionale meccanismo di nderogabilità con efficacia sostitutiva con un “*meccanismo incentrato sulla norma semimperativa, derogabile cioè da altra fonte espressamente indicata dalla prima*”. ZILIO GRANDI, G.: “Prima e dopo l'art. 8: ma cambia veramente qualcosa?”, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, Saggi, II, 2011, pp. 6.

²⁰ D'altronde la Corte Costituzionale ha evidenziato la natura “chiaramente eccezionale” della disposizione (C. Cost. 4 ottobre 2012, n. 221).

²¹ Specificamente sui limiti costituzionali e sovranazionali: BOLLANI, S.: “Contrattazione collettiva di prossimità e limiti costituzionali”, in *ADL*, 6, 2012, pp. 1219 ss.; MATTONE, S.: “Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art.8 l. n. 148/2011”, in *LG*, 5, 2012, pp. 450 ss.; RATTI, L.: “Limiti sovranazionali all'efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità”, in *LD*, 1, 2014, pp. 124 ss.; RUSCIANO, M.: “L'articolo 8 è contro la Costituzione”, in *Eguaglianza & Libertà*, rivista on-line, 2011.

²² IMBERTI, L.: “A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono”, in *DLRI*, 2, 2013, pp. 170 ss.; per un'analisi della contrattazione di prossimità vedi anche: GARILLI, A.: “Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità”, in *RGL*, 2012, I, pp. 486 ss.; MATTEI, A.: “Il grado di evoluzione della c.d. contrattazione di prossimità a partire dall'Osservatorio trentino su diritti sociali del lavoro”, in M. BARBERA e A. PERULLI (a cura di): *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, 2014, pp. 77 ss.

III. IL NUOVO IMPULSO ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA DECENTRATA: LE LEGGI DI BILANCIO.

Un nuovo impulso quanto ai contenuti della contrattazione collettiva decentrata è stato determinato, negli ultimi due anni, dalla emanazione delle Leggi di Bilancio 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208, G.U. n. 302 del 30 dicembre 2015) e 2017 (l. 11 dicembre 2016, n. 232, G.U. n. 297 del 21 dicembre 2016), le quali hanno modificato la normativa in materia di retribuzioni di produttività e di welfare. La rilevante entità di tali modifiche ha determinato certa dottrina ad evidenziare come in materia fiscale siano state attuate “*profonde revisioni di alcuni principi di tassazione del reddito di lavoro dipendente*”²³. Ne risulta un regime di rinnovato favore fiscale nei confronti delle iniziative di welfare aziendale, che ha inciso o, perlomeno, ha tentato così di influenzare, i contenuti del dialogo tra le parti sociali, auspicabilmente favorendo un re indirizzamento delle relazioni industriali in una direzione di minor scontro e maggior collaborazione.

Le misure finanziarie degli ultimi due anni hanno evidenziato una virata nella tecnica legislativa fino a poco fa utilizzata. La reintroduzione della tassazione agevolata sugli emolumenti retributivi di ammontare variabile erogati ai dipendenti ha infatti inciso, determinandone l’eliminazione, sul preesistente sgravio contributivo²⁴. Quest’ultimo era stato introdotto per la prima volta nel 2007 al fine di incentivare lo sviluppo della contrattazione di secondo livello. La legge n. 247 del 2007 aveva istituito un Fondo (650 milioni di euro per anno) per il finanziamento di uno sgravio contributivo su alcune voci di retribuzione di importo variabile. Si trattava, in particolare, delle erogazioni previste dai contratti collettivi aziendali e territoriali delle quali fossero incerti la corresponsione o l’ammontare e la cui struttura fosse correlata dal contratto collettivo medesimo alla misurazione di incrementi di produttività, qualità e altri elementi di competitività assunti come indicatori dell’andamento economico dell’impresa e dei suoi risultati. L’attuazione dello sgravio era stata affidata all’emanazione di un apposito decreto interministeriale annuale e lo stanziamento annuale doveva essere autorizzato ogni anno con la Legge di Stabilità (necessità poi eliminata dalla c.d. Riforma Fornero con la l. n. 92/2012, che aveva reso lo sgravio strutturale²⁵). È seguita, negli anni successivi, una progressiva riduzione

²³ MARIANETTI, G.: “Dalla legge di bilancio novità per *welfare* aziendale e produttività”, in *CT*, 45, 2016, p. 3475.

²⁴ Sul precedente regime di sgravio e decontribuzione vedi: CAMPANELLA, P.: “Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro”, in *PRISMA, Economia Società Lavoro*, n. 1, 2013.

²⁵ Con la l. n. 92/2012 si era data attuazione al “Patto per la produttività”, siglato il 21 novembre 2012, il quale riportava: “Le Parti firmatarie del presente documento considerano la contrattazione collettiva uno strumento utile per perseguire la crescita della produttività e della competitività in Italia. Attraverso la contrattazione collettiva è, infatti, possibile definire modalità e strumenti per perseguire e raggiungere obiettivi di miglioramento della produttività temperando le ragioni delle imprese e delle persone che vi lavorano (...). Le Parti, pertanto, chiedono al Governo e al Parlamento di rendere stabili e certe le misure previste dalle disposizioni di legge per applicare, sui redditi da lavoro dipendente fino a 40 mila euro lordi annui, la detassazione del salario di produttività attraverso la determinazione di un’imposta, sostitutiva dell’IRPEF e delle addizionali, al 10%. Le Parti, con riferimento alla decontribuzione del salario di produttività, chiedono che venga data compiuta applicazione ai contenuti della legge numero 247 del 2007 che prevede lo sgravio contributivo per incentivare la contrattazione collettiva di secondo livello fino al limite del 5% della retribuzione contrattuale percepita ” (firmato da Abi, Ania, Confindustria, Lega

degli stanziamenti finanziari, ciò fino alla Legge di Stabilità 2016. Per l'attuazione delle misure da quest'ultima introdotte in materia di premi di produttività e di welfare aziendale, infatti, era stata stimata una perdita di gettito annuale pari a circa 525 milioni di euro. Il legislatore ha deciso di far fronte a tale onere tramite la progressiva riduzione dello stanziamento di cui alla l. 247 del 2007, ossia il Fondo per la decontribuzione. Ciò ha determinato il venir meno, già dal 2015, del suddetto beneficio contributivo. Vista la nota composizione del tessuto imprenditoriale italiano, il regime di decontribuzione era stato sfruttato soprattutto in realtà di una certa dimensione, già coperte da contrattazione collettiva e rispetto alle quali, dunque, l'introduzione dello sgravio non aveva effettivamente svolto un ruolo di stimolo all'introduzione di una nuova stagione di accordi di secondo livello. Si era d'altronde posto il problema delle realtà aziendali di dimensioni più ridotte nelle quali, in un'ampia percentuale di casi, non erano e (spesso ancora non sono) presenti rappresentanze sindacali. La questione ha determinato le parti sociali a ricercare nuove soluzioni e scenari, determinando l'emergere di alcuni interessanti contributi da parte della contrattazione territoriale. Si pensi, tra le esperienze pilota, a quella verificatasi nella provincia di Treviso. Si fa riferimento all'intesa tra Unindustria Treviso e Cgil – Cisl – Uil con cui le parti, già nel 2012, avevano predisposto, in attuazione del "Patto per lo sviluppo" 7.02.2011, una serie di intese, differenziate per categoria merceologica ed adottabili su via volontaria nelle aziende prive di sindacati. Sulla base di tali accordi le imprese hanno avuto la possibilità di introdurre piani di retribuzione variabile, idonei a usufruire del beneficio contributivo, semplicemente aderendo all'accordo quadro ed individuando i parametri di produttività, redditività e qualità cui legare la determinazione e corresponsione dei premi tra quelli predisposti a livello territoriale.

La Legge di Bilancio 2016 ha determinato il venir meno della decontribuzione sui premi di risultato. L'obiettivo rimane quello di favorire intese che introducano in azienda premi di produttività e piani di welfare aziendale, ma l'intervento si segnala, come si accennava, per una virata nella tecnica di incentivo, ora condotta sul campo del c.d. cuneo fiscale. La l. 28 dicembre 2015 n. 208 ha reintrodotto²⁶ la detassazione per la produttività aziendale ed incentivato la sostituzione di componenti variabili di retribuzione con misure di welfare (il c.d. Welfare di produttività)²⁷. In particolare, quanto ai cc.dd. premi di

Cooperative, Rete Imprese Italia, Cisl, Uil e Ugl). Per il relativo commento: FADDA, S.: "Commento all'accordo sulla produttività", in *Nota ISRIL*, 4, 2013; CICCARONE, G.: "Un patto per la produttività programmata, subito", www.nelmerito.it – ottobre 2012.

²⁶ Il termine utilizzato si riferisce al fatto che già dal 2008 era stata introdotta, in via sperimentale, la detassazione dei premi di risultato. L'incentivo era stato poi prorogato, con varie modifiche relative alle condizioni di accesso al beneficio ed ai termini di fruizione dello stesso, per i successivi periodi d'imposta. La proroga si è perpetuata sino al 2014, venendo poi a cadere per il 2015 a causa di una carenza di risorse finanziarie. Sull'argomento: CROVATO, F.: "Retribuzioni variabili e incentivi fiscali tra segnali di cambiamento e indicazioni contraddittorie", in *Corr. Trib.*, n. 31, 2008, pp. 2487 ss.; DODERO, A.: "Tassazione agevolata del salario di produttività: modifiche e questioni interpretative", in *Corr. Trib.*, 1, 2011, pp. 40 ss.; UNGARO, S.: "Imposta sostitutiva sulla retribuzione di produttività: le regole per il 2013", in *Il fisco*, 9, 2013, pp. 2929 ss.; TEA, A.: "Restyling della detassazione dei premi di produttività: D.P.C.M. 22 gennaio 2013", in *Il fisco*, n. 10, 2013, pp. 1 ss.

²⁷ Art. 1, comma 184, l. 28 dicembre 2015 n. 208. Il Decreto attuativo è stato emanato il 25 marzo 2016 ed il commento dell'Agenzia delle entrate è rinvenibile nella circolare n. 28/E/2016.

produttività, l'art. 1, comma 182, di tale legge disponeva: "salva espressa rinuncia scritta del prestatore di lavoro, sono soggetti a una imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%, entro il limite di importo complessivo di 2.000 euro lordi, i premi di risultato di ammontare variabile la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, misurabili e verificabili (...), nonché le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa"²⁸. Quanto al secondo aspetto, inerente ai piani di welfare aziendale, sono state attuate una serie di rilevanti modifiche al Tuir. La più rilevante, a nostro parere, è la previsione secondo la quale gli stessi emolumenti di importo variabile non sono soggetti a imposizione né ordinaria né sostitutiva, nei casi in cui siano convertiti, su scelta del lavoratore, nella fruizione di somme, beni e servizi di cui all'art. 51, commi 2 e 3, ultimo periodo Tuir. La previsione è interessante in quanto fa emergere un'ulteriore preferenza del legislatore tra i due principali elementi incentivati con la manovra. Lo stesso art. 51 è stato modificato, in un'ottica di razionalizzazione e semplificazione, con l'aggiornamento di somme, servizi e prestazioni non concorrenti alla formazione del reddito di lavoro dipendente²⁹. Infine si è prevista³⁰ la non imponibilità delle opere e dei servizi di utilità sociale dal datore di lavoro erogati alla generalità o categorie di dipendenti e ai loro familiari, volontariamente o contrattualmente, per finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale, sanitaria o di culto³¹. Ciò che è cambiato, rispetto alla previgente disciplina, è stata l'eliminazione del requisito della volontarietà³² dell'erogazione il che ha consentito la contrattazione di tali corresponsioni nell'ambito di accordi sindacali, ulteriormente incentivandone l'adozione. È stato poi precisato, nella manovra fiscale 2017, che i suddetti opere e servizi non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente ove riconosciuti non solo a livello aziendale, ma anche in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale del lavoro, di accordo interconfederale e di contratto collettivo territoriale (art. 1, comma 162).

In seguito, la Legge di Bilancio 2017 ha per un verso innalzato i limiti di accesso al beneficio fiscale ed il suo ammontare³³, dall'altro, ha apportato alcune ulteriori modifiche all'art. 51 del Tuir ad incremento della sfera di operatività del welfare. L'innalzamento del tetto reddituale massimo previsto per l'accesso alla tassazione agevolata avrà come effetto l'ampliamento della platea di destinatari del beneficio, all'interno del quale potranno essere ricompresi, a seconda del reddito effettivamente percepito, anche quadri e dirigenti. La manovra finanziaria ha poi introdotto nuove ipotesi di non concorrenza alla formazione

²⁸ L'agevolazione è riservata ai lavoratori dipendenti (a tempo determinato, a tempo indeterminato e in somministrazione) del settore privato.

²⁹ La norma ha in tal senso modificato il comma 2, lett. f bis) dell'art. 51 Tuir.

³⁰ La norma ha in tal senso modificato il comma 2, lett. f dell'art. 51 Tuir.

³¹ Di cui all'art. 100 Tuir.

³² Non concorrevano alla formazione del reddito le "spese relative ad opere o servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti volontariamente sostenute per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto" (art. 100, comma 1, del Tuir).

³³ L'art. 1, comma 160, della Legge di Bilancio 2017 ha: innalzato da 50.000 a 80.000 euro il tetto massimo di reddito di lavoro dipendente che consente l'accesso alla tassazione agevolata; innalzato l'importo dei premi erogabili da 2.000 a 3.000 euro, nella generalità dei casi, da 2.500 a 4.000 per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro.

del reddito di lavoro dipendente³⁴ e ha ulteriormente incentivato la possibilità di scambiare il compenso variabile con beni e servizi in esenzione (totale o parziale) fiscale e contributiva. È importante notare come, ad una scelta di questo tipo, sia stato ricollegato un vantaggio che supera persino alcuni limiti quantitativi intrinseci al sistema, quali quelli vigenti in materia di previdenza complementare, di contribuzione sanitaria nonché in materia di azionariato dei dipendenti³⁵.

Va poi evidenziato che, a differenza di una precedente versione provvisoria, dalla Legge di bilancio 2017, è stata espunta la previsione che avrebbe reintrodotta l'esenzione per “*i sussidi occasionali concessi in occasione di rilevanti esigenze personali o familiari del dipendente*”. Non è nota la ragione del mancato inserimento, ma potrebbe essere colto quale ulteriore segnale della volontà legislativa di affidare alle rappresentanze sindacali il compito di mediare tra i rilevanti interessi che operano in tale ambito³⁶. Come visto, la legge di stabilità 2017 è intervenuta a modifica ed integrazione della manovra fiscale precedente³⁷. Per tale ragione devono intendersi ancora validi e vigenti le condizioni ed i limiti fissati dalla Legge di stabilità 2016. Come in precedenza, dunque, le somme oggetto di agevolazione devono essere erogate in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81³⁸. La normativa sulla detassazione continua a prevedere la necessità

³⁴ Ad esempio i contributi e i premi versati dal datore di lavoro a favore della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti per prestazioni, anche in forma assicurativa, aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana o aventi per oggetto il rischio di gravi patologie (tramite l'aggiunta della lettera f-*quater* al comma 2 dell'art. 51 del Tuir).

³⁵ Ai sensi dell'art. 1, comma 160, l. 11 dicembre 2016, n. 232 (Legge di Bilancio 2017), all'articolo 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Bilancio 2016) è aggiunto il comma 184 bis, che dispone: “Ai fini dell'applicazione del comma 184, non concorrono a

formare il reddito di lavoro dipendente, né sono soggetti all'imposta sostitutiva (...):

a) i contributi alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, versati, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, delle somme di cui al comma 182 del presente articolo, *anche se eccedenti i limiti* indicati all'articolo 8, commi 4 e 6, del medesimo decreto legislativo n. 252 del 2005. Tali contributi non concorrono a formare la parte imponibile delle prestazioni pensionistiche complementari ai fini dell'applicazione delle previsioni di cui all'articolo 11, comma 6, del medesimo decreto legislativo n. 252 del 2005;

b) i contributi di assistenza sanitaria di cui all'articolo 51, comma 2, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, versati per scelta del lavoratore in sostituzione, in tutto o in parte, delle somme di cui al comma 182 del presente articolo, *anche se eccedenti i limiti* indicati nel medesimo articolo 51, comma 2, lettera a);

c) il valore delle azioni di cui all'articolo 51, comma 2, lettera g), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, ricevute, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, delle somme di cui al comma 182 del presente articolo, *anche se eccedente il limite* indicato nel medesimo articolo 51, comma 2, lettera g), e indipendentemente dalle condizioni dallo stesso stabilite; (...).”

³⁶ Sul tema vedi: SENATORI, I.: “Il ruolo della contrattazione collettiva nella promozione del welfare aziendale”, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, 2, 2012. In prospettiva transnazionale: SENATORI, I.: “Occupational Welfare Arrangements Negotiated at the Transnational Level. A Laboratory for European Social Dialogue?”, in *European Labour Law Journal*, 3, 2015, pp. 215 ss.

³⁷ La l. 11 dicembre 2016, n. 232 (Legge di Bilancio 2017) ha modificato l'art. 1, commi 182 e 184 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Bilancio 2016).

³⁸ L'art. 1, co. 187, l. 208/2015 stabilisce che “ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 182 a 191, le somme e i valori di cui ai commi 182 e 184 devono essere erogati in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”. Salvo quanto

di depositare gli accordi sui quali si basa la corresponsione dei premi. È interessante porre attenzione ai dati resi noti dal Ministero del Lavoro il 15 dicembre 2016³⁹ e che emergono appunto dall'analisi dei contratti collettivi sino a tal data depositati. I contratti aziendali e territoriali depositati, redatti secondo l'art. 5 del D.M. 25 marzo 2016, sono stati 17.318 (a fronte dei 15.078 risultanti al 15 settembre) di cui 13.580 si propongono di raggiungere obiettivi di produttività, 10.091 di redditività, 7.781 di qualità e 3.445 prevedono misure di Welfare Aziendale (a fronte dei 2.626 precedenti). Il numero rimane molto basso ove si considerino gli accordi che prevedano piani di partecipazione⁴⁰ (1.839).

Quanto alla diffusione di tali contratti, si segnala che il 14 luglio 2016 è stato perfezionato un accordo interconfederale tra CGIL, CISL, UIL e Confindustria che prevede uno schema di accordo quadro territoriale relativo ai premi di produttività. Le parti firmatarie hanno evidenziato che “tenendo conto del suo carattere cedevole rispetto ad eventuali e specifiche intese aziendali o pluriaziendali” e nel “confermare il modello e la funzione dei due livelli di contrattazione, così come esplicitato nel Testo unico della rappresentanza del 10 gennaio 2014” tale accordo quadro costituisce un “modello utile per l'attuazione delle finalità perseguite dalla legislazione in materia di incremento della produttività del lavoro e, pertanto, per il conseguimento dei relativi benefici per i lavoratori”. L'accordo permette anche alle imprese associate a Confindustria o che conferiscano “espreso mandato alle associazioni aderenti al sistema di rappresentanza di Confindustria” di accedere al beneficio fiscale anche in assenza di RSU o RSA, tramite l'adesione e l'applicazione dell'accordo quadro. Questo accordo quadro costituirà certamente uno stimolo per un ulteriore aumento della contrattazione decentrata dedicata all'introduzione di premi di produttività. Tuttavia, si ritiene che i maggiori cambiamenti potrebbero aversi nell'ambito del welfare aziendale, rispetto al quale, oltre al regime fiscale agevolato, restano anche interessanti vantaggi contributivi.

Ci si chiede se l'accento posto sull'introduzione di questo tipo di piani avrà un impatto tale da influenzare non solo i contenuti degli accordi, ma anche un diverso modo di confrontarsi e di vivere le relazioni sindacali. Le prefigurazioni di una nuova cultura della partecipazione e di una rinnovata ed armoniosa collaborazione tra le parti sociali cui così spesso si è sentito inneggiare, continuano a rappresentare un orizzonte dal profilo incerto e, forse, ancora un poco utopico. Tuttavia, la strada prescelta al fine di favorire i piani di welfare aziendale, potrebbe essere quella giusta. La natura degli interessi in gioco, posti ora dal legislatore sullo scacchiere della negoziazione, sarà sempre più ampia e coinvolgerà l'adozione di schemi assistenziali o di prestazioni finalizzate al benessere del lavoratore e

previsto dal sopra menzionato art. 1, comma 162, l. 232/2016.

³⁹ [Comunicazione del Ministero del Lavoro](#).

⁴⁰ Sul dibattito futuro della partecipazione dei lavoratori nel sistema italiano vedi, tra molti: BIASI, M.: *Il nodo della Partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, 2013; BIASI, M.: “On uses and misuses of worker participation. Different forms for different goals of employee involvement”, in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 2014, 30, 4, 459 ss.; SENATORI, I.: “La partecipazione dei lavoratori in Italia tra realtà e utopia”, in *Quaderni della Fondazione Marco Biagi*, sezione Saggi, 7, 2013; Aa.Vv.: *Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato*, Atti del convegno organizzato dal Centro Studi in Diritto del Lavoro G. GHEZZI e F. MANCINI, in collaborazione con l'Associazione di Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo, Università degli studi di Bologna, 18 giugno 2014, Giappichelli, 2015.

del suo nucleo familiare. Certo, realisticamente meditando, abbiamo consapevolezza del fatto che l'input resta uno stimolo di tipo economico, ma non è così improbabile che la diffusione di questo tipo di schemi favorisca, se ben gestito, un dialogo di stoffa diversa, più spessa, foriera di rinnovate responsabilizzazioni e, soprattutto, di reciproche soddisfazioni e che queste ultime non siano più ambientate in mondi iperuranici, ma nella concretezza della prassi.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.: Lavoro e impresa: la partecipazione dei lavoratori e le sue forme nel diritto italiano e comparato, Atti del convegno organizzato dal Centro Studi in Diritto del Lavoro G. Ghezzi e F. Mancini, in collaborazione con l'Associazione di Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo, Università degli studi di Bologna, 18 giugno 2014, Giappichelli, 2015.

AA.VV.: La figura del datore di lavoro articolazioni e trasformazioni. Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro di Catania, Giuffrè, 2010.

BARBERA, M.: "Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto", in *La figura del datore di lavoro articolazioni e trasformazioni. Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro di Catania*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 2 ss.

BIASI, M.: "Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative", in *RIDL*, 2, 2014, pp. 337 ss.

BIASI, M.: "On uses and misuses of worker participation. Different forms for different goals of employee involvement", in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 2014, 30, 4, 459 ss.

BIASI, M.: Il nodo della Partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzioni e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo, Egea, 2013.

BOLLANI, S.: "Contrattazione collettiva di prossimità e limiti costituzionali", in *ADL*, 6, 2012, pp. 1219 ss.

CAFAGGI, F., IAMICELI, P., MOSCO, G.D.: *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Giuffrè, 2012.

CAMPANELLA, P.: "Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro", in *PRISMA, Economia Società Lavoro*, n. 1, 2013.

CARINCI, F.: "Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, It, 133, 2011, p. 77.

CARINCI F.: “L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?”, in *CSDLE*, It, 125, 2011.

CARINCI, M. T.: Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell’impresa, III ed., Giappichelli, 2013.

CESTER, C.: “La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro”, in *DLRI*, 2008, pp. 341 ss.

CESTER, C.: “La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d’azienda, e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie”, in *QDLRI*, 2004.

CHIECO, P.: “Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007”, in *LG*, n. 5, 2007, pp. 467 ss.

CICCARONE, G.: “Un patto per la produttività programmata”, subito, www.nelmerito.it – ottobre 2012.

COASE, R.H.: “The Nature of the Firm”, in *Economica*, p. 386 ss., 1937, trad. it. La natura dell’impresa, in *Impresa, Mercato e diritto*, Il Mulino, 1995, p. 73 ss.

CORAZZA, L.: “Reti di imprese e nozione di datore di lavoro”, in *Scritti per la costituzione del dipartimento giuridico dell’Università del Molise*, Agr, 2013, pp. 249 ss.

CORAZZA, L.: «Contractual integration» e rapporti lavoro, Cedam, 2004.

DE STEFANO V.: “Subfornitura, decentramento produttivo e lavoro a progetto: affinità delle tecniche di tutela e contrasto legislativo all’“incompletezza” contrattuale. Appunti per una ricerca”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 106, 2010.

CROVATO, F.: “Retribuzioni variabili e incentivi fiscali tra segnali di cambiamento e indicazioni contraddittorie”, in *Corr. Trib.*, n. 31, 2008, pp. 2487 ss.

DE LUCA TAMAJO, R.: “Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull’art. 8 del d.l. 13 agosto 2011”, in *ADL*, 1, 2012, pp. 19 ss.

DE LUCA TAMAJO, R.: “La terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria”, in *DML*, 2009, pp. 49 ss.

DE LUCA TAMAJO, R. (a cura di): *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

DEL PUNTA, R.: “Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)”, in *LD*, 1, 2012, pp. 31 ss.

DODERO A.: “Tassazione agevolata del salario di produttività: modifiche e questioni interpretative”, in *Corr. Trib.*, 1, 2011, pp. 40 ss.

ESPOSITO, M.: “Profili evolutivi dell'appalto di manodopera”, in *DLRI*, 1999, p. 411.

ICHINO P.: “Le nuove forme del decentramento produttivo”, in *RIDL*, III, 1999, pp. 149 ss.

FADDA, S.: “Commento all'accordo sulla produttività”, in *Nota ISRIL*, 4, 2013.

FERRARO, G.: “Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità del punto di vista giuridico”, in *ADL*, 1, 2016, pp. 16 ss.

FERRARO, G.: “Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto legge n. 138/2011”, in *ADL*, 2011, pp. 305 ss.

FORMIGLI, C.: *Impresa impossibile*, Mondadori, 2013.

GARILLI, A.: “Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità”, in *RGL*, 2012, I, pp. 486 ss.

GARILLI, A.: “L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali”, in *ADL*, 1, 2012, pp. 31 ss.

GRECO, M.G.: “Distacco e codatorialità nelle reti di impresa”, in *ADL*, II, 2014, pp. 380 ss.

IMBERTI, L.: “A proposito dell'art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono”, in *DLRI*, 2, 2013, pp. 170 ss.

LASSANDARI, A.: “Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità”, in *LD*, pp. 55 ss.

MARAZZA, M.: “La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica”, in *DRI*, 1, 2012, pp. 41 ss.

MARIANETTI, G.: “Dalla legge di bilancio novità per welfare aziendale e produttività”, in *CT*, 45, 2016, p. 3475.

MATTEI A.: “Il grado di evoluzione della c.d. contrattazione di prossimità a partire dall'Osservatorio trentino su diritti sociali del lavoro”, in M. BARBERA e A. PERULLI (a cura di): *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, 2014, pp. 77 ss.

MATTONE, S.: “Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art.8 l. n. 148/2011”, in *LG*, 5, 2012, pp. 450 ss.

MISCIONE, M.: “In difesa dei contratti di prossimità, di competenza esclusiva dello Stato”, in *LG*, 2012, pp. 1166 ss.

MISCIONE, M.: “Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l’Accordo interconfederale 28 giugno 2011”, in *LG*, 2011, 8, pp. 653 ss.

PAPA, V.: “Verso l’autarchia contrattuale? L’efficacia erga omnes del contratto collettivo specifico (e separato) al tempo della prossimità”, in *RIDL*, 3, 2012, pp. 712 ss.

PERSIANI, M.: “Osservazioni estemporanee sull’accordo interconfederale del 2011”, in *ADL*, 2011, 3, pp. 451 ss.

PERULLI, A.: “La contrattazione collettiva di prossimità: teoria, comparazione e prassi”, in *RIDL*, 4, 2013, pp. 918 ss.

PERULLI, A.: “Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione”, in *ADL*, 2003, pp. 476 ss.

PESSI, R.: “Ancora sull’articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?”, in *DRI*, 1, pp. 57 ss.

RULLANI, E.: “L’economia della conoscenza nel capitalismo delle reti”, in *Sinergie*, n. 76, 2008.

SANTORO PASSARELLI, G.: “Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile”, in *RIDL*, 1, 2015, pp. 61 ss.

SANTORO PASSARELLI, G.: “Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze”, in *ADL*, 6, 2011, pp. 1224 ss.

SCARPELLI, F.: “Il contratto collettivo nell’art. 8 d. l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive”, in *Risistemare il diritto del lavoro*, L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), Franco Angeli, 2012.

SCARPELLI F.: “Intervento, in Opinioni a confronto. L’accordo interconfederale del 28 giugno 2011”, in *RGL*, 2011, I, pp. 643 ss.

SCARPELLI F.: “Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore”, in *CSDLE*, It, 127, 2011.

SENATORI, I.: “Occupational Welfare Arrangements Negotiated at the Transnational Level. A Laboratory for European Social Dialogue?”, in *European Labour Law Journal*, 3, 2015, pp. 215 ss.

SENATORI, I.: “La partecipazione dei lavoratori in Italia tra realtà e utopia”, in *Quaderni*

della *Fondazione Marco Biagi*, sezione Saggi, 7, 2013.

SENATORI, I.: “Il ruolo della contrattazione collettiva nella promozione del welfare aziendale”, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, Saggi, 2, 2012.

SPEZIALE, V.: “Gruppi di imprese e codatorialità: introduzione a un dibattito”, in *RGL*, n. 1, 2013, pp. 3 ss.

RATTI, L.: “Limiti sovranazionali all’efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità”, in *LD*, 1, 2014, pp. 124 ss.

RICCI, M.: “L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: un’inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali”, in *ADL*, 2012, pp. 43 ss.

RUSCIANO, M.: “L’articolo 8 è contro la Costituzione”, in *Eguaglianza & Libertà*, rivista on-line, 2011.

TAGLIENTE, T.: “Contrattazione di prossimità: clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive”, in *DRI*, 2, 2015, pp. 342 ss.

TEA, A.: “Restyling della detassazione dei premi di produttività: D.P.C.M. 22 gennaio 2013”, in *Il fisco*, n. 10, 2013, pp. 1 ss.

TOSI, P.: “L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale”, in *ADL*, 2011, pp. 1221 ss.

TREU, T.: “Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi”, relazione presentata al convegno AIDLASS La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro, Bologna, 16 e 17 maggio 2013.

UNGARO, S.: “Imposta sostitutiva sulla retribuzione di produttività: le regole per il 2013”, in *Il fisco*, 9, 2013, pp. 2929 ss.

VALLEBONA, A.: “L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva”, in *MGL*, 2011, pp. 682 ss.

VIVIANI, D., FANELLI, L.: “Il ruolo dei sistemi di risorse umane tra istanze di produttività e contrattazione collettiva”, in *DRI*, 3, 2009, pp. 703 ss.

WILLIAMSON, O. E.: “The vertical integration of production: market failure considerations”, in *American Review*, 2, 1971.



LA DIVERGENTE REGULACIÓN DEL CONTENIDO PUBLICITARIO POR RAZÓN DE GÉNERO SEGÚN EL SOPORTE

THE DIFFERENT REGULATION OF THE MEDIA CONTENT BY GENDER RACE ACCORDING
TO THE SUPPORT

BELÉN ANDRÉS SEGOVIA

Personal Investigador en Formación Atracció de Talent

Universidad de Valencia

belen.andres@uv.es

RESUMEN: *El escenario comunicativo que rodea a la sociedad actual se constituye como un arma poderosa en la transmisión del mensaje. En este espacio, siguen suscitándose formatos publicitarios cuyo contenido devienen discriminatorios por cuanto muestran la imagen de la mujer a modo de cosificación o dan a conocer posibles diferencias existentes entre el sexo masculino y femenino, suponiendo un menoscabo del principio a la igualdad constitucional (art. 14 CE). Ante tal realidad, el legislador ha adoptado medidas de índole jurídico a fin de poner freno a su permanencia, que resultarán más restrictivas dependiendo del soporte que porte la información. Por ello, el presente artículo pretende el análisis de las divergencias reguladoras existentes cuando nos enfrentamos ante la emisión de una publicidad o informativo susceptible de ser constitutivo de discriminación, así como, dar cuenta de las deficiencias sancionadoras existentes.*

PALABRAS CLAVE: *Igualdad; Medios de Comunicación; Publicidad; Género; Soportes; CNMC; CAC; CAC.*

ABSTRACT: *The communicative scenario that surrounds the present society constitutes as a powerful weapon in the transmission of the message. In this space, there continue to be advertising formats whose contents are discriminatory in that they show the image of women as a means of reification or reveal possible differences between the male and female sex, assuming an impairment of the principle to constitutional equality (art. 14 CE). Faced with this reality, the legislator has adopted legal measures in order to curb their permanence, which will be more restrictive depending on the support provided by the information. Therefore, this article aims at analyzing the existing regulatory divergences when we face the issue of an advertisement or information that may constitute discrimination, as well as, account for the existing sanctioning deficiencies.*

KEY WORDS: *Equality; Mass Media; Advertising; Gender; Supports; CNMC; CAC; CAA.*

FECHA DE ENTREGA: 28/02/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 30/02/2017.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS SOPORTES PUBLICITARIOS COMO MEDIO DE TRANSMISIÓN DEL MENSAJE.- 1. Publicidad en soportes no audiovisuales. Especial referencia a los casos: “Remajas” y “Hazte Oír”.- A) Concepto y destinatarios de la publicidad.- B) Publicidad ilícita en soportes no audiovisuales: el caso de “Remajas” y “Hazte Oír”.- C) La ausencia de sanción de la publicidad emitida mediante un medio no audiovisual.- 2. Publicidad transmitida a través de soportes de medios de comunicación.- A) Tratamientos informativos de casos de violencia de género.- a) Breve referencia histórica.- b) La importancia del contenido transmitido.- B) La regulación del contenido transmitido a nivel autonómico: el Consell Audiovisual Català y el Consejo Audiovisual Andaluz.- C) La ausencia de regulación del contenido transmitido a nivel Estatal: la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.- III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La publicidad es un fenómeno que no es ajeno en nuestra cotidianidad. No es extraño que en nuestras vivencias podamos observar continuamente diversos elementos que nos den a conocer la existencia de nuevos productos, ofertas o información que, a su vez, nos incite al consumo o que, cuanto menos, nos hagan sentir cierto fervor por su mensaje. Este modo de transmisión queda asimismo reforzado por una revolución de los medios de comunicación entendidos como “tradicionales”¹ que poco a poco van cediendo paso hacia un nuevo sistema comunicativo, donde internet se convierte en el centro de toda la actividad, de la cual no es foránea la publicidad. En estos términos, procedemos a efectuar el análisis del tratamiento publicitario que han tenido lugar en los últimos tiempos, en concreto, a analizar la divergente regulación de ciertos contenidos que son discriminatorios y fomentan la violencia de género y cuyo resultado deviene dispar dependiendo si se trata: de publicidad emitida a través de un soporte no audiovisual (en consecuencia regulado por la *Ley General de Publicidad*) o *sensu contrario*, audiovisual (contemplado en la *Ley de Comunicación Audiovisual*).

II. LOS SOPORTES PUBLICITARIOS COMO MEDIOS DE TRANSMISIÓN DEL MENSAJE.

La publicidad, como hemos tenido ocasión de avanzar, cuenta con una diversidad de medios a través de los cuales podemos dilucidar su contenido. En estos aspectos, cabe advertir que a pesar de visualizar de *facto* a la televisión e internet², como los medios de comunicación por excelencia en la transmisión de dichos mensajes, estos no solo despliegan sus efectos en los mismos³, sino también mediante el uso de otros espacios

¹ Entendiéndose por el mismo: la radio y la televisión.

² LLORIA GARCÍA, P.: “Violencia de género en el entorno digital”, en la obra de VIVES ANTÓN, T. S., CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (coords.): *Crímenes y castigos: miradas al Derecho Penal a través del arte y la cultura*, Valencia, 2014, pp. 547-562.

³ En este ámbito nos estamos refiriendo a los medios de comunicación previstos en la Directiva

publicitarios, véase, vallas, carteles y rótulos en calles y plazas, edificios, marquesinas de autobuses, así como un gran elenco de ejemplos de lugares que componen el paisaje urbano. Es por ello, que a continuación, procedemos a analizar cuáles son los diferentes espacios publicitarios para posteriormente, analizar sus divergencias reguladoras.

1. Publicidad en soportes no audiovisuales. Especial referencia a los casos: “Remajas” y “Hazte Oír”.

A) Concepto y destinatarios de la publicidad.

En un primer escenario, procedemos a analizar, como se encuadra la regulación de la publicidad cuando queda expuesta en soportes no audiovisuales. No sin antes expresar, con carácter previo, que debemos considerar por *publicidad*. Así, entendemos por la misma, “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones” y tal y como expresa el mismo texto, va dirigido a un colectivo de *destinatarios* que se convierten en “las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o las que éste alcance” (art. 2 LGP). Advertidos tales términos, cabe señalar que la intencionalidad de las diversas empresas es la búsqueda, a través de los diferentes espacios, a título de ejemplo: vallas, carteles y rótulos en calles y plazas, edificios, marquesinas de autobuses, del máximo beneficio. No obstante, el fin –dar a conocer un producto por el empresario- no justifica los medios empleados para dicho objeto –mostrar escenas que sean discriminatorios o estereotipados- y por ello, el contenido publicitario deberá ser, en todo caso, de carácter *lícito*.

B) Publicidad ilícita en soportes no audiovisuales: el caso de “Remajas” y “Hazte Oír”.

No siempre, la consecución de dichos objetivos analizados en el punto anterior se muestra con carácter lícito, puesto que del contenido de la publicidad puede devenir una información que atente a derechos fundamentales, como puede ser la igualdad (art. 14 CE), y de forma más específica, que sea constitutivo de un supuesto de violencia de género a través de la publicidad, al cual el derecho debe dar una respuesta en aras de combatirlo y evitar así, que persista el daño causado. Tal fue el caso de “*Remajas*”, donde se aprecia la silueta de tres traseros femeninos, ligeros de ropa, que pretendían dar cuenta de la llegada de las Rebajas a un centro comercial sito en la ciudad de Alicante. Véase a continuación la imagen objeto de análisis.

2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en la que se encuadran: la radio, la televisión, videojuegos y prensa online.



Imagen extraída tras la búsqueda en Google del *Caso REMAJAS*⁴

En efecto, respecto a la exposición publicitaria, se encuadra en uno de estos escenarios, puesto que su contenido se expuso a través de la marquesina de un autobús de la EMT de Alicante, lo cual conduce a que interpretemos que dicha exhibición se trate de una actividad publicitaria en lo que ha sido considerado por la doctrina como *espacio exterior*⁵, donde su mensaje se mostraba como constitutivo o inductor de violencia de género. En consecuencia, debemos entender por este tipo de exposición -marquesina-, que se refiere, en una primera aproximación, a aquellos lugares carentes de privacidad⁶. La previa consideración sobre cuál es el tipo de publicidad a la cual nos estamos refiriendo deviene importante puesto que en función de las características del soporte y la movilidad del mismo puede hacer de este tipo de publicidad un mensaje más estático y dinámico. En el supuesto que nos ocupa, el aparente fáctico de que se encuentra en los autobuses de la EMT de Alicante no es un tema baladí puesto que del mismo se presume un mayor número de usuarios o consumidores de este tipo de publicidad como consecuencia del dinámico movimiento del vehículo que lo porta.

No obstante, existe al respecto, una divergente opinión doctrinal. Un primer colectivo consideró *ab initio*, que este tipo de publicidad no puede ser considerada ilícita, puesto que los supuestos considerados dentro de esta categoría quedan regulados en el artículo 2 DPE, así como, el uso “de la persona humana con la sola finalidad de ser el soporte material del mensaje o instrumento de captación de la atención” (art. 10 DPE) y de toda manifestación susceptible de provocar “miedo, alboroto y confusión” (art. 9 DPE) los

⁴ Fotografía extraída de la página web de Wordpress, titulado “[Nunca es tarde para cambiar la publicidad sexista](#)”. Fecha de última visita: 28.02.2017.

⁵ Entre otros, PÉREZ RUIZ, M. A.: *Fundamentos de las estructuras de la publicidad*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996, pp. 397 y ss., ha intentado definir este tipo de publicidad exterior recurriendo a los soportes utilizados, bien exponiendo sus características como técnica de comunicación, bien intentando su definición previa al estudio de los soportes.

⁶ Cabe recordar en estos términos que esta limitación normativa que se sucede en las ciudades, en este supuesto la de Alicante, motivó la aprobación del Decreto 917/1967, de 20 de abril, sobre publicidad exterior (en adelante DPE), posteriormente desarrollada por la Orden de 27 de febrero de 1969. En sendos textos legislativos se vino a establecer el régimen básico al que queda sometido la actividad publicitaria.

cuales no resultan coincidentes con el supuesto expuesto. En consecuencia, el método o en su caso, *el soporte empleado a fin de poder dar publicidad al objeto del mensaje se ha materializado conforme a derecho*⁷.

Por otro lado, otro sector de la doctrina considera que se trata de publicidad ilícita, por cuanto supone una discriminación hacia la mujer al producirse una “cosificación” de su cuerpo y semejanza⁸. Esta perspectiva, encuentra un refuerzo en lo establecido por el artículo 3 de la LGP que da cuenta de los presupuestos necesarios para su constitución. En esencia, “se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. A mi juicio, y amparándome en los artículos constitucionales que promueven el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, respaldo esta teoría puesto que el fin de atraer la atención de los viandantes, posibles consumidores potenciales de la información que se desea transmitir, no debe justificar en ningún caso los medios empleados para su obtención. En consecuencia, se debe interpretar que este tipo de publicidad ha de considerarse ilícita por las características del contenido que la invisten.

Así las cosas, se plantea si la publicidad empleada a fin de dar a conocer el advenimiento de una época favorable de consumición en una cadena de ropa la rúbrica de “Remajas” es adecuada al fin que se pretende conseguir. En este supuesto, debemos enjuiciar, dos partes: en primer lugar, la procedencia del mensaje “Remajas” y, en segundo lugar, la utilización de la imagen de tres mujeres, ligeras de ropa, a fin de dar a conocer el producto.

El primero de los términos, el *mensaje*, cuenta con un cierto énfasis en el prefijo “re-” que fusca reforzar el mensaje subliminar que esconde este tipo de publicidad. En estos aspectos, se pretende realizar una comparativa que asocie las Rebajas con las *Remajas*, es decir, una estrategia de *marketing* que pretende atraer, no solo a las consumidoras directas de dichos productos, sino que asimismo, la intención es que el sector masculino, sienta cierta sensación de interés por averiguar cuál es el contenido publicitario. Pese al fin sensacionalista que adquiere dicha publicidad, el resultado no ha sido expuesto mediando el empleo de medios adecuados, puesto que la imagen de las mujeres queda degradada hasta el punto de experimentar una *cosificación* de su cuerpo, constituyendo una discriminación estereotipada del colectivo que se muestra de forma clara ante este tipo de formato publicitario.

⁷ VILAJOANA ALEJANDRE, S.: Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria, Editorial UOC, Barcelona, 2011, pp. 168-173.

⁸ ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “La mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género”, MESA MARRERO, C. y GRAU PINEDA, M. C.: *Mujer y publicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 57-76.

El segundo criterio, el de la *imagen*, da a conocer cuerpos prácticamente perfectos en los que cabe la posibilidad de que su constitución haya sido fruto del *photoshop*. Ello no solo constituye un atractivo para el sector masculino, que puede observar la imagen con cierto lívido sexual, sino que a su vez, puede constituir la causa primaria de que muchas adolescentes se sientan preocupadas por su aspecto⁹ cuando se encuentran en una fase de sus vidas determinadas, lo que puede llegar a generar de forma indirecta, muchos problemas de salud, de autocomprensión, etc.

Planteado el debate en dichos términos, cabe afirmar que la imagen proporcionada por la EMT de Alicante, se trataba de una publicidad discriminatoria, que incumple lo establecido por el art. 3 de la Ley General de Publicidad al ser un claro ejemplo de publicidad sexista. Cabe advertir que dicho supuesto se agrava al entender que el medio utilizado a fin de darle publicidad es la EMT.

Ni que decir tiene, que el servicio de autobuses EMT se trata de una concesión pública que el Ayuntamiento ha otorgado a una empresa privada por un periodo determinado de tiempo. Resulta llamativo pues que en este servicio, no se obtenga un especial celo por la regulación de esta actividad, que debería quedar reflejada en los pliegos contractuales¹⁰ y que por tanto, pueda resultar en muchos casos impune.

No obstante, la Administración pública no es la única destinataria de la necesidad de este tipo de regulación, ya que la discriminación por razón de sexo podría ser expuesta asimismo por *empresas privadas*. En este contexto encontramos el supuesto de “Hazte Oír”. A diferencia del caso anterior, el autobús contiene un mensaje publicitario que *ab initio* fue creado por la Asociación de Menores Transexuales Chrysallis, cuyo tener literal era “Los niños tienen pene. Las niñas tienen vulva. Que no te engañen” a fin de concienciar a la sociedad de la transexualidad infantil.

No obstante, la fundación decidió exponer el mensaje con una nota propia “Si naces hombre, eres hombre. Si eres mujer, seguirás siéndolo”. Fruto del deseo de dar a conocer dicho mensaje a la ciudadanía, el 27 de febrero de 2017 se puso en marcha el autobús por las calles de Madrid. Con carácter previo a la puesta en circulación de este autobús en Madrid, intentaron introducir publicidad con el mismo lema en las ciudades donde la asociación Chrysallis colocó marquesinas.

Frente a dicha decisión, diversos colectivos de ciudadanos solicitan su retirada inmediata por atentar contra los derechos de los menores y ser una publicidad discriminatoria por razón de sexo. Disconforme con dichas pretensiones el autobús siguió circulando hasta que el 28 de febrero de 2017 el cuerpo de policía lo detuvo de forma provisional a la espera de que se resuelva este asunto.

⁹ En consecuencia, se ocupa de una visión estereotipada de la mujer como un cuerpo delgado y joven, casi adolescente, y tal y como recoge el art. 41 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres, “*esta publicidad es ilícita también porque comporta una conducta discriminatoria*”.

¹⁰ BELANDO GARÍN, B.: “La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres”, *Comunicación para el Congreso Internacional de Contratación Pública: La nueva Ley de contratos del Sector Público*, Cuenca, 2017.



Imagen extraída de la página web de RTVE¹¹

Así las cosas, se planteará la posible procedencia del mensaje de la nueva campaña de *Háste Oír*, donde un autobús de carácter privado se convierte en el soporte de la campaña publicitaria que se desea transmitir. Respecto al caso anterior debemos advertir una serie de diferencias.

En primer lugar, el *origen privado del soporte*. En sendos supuestos estamos analizando la emisión de publicidad a través de un mismo medio de transporte, un autobús, cuyo dinamismo de circulación provoca que el mensaje sea más cercano a la totalidad de la ciudadanía. No obstante, debido a su carácter privado, la Administración en ningún caso pudo hacer una previsión del hecho ni regularlo más allá de lo preceptuado en la Ley General de Publicidad, donde establece con carácter genérico que la publicidad en ningún caso deberá ser discriminatoria.

En segundo lugar, la *procedencia parcial del mensaje*. En el caso de “Remajas” tuvimos la ocasión de exponer, que a pesar de que su significante tenía cierta relación con su origen las “Rebajas”, su significado distaba de ser semblante, puesto que del mismo se obtenía un contenido discriminatorio por razón de sexo que a su vez, no encontraba relación con el objeto del mensaje que se deseaba transmitir. Por su parte, el caso del autobús *Háste Oír*, dispone de una parte, que ha sido aceptada por la colectividad y que pretende ser un mensaje de concienciación sobre la transexualidad infantil, y por otro lado, una nota al pie que pretende desvirtuar el primer anuncio. Es por esta causa por lo que se vicia la totalidad del mensaje y se solicita su retirada motivada en la discriminación por razón de sexo suscitada de su emisión.

En tercer lugar, la *parte actora que solicita la retirada del mensaje*. A la hora de delimitar cual ha sido el resultado de dicha campaña, debemos observar quienes han actuado a fin de que se produzca su retirada. En el primer supuesto, el caso de *Remajas*, fue el propio personal del Ayuntamiento quienes, al observar la improcedencia del mensaje, anunció y procedió a la retirada del anuncio de las marquesinas de los autobuses que eran objeto de su concesión. Por su parte, en el caso de *Háste Oír*, observamos que es una totalidad de

¹¹ Información extraída del apartado “Noticias 24 horas” de la página web de RTVE, titulada “[Polémica por el autobús de Háste Oír que difunde en Madrid un mensaje contra la transexualidad](#)”. Fecha de última visita: 28.02.2017.

colectivos y fuerzas políticas quienes requieren a la fundación para que sea esta quien proceda en consecuencia, a la retirada del mensaje de la marquesina de los autobuses. La supresión del mensaje fue ejecutada con carácter inmediato por parte de la Administración en el primero de los casos, mientras que en segundo se han adoptado medidas provisionales a la espera de una posible resolución de tales efectos.

Por último, en cuarto lugar, las *condiciones contractuales*. No debemos olvidar en estos términos el carácter que invisten a ambos casos, concesión y propiedad privada, respectivamente. Precisamente por ello, en el caso de *Remajas*, el Ayuntamiento pudo realizar una previsión previa a su emisión realizando un apunte en las cláusulas contractuales que habilitaban la concesión del servicio, sensu contrario de lo que sucede con el caso *Hazte Oír*. En este segundo supuesto, no existían cláusulas contractuales al tratarse de un autobús de titularidad privada y, en consecuencia, quedando únicamente sujeto a lo establecido en la Ley General de Publicidad.

En suma, aunque el caso de *Remajas* y de *Hazte Oír*, parecen con carácter general semblantes, disponen de un conjunto de diferencias que les son propios y que hemos tenido ocasión de analizar. No obstante, cabe resaltar a estos efectos, la importancia del resultado, que es común a ambos, y no es otro que la emisión de publicidad en soportes no audiovisuales -autobús- que vulneran el principio de discriminación por razón de sexo.

C) La ausencia de sanción de la publicidad emitida mediante un medio no audiovisual.

En el ámbito de la publicidad, el sistema de autorregulación publicitaria ha adquirido una especial relevancia; hasta el punto de que, por un lado, en su Exposición de motivos, la propia Ley General de Publicidad (en adelante LGP) reconoce la existencia de un control voluntario de la publicidad a través de organismos de autodisciplina y, por otro, el texto de la Ley de Conductas Deontológicas incorpora un capítulo destinado a reconocer y fomentar la creación de códigos de conducta asociados a sistemas de autorregulación efectivos. Así, la norma deontológica 10, relativa a la publicidad discriminatoria, establece que la publicidad no sugerirá circunstancias por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona. La mencionada norma deontológica es un fiel reflejo del apartado 1, artículo 4, del Código Internacional de Prácticas Leales en materia de publicidad de la Cámara de Comercio Internacional, relativo a la responsabilidad social, y según lo cual, los anuncios no podrán permitir ninguna forma de discriminación por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo¹² o edad, así como la que sea contraria a la dignidad humana.

En consecuencia, en casos como los antedichos, el Ayuntamiento de Alicante y la Fundación *Hazte Oír* deben proceder a la cesación de la publicidad a fin de poder dar fin a

¹² En cuanto a la discriminación por razón sexual, el Jurado de la Publicidad ha analizado dos campañas publicitarias. En la RJAACC, de 5 de febrero de 1997, Caso “Hombre Martini” (BAACC (BD), núm. 7, marzo 1997), que desestimó la reclamación de FACUA-CECU, ya que no parecía que la publicidad en cuestión supusiese un desprecio hacia el colectivo homosexual. Sensus contrario sucede con la RJAACC de 29 de julio de 2003, Caso “Águila Amstel” (BAACC (BD), núm. 79 octubre de 2003), donde el Jurado sostuvo que la campaña Heinekel España, S.A. discriminaba el colectivo transexual.

la discriminación por razón de sexo existente. Tal medida encuentra su justificación en la imposibilidad de aplicar la rectificación o la modificación del anuncio, puesto que la totalidad de la publicidad vulnera las normas deontológicas previstas por códigos éticos. Por ende, se debe retirar la campaña publicitaria, ocasionando graves perjuicios económicos para el anunciante que deberá realizar una nueva campaña publicitaria en sustitución a la anterior. Cabe subrayar, no obstante, que la clave del éxito de los organismos de autorregulación publicitaria es la rapidez con la que dichos organismos pueden retirar una campaña publicitaria ilícita, frente al dilatado periodo que emplean los tribunales ordinarios a fin de conseguir dicho objetivo¹³.

Por último, cabe resaltar el enclave de la cuestión puesto que la Ley General de Publicidad no prevé un *numerus clausus* de sanciones que se deberían interponer ante la existencia de publicidad ilícita que se encuentren en soportes no contemplados como medios de comunicación y que fomenten la discriminación y atenten contra la violencia de género, entre otro tipo de irregularidades¹⁴. En estos aspectos, la única vía para poder combatir este tipo de publicidad, es la retirada del *spot* del lugar donde fue expuesto. En suma, en el caso de *Remajas* fue la supresión del anuncio de todas las marquesinas de los autobuses de la EMT de Alicante y en el caso de *Hazte Oír* queda pendiente su resolución, que tiene por objeto determinar la posible procedencia de su retirada. Ello conlleva que, en muchos casos, el beneficio del anuncio pueda ser mayor al coste que supone su retirada, puesto que la única medida que se impondrá es con creces inferior al daño causado.

En consecuencia, muchos publicistas encuentran en este tipo de soporte una libertad creativa, sin límites expositivos que puedan frenar cualquier atentado *a priori*: a la igualdad, discriminación por razón de raza, sexo, religión..., de la cual adolecen los medios de comunicación que disponen, en virtud del artículo 58.8 LGCA, de una garantía para sancionar aquellas conductas constitutivas de una vulneración de derechos fundamentales a los ciudadanos en su condición de personas sujetas a derechos y deberes, como tendremos ocasión de analizar en las siguientes páginas.

2. Publicidad transmitida a través de soportes de medios de comunicación.

Los medios de comunicación cuentan por su parte con un papel muy relevante en aras de poder colaborar en la erradicación de la violencia de género. Muestra de ello, es la importancia que adquiere el mensaje que transmiten dichos soportes a la ciudadanía, que a su vez, se convierten en una herramienta de concienciación para toda la sociedad¹⁵. No es insignificante recordar, en el advenimiento de este apartado, que en España todo ciudadano cuenta con el reconocimiento constitucional al derecho a la libertad de

¹³ PATIÑO ALVES, B.: *Autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 144.

¹⁴ BELANDO GARÍN, B.: “Políticas públicas: en especial la contratación”, en la obra de JABBAZ, M. y DÍAZ, C. (coords.): *Guía para la implementación de políticas de igualdad de género en las administraciones públicas*, Editorial GVA, València, 2017, p. 81.

¹⁵ Véase, discapacitados, menores, mujeres, hombres, etc.

expresión e información (art. 20 CE). No obstante, dicho precepto cuenta con limitaciones que disponen que este derecho será restringido cuando vulnere otros derechos fundamentales, véase, el honor, intimidad y propia imagen (art. 20.4 CE).

Partiendo de tales premisas, que a mi juicio resultan esenciales en estos términos, los medios de comunicación deben prestar un cierto celo o cautela en aras de dar cobertura a los contenidos que se suscitan de la actualidad informativa¹⁶. En consecuencia, cuando se trata de casos especialmente sensibles, véase casos de violencia de género, entre otros, deben disponer de especial cura en su tratamiento, puesto que de la información que se transmite, pudiera afectar bien a la víctima, bien a su entorno.

A) Tratamientos informativos de casos de violencia de género.

La enorme importancia económico, política y social que adquieren los medios de comunicación social, con especial referencia a los medios de comunicación de masas, tales como la televisión y la radio, hacen necesaria una regulación que prevea el establecimiento de contenidos audiovisuales, que permitan a su vez, una adecuación de su mensaje a los principios constitucionales. Para ello, debemos de determinar en un primer estadio, que se consideraran medios audiovisuales, para después poder comprender, en segundo lugar, cual ha sido la regulación de los contenidos expuestos a través de los medios informativos.

a) Breve referencia histórica.

El significante que determina que debemos interpretar como medio de comunicación ha experimentado un conjunto de transformaciones a lo largo del tiempo. *Prior tempore*, se consideraban medios audiovisuales: la radio y la televisión y su establecimiento quedaba expuesto al régimen de monopolio, bajo la figura de TVE y la 2. Posteriormente, con la creación de la Ley del Tercer Canal de 1983, se abrió la posibilidad de que determinadas empresas concesionarias pudieran prestar, con carácter privado, un servicio audiovisual, rompiendo de este modo con el régimen anterior en *pro* de la libertad de empresa garantizado en el art. 38 CE.

Entre esta vorágine legislativa, de forma más específica, se aprobó la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que exige a los medios de comunicación, el fomento de la salvaguarda por la igualdad entre hombres y mujeres. Dicho texto normativo pretendía evitar todo tipo de discriminación posible entre los mismos, así como la difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer víctimas de violencia y de sus hijos, teniendo especial cuidado con el tratamiento gráfico de las informaciones y de la publicidad (art. 14). Asimismo, la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, por la cual se pretende garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, fijando como criterio de actuación general de los poderes públicos la adopción de medidas necesarias para la consecución de la erradicación de la violencia de género (art. 14.5 Ley 3/2007), que en el ámbito específico audiovisual

¹⁶ BELANDO GARÍN, B. y MONTIEL ROIG, G.: “La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro”, *Teoría y Derecho, Revista del pensamiento jurídico*, núm. 7, 2010, pp. 227-242.

destaca, la capacidad de las Administraciones Públicas de promover la adopción por parte de los medios de comunicación de los acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento en materia de igualdad entre hombres y mujeres (art. 39.2).

No obstante, la multiplicidad de leyes que regulaban el sector audiovisual provocaron que su establecimiento resultara complejo y en muchos supuestos ineficaz, dada la inseguridad jurídica provocada por la multitud de opciones regulatorias. Por ello, años más tarde, en concreto en el año 2010, sucederían dos aprobaciones legislativas que podrían fin a dicha dispersión reguladora de los medios audiovisuales, manteniéndose las leyes antedichas en materia de regulación de los contenidos de violencia de género en los medios de comunicación. En este escenario encontramos: por un lado, a nivel europeo, la *Directiva de Comunicación Audiovisual* que abriría el abanico de posibilidades en torno a la percepción de que entendemos por medios de comunicación audiovisual, a saber: la radio, la televisión, la prensa online y los videojuegos. Por otro lado, esta Directiva no tardaría a incorporarse al ordenamiento español mediando la transposición en la *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA)*, que pretende regular en el ordenamiento jurídico español, en un solo texto, la televisión y la radio y que provocará una mayor seguridad jurídica en la interpretación de la Ley Audiovisual¹⁷. Esta ley contará dos años más tarde con una pequeña modificación, en concreto por la Ley 6/2012, de 1 de agosto de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual que vino a constituir la *posibilidad* de establecer un sistema de gestión indirecta en la prestación de determinados servicios audiovisuales.

b) La importancia del contenido transmitido.

Las nuevas incorporaciones tecnológicas en las redes de telecomunicaciones y audiovisuales (servicios interactivos, videos bajo demanda, televisión por internet) alteran, sustancialmente el concepto que tradicionalmente se ha dado no sólo a la televisión como servicio de difusión (comunicación pública “*one to many*” en los términos establecidos en la ley de Propiedad Intelectual) sino también al servicio público (que quedan en la órbita de los servicios de telecomunicaciones “*one to one*”). En estos términos, los medios de comunicación constituyen un arma poderosa en la sociedad actual, puesto que de su contenido puede surgir o formarse la opinión pública de una sociedad. Por ello, resulta importante ser cauteloso, puesto que una mala *praxis* puede inducir hacia una conducta o una educación, que lejos de fomentar la erradicación de conductas de discriminación las obvie o incluso, en el peor de los casos, las fomente¹⁸. Es por esta causa, por la que estos medios de la sociedad de la información deben respetar ciertas normas deontológicas y jurídicas que tengan por objeto evitar incidir en la provocación de un mayor sufrimiento

¹⁷ En el mismo sentido, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, se expone ya en su preámbulo que “La norma aspira a promover una sociedad más inclusiva y equitativa y, específicamente, en el que hace referencia a la prevención y la eliminación de discriminaciones de género, en el marco del que establecen en materia de publicidad y medios de comunicación la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres [...]”.

¹⁸ A título de ejemplo, encontramos el caso que se nos presenta en el [video](#) que data del 06 de octubre de 2015 y emitido por RTVE, donde se cometen ciertas irregularidades en aras de expresar como se ha ejecutado las diferentes acciones constitutivas de violencia de género. Fecha de última visita: 10-02-2017.

para quienes son o han sido víctimas de violencia de género y sus familiares, ya que la Constitución establece, ante todo, el respeto a la dignidad de las personas (art. 10 CE).

B) *La regulación del contenido transmitido a nivel autonómico: el Consell Audiovisual Català y el Consejo Audiovisual Andaluz.*

Frente a la creciente sensibilización en la persecución de la igualdad entre hombres y mujeres o la prevención y erradicación de la violencia de género, se están desarrollando diferentes iniciativas legislativas que permitan mostrar el sentir de los ciudadanos en su lucha contra la violencia machista. Como respuesta a este colectivo, se ha producido en los últimos años, una proliferación de literatura deontológica que está compuesta por: códigos éticos, recomendaciones, guías, libros de estilo, etc., que emergen con el objeto de garantizar que los medios de comunicación respeten los derechos que son consustanciales a las mujeres, como ser humano y evitar la “cosificación”. A fin de garantizar las garantías constitucionales que le son propios y evitar la difusión de contenidos que fomenten la violencia de género, se han creado códigos de conductas a los cuales deben atender los medios de comunicación para poder lograr dicho objeto.

En este sentido, se han pronunciado a nivel autonómico, los dos Consejos Audiovisuales existentes en España con el objeto de establecer ciertas pautas que deberán considerar los profesionales de la información. Así pues, en primer lugar procederemos a analizar cuál ha sido la interpretación que se ha dado desde Cataluña, en concreto desde el Consell de l'Audiovisual Català (en adelante CAC)¹⁹, para evitar contenidos informativos que induzcan a la violencia de género:

1. Tratar la violencia de género como violación de los derechos humanos y un atentado contra la libertad y la dignidad de las personas.
2. Seleccionar y diversificar las fuentes de información.
3. Respetar el derecho a la intimidad de las personas agredidas y la presunción de inocencia de los agresores.
4. Respetar la dignidad de la persona agredida y no mostrarla nunca sin su consentimiento previo.
5. Usar conceptos y terminología que se ajusten a la definición de los hechos.
6. Evitar el sensacionalismo, la morbosidad y el dramatismo, tanto por lo que se refiere a la forma (imágenes) cómo al contenido (mensaje verbal) de las informaciones sobre violencia de género.
7. En el proceso de montaje, es preciso escoger sólo aquellas imágenes que aporten contenido. Evitar que se concentre la atención en las personas agredidas.

¹⁹ Recomendaciones del Consejo del Audiovisual de Cataluña sobre el tratamiento de la violencia de género en los programas informativos y de entretenimiento en los medios de comunicación.

8. Evitar cualquier relación de causa-efecto: tanto en lo que se refiere a la situación sociocultural como a las circunstancias personales de los implicados y/o implicadas.
9. Contextualizar la información.
10. No implicar a terceras personas relacionadas sólo circunstancialmente con el caso.
11. Garantizar el seguimiento de la información.
12. Rectificar cualquier información errónea que se haya podido difundir sobre un caso.

En estos aspectos podemos destacar que las Recomendaciones sobre el tratamiento machista en los medios de comunicación en el CAC es el fruto de las diferentes iniciativas colectivas de los agentes sociales que han encontrado su materialización en una regulación específica que permite evitar la emisión de contenidos que afecten a la igualdad de hombres y mujeres. No obstante, el CAC no será el único en pronunciarse en este sentido. Por su parte, desde el Consejo del Audiovisual Andaluz (en adelante CAA), se han realizado las siguientes consideraciones²⁰:

1. La agresión, el asesinato o el homicidio de una mujer víctima de violencia de género es una noticia relevante, de interés general. No la infravalores ni la trates como un caso aislado o como un suceso.
2. Nunca banalices ni frivolices la información, evita inercias periodísticas y los mensajes que pueden insensibilizar a la sociedad
3. Haz siempre periodismo: No difundas rumores ni elucubraciones y opiniones personales de vecinos o allegados.
4. El rigor periodístico exige hechos sucintos, claros y contrastados sobre el caso.
5. Selecciona escrupulosamente el material audiovisual para evitar el morbo o el sensacionalismo.
6. No fomentes la figura neutra de un maltratador con entrevistas a vecinos o familiares que indiquen que es una buena persona y buen ciudadano. Que era una pareja pacífica y sin conflictividad alguna.
7. Es importante el seguimiento judicial de la noticia para que no se quede en información solo de hechos. Informar sobre los juicios, sentencias y condenas contribuye a trasladar a la ciudadanía que el sistema judicial actúa con contundencia frente a la violencia de género.

²⁰ *Guía para el tratamiento informativo de la Violencia de Género*, CAA, Málaga, 2017. Esta Guía es el resultado de una ardua actualización de los códigos deontológicos y recomendaciones hasta la fecha existentes en España, así como las diferentes resoluciones del CAC y casos prácticos a fin de acabar con esta discriminación en el ámbito audiovisual.

8. Para evidenciar que no es un hecho aislado puedes contextualizar la noticia en el problema de la violencia de género unido al caso concreto.
9. Diversifica la información no centrándote exclusivamente en el caso sino en el problema.
10. Tras la violencia de género siempre hay una relación desigual de poder y control del hombre sobre la mujer.
11. Ayuda y protege a las víctimas. Respeta su derecho al honor, a la imagen y a la intimidad.
12. La publicación de mensajes e imágenes personales difundidos a través de las redes sociales por las personas implicadas puede vulnerar el derecho al honor, a la imagen y a la intimidad.
13. Está prohibida la difusión del nombre e imagen de menores de edad, sean víctimas o agresores.
14. La presunción de inocencia es un derecho constitucional que debe prevalecer mientras no exista sentencia firme o confirmación de la culpabilidad por parte de las fuentes policiales o judiciales.

Estas *recomendaciones* que emanan de sendos Consejos Audiovisuales autonómicos han sido incorporadas de forma progresiva, a fin de garantizar una sociedad más inclusiva y equitativa en la eliminación de las diferentes discriminaciones por razón de género. Estas medidas cuentan con una multiplicidad de destinatarios, tales como los medios de comunicación tanto públicos como privados, que ven en dichas pautas un referente en la eliminación de esta lacra social.

Resultan asimismo muy importante realizar un inciso y señalar una propuesta de *lege ferenda* en la que se estime la procedente incorporación de estos derechos en la Comunitat Valenciana como consecuencia del advenimiento de la creación de un Consell de l'Audiovisual València en los términos de lo establecido en el art. 56.3 EACV. Esta idea no es fugaz, puesto que en la actualidad se pretende la materialización de la Ley de Creación del nuevo Ente de Radio y Televisión Pública Valenciana²¹ y junto a la misma, la creación de un Consejo Audiovisual Valenciano, que a mi juicio, debe considerar sendos textos como punto de partida a fin de regular de forma más específica la supresión de la emisión de hechos noticiables que atenten contra la violencia de género en la Comunitat Valenciana. Tal afirmación queda justificada en la gran relevancia que adquiere el papel que desempeñan, en este ámbito de actuación, estos Consejos Audiovisuales que resultan asimismo muy importante a fin de evitar contenidos discriminatorios de diversa índole. Muestra de ello, y dentro de las competencias del CAC observamos por un lado, como recientemente se ha aprobado *el Acuerdo 7/2017, de 25 de enero del Pleno del Consejo*

²¹ Llei 6/2016 de 15 de julio, de la Generalitat, del Servei Públic de Radiodifusió i Televisió d'Àmbit Autònic, de Titularitat de la Generalitat.

Audiovisual de Cataluña, en el que se determina la *Aprobación del informe sobre la representación de los estereotipos de género en la publicidad de juguetes durante la campaña de navidad 2016-2017*²². El acuerdo pretende denunciar el hecho de que el 32,7% de los *anuncios* de juguetes destinados a los niños y adolescente en las navidades, se investían con ciertos contenidos estereotipados de género. Los prestadores audiovisuales analizados para este acuerdo fueron TV3, Super 3/33 y 8tv²³.

Por otro lado, ciñéndonos a casos de *tratamiento informativo* de violencia de género cabe resaltar el *Acuerdo 86/2016, de 16 de noviembre, del Pleno del Consell de l'Audiovisual de Catalunya*, donde de su contenido se despliega el “análisis de una noticia sobre un caso de violencia machista en Esplugues de Llobregat emitida en Telecinco y en Antena 3 TV el 16 de septiembre de 2016”²⁴. Si procedemos al análisis del presente supuesto podemos observar que, respecto a la emisión llevada a cabo por *Telecinco*, se producen diversas vulneraciones de lo preceptuado en las recomendaciones indicadas anteriormente, entre las que podemos citar las siguientes: en cuanto a la segunda recomendación “Seleccionar y diversificar las fuentes de información” las fuentes empleadas fueron extraídas de actores circunstanciales, es decir, una vecina que aparece sin identificar que da a conocer su parecer desde una perspectiva personal. En segundo lugar, se vulnera, asimismo, las recomendaciones cuarta “respetar la dignidad de la persona agredida y no mostrarla nunca sin su consentimiento previo” y la quinta “Usar conceptos y terminología que se ajusten a la definición de los hechos”, ya que los diferentes elementos informativos pueden provocar de forma sencilla la identificación de la víctima y del agresor, mediante la expresión del nombre, la edad y dirección donde se situaban ambos previamente y en el momento de los hechos. No obstante, en sentido positivo, se mantiene la presunción de inocencia del posible agresor. El hecho noticiable, podría asimismo no ajustarse a las recomendaciones 8 y 9, ya que se proporcionan recursos visuales, léxicos o sonoros que pueden ser constitutivos de especulación sobre los hechos y la recomendación 10 por cuanto se indica la nacionalidad tanto de la víctima como del presunto agresor. Las notas positivas que se pueden aducir a este supuesto es el cumplimiento de las recomendaciones recogidas en los apartados 11, 12 y 13 ya que se ofrecen los datos correspondientes a los casos de violencia doméstica que se sucedieron a lo largo del año 2016 y el teléfono de atención a las víctimas en caso de encontrarse en una situación riesgo.

Por su parte, en cuanto al tratamiento de dicha noticia por *Antena 3*, debemos destacar los mismos incumplimientos que en el supuesto de *Telecinco*. Sin perjuicio de lo ya expresado, dista de la anterior cadena privada en su adecuación a las recomendaciones 11, 12 y 13, ya que contextualiza la noticia, matizando la inexistencia de antecedentes maltrato y el desacuerdo del Ayuntamiento que se materializó en un *spot* contra la violencia machista. Tales razonamientos, deberán ser transmitidos tanto a las partes afectadas (*Telecinco* y *Antena 3*), como a la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (en adelante CNMC), a fin de que adopten las medidas que crean por oportunas.

²² Contenido del [acuerdo](#).

²³ Llei 6/2016 de 15 de julio, de la Generalitat, del Servei Públic de Radiodifusió i Televisió d'Àmbit Autonòmic, de Titularitat de la Generalitat.

²⁴ Contenido del [acuerdo](#).

Con estos propósitos, expresados a través de recomendaciones, tanto del Consell de l'Audiovisual de Catalunya como del Consejo del Audiovisual Andaluz, promueven acuerdos y convenios de autorregulación o de corrección con el objeto de ir incorporando de forma paulatina los diferentes criterios que permitan orientar a los diferentes canales en la prestación de contenidos que carezcan de violencia machista y que permitan del mismo modo, la representación de las mujeres en condiciones de igualdad. En suma, para dicha consecución, los medios de comunicación deberán atender a un conjunto de principios éticos como a las guías de conducta prescritas para los medios de comunicación, así como pautas de control *ex post*.

C) La ausencia de regulación del contenido transmitido a nivel estatal: la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia.

Volviendo al fondo del asunto, y descartado el ámbito autonómico, encontramos que deberá ser el ámbito estatal el que deba determinar, *ultima ratio*, cuál será la conducta más recomendable a fin de tratar dichos contenidos informativos. Así pues, por un lado, a nivel teórico, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, recoge una enumeración de los que debieran ser los principios rectores que debieran darse para la correcta emisión de los diferentes contenidos audiovisuales:

- a) Evitar cualquier iniciación al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social (art. 4.2 LGCA).
- b) Respetar la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres (art. 4.2. LGCA).
- c) Respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica –aunque este último concepto no está recogido y desarrollado como tal en la actual legislación española- (art. 4.4 LGCA)
- d) Cumplir el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información y a que esta sea respetuosa con el pluralismo político, social y cultural (art. 4.5 LGCA).
- e) Mandatar a los poderes públicos y prestadores del servicio de comunicación audiovisual a fin de lograr que contribuyan a la alfabetización mediática de los ciudadanos (art. 4.6. LGCA)²⁵.

Por otro lado, a nivel práctico, debemos prestar especial atención a la construcción mediática de la violencia contra la mujer:

- a) Enfoques de la violencia alejados del carácter estructural: atención excesiva al acto violento y en circunstancias individuales.

²⁵ LINDE PANIAGUA, E.; VIDAL BELTRÁN, J. M. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho Audiovisual*, 5ª edición, Colex, Madrid, 2013, pp. 442-443.

- b) Representaciones estereotipadas y sexistas de la mujer basadas en la dominación-subordinación.
- c) Ocultación y distorsión de la relación existente entre las desigualdades de género y la violencia.
- d) Reducir la violencia sobre la mujer al ámbito de las relaciones de pareja.
- e) Falta de transversalidad: las medidas dirigidas a la erradicación de la violencia de género no alcanzan a todos los espacios ni contenido mediáticos²⁶.

La ausencia de regulación de la perspectiva práctica dificulta la tarea de establecer medidas sancionadoras en el caso de que se produzca la emisión de contenidos que fomenten la violencia de género. En suma, podemos afirmar que mientras los Consejos audiovisuales autonómicos cumplen una función social muy importante, como hemos tenido ocasión de señalar en aras de regular los contenidos que atenten contra la violencia de género, en la actualidad, la *CNMC aún no ha adoptado las medidas oportunas a fin de ofrecer un cumplimiento más eficaz de los contenidos audiovisuales en esta materia*. En consecuencia, a pesar de encontrar una previsión parcial en la LGCA, como hemos tenido ocasión de resaltar, sigue en la sombra de las lagunas jurídicas.

A mayor abundamiento, el establecimiento de estas medidas resultarían de enorme eficacia por cuanto se constituyen como las bases que permitirán no incurrir en ulteriores pronunciamientos, en el empleo de los diferentes medios de comunicación, que puedan agravar la situación de las víctimas y sus familiares, al proporcionar una información que puede llegar a ser constitutiva de una vulneración que afecte a derechos fundamentales tales como: el honor, la intimidad y la propia imagen (art. 20.4 CE).

Es por ello, que a mi juicio, se debería considerar la creación de unas normas deontológicas a nivel estatal, que desarrollen y establezcan el cumplimiento de lo establecido *prior tempore* por la Ley 7/2010 y que permita: en primer lugar, dar cumplimiento a las funciones sociales de informar y formar; en segundo lugar, adoptar el asunto desde la perspectiva problemática por cuanto se produce una vulneración de los derechos humanos; y en tercer lugar, adecuar el formato específico a cada medio de comunicación.

III. CONCLUSIÓN.

Los medios de comunicación deben tratar con especial celo las diferentes informaciones en relación a la violencia de género puesto que, en todas sus vertientes, constituyen una herramienta muy poderosa por su cercanía y fácil acceso a la ciudadanía. Por ello resulta

²⁶ La numeración taxativa realizada sobre las recomendaciones de regulación en materia de violencia de género, fue recogida por MONTIEL ROIG, G.: *Publicidad, Medios de Comunicación y Prevención de la violencia de género*, del Máster Oficial en Derecho y Violencia de Género, pp. 15-17.

importante, desde mi punto de vista, que desde los medios de comunicación se empiece a trabajar formando a sus trabajadores en la igualdad, puesto que de la misma se podrá, no solo evitar mayores daños a las víctimas, sino realizar una concienciación social a fin de que casos como el expuesto no se vuelvan a suceder.

Del mismo modo, la importancia del soporte ha quedado patentada en el presente artículo dado que, la diferencia es muy significativa entre sendos formatos. Por un lado, la *Ley General de Publicidad* no prevé sanciones más allá de la *supresión de la publicidad* de aquellos contenidos expuestos en: vallas, carteles y rótulos en calles y plazas, edificios, marquesinas de autobuses. Mientras que la *Ley General de Comunicación Audiovisual* considera que, ante el incumplimiento de las prohibiciones y limitaciones a determinados géneros de publicidad, se deberá considerar *infracción grave* en virtud del artículo 58.8 LGCA, salvo en el caso de la publicidad contraria a la dignidad humana o que fomenta la discriminación, que se califica de *infracción muy grave*.

En consecuencia, este segundo caso, atiende a la inclusión expresa de los contenidos donde el protagonismo lo adquiere la utilización de la mujer (aunque no del hombre) con carácter discriminatorio, como muestra la práctica ya sólida de Autocontrol en la materia denominada “publicidad sexista”²⁷. Pese a ser la LGCA más restrictiva que la LGP, aún queda mucho por hacer puesto que, pese a que a nivel autonómico tanto el CAC, como el CAA establecen un conjunto de recomendaciones a fin de evitar la consecución de contenidos que manifiesten conductas de violencia de género, la CNMC aún no se ha pronunciado en este sentido.

En suma, se deberían a mi juicio establecer por la Autoridad de Regulación estatal mecanismos de control que permitan conseguir la erradicación total de esta lacra en los medios de comunicación, a través de un correcto pronunciamiento informativo de las noticias y de los mensajes que se desean transmitir y conseguir de este modo, la igualdad entre hombres y mujeres en este medio.

BIBLIOGRAFÍA

BELANDO GARÍN, B.:

- “La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres”, *Comunicación para el Congreso Internacional de Contratación Pública: La nueva Ley de contratos del Sector Público*, Cuenca, 2017.
- “Políticas públicas: en especial la contratación”, en la obra de JABBAZ, M. y DÍAZ, C. (coords.): *Guía para la implementación de políticas de igualdad de género en las administraciones públicas*, Editorial GVA, Valencia, 2017.

BELANDO GARÍN, B. y MONTIEL ROIG, G.: “La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro”, *Teoría y Derecho, Revista del pensamiento jurídico*, núm. 7,

²⁷ GUICHOT REINA, E.: *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 182-183.

2010.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: “La Mujeres, Contratos y Empresa Desde La Igualdad De Género”, MESA MARRERO, C. y GRAU PINEDA, M. C.: *Mujer Y Publicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

GUICHOT REINA, E.: *Derecho De La Comunicación*, Iustel, Madrid, 2016.

LINDE PANIAGUA, E.; VIDAL BELTRÁN, J. M. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho Audiovisual*, 5ª Edición, Colex, Madrid, 2013.

LLORIA GARCÍA, P.: “Violencia De Género En El Entorno Digital”, En La Obra De VIVES ANTÓN, T. S., CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Coords.): *Crímenes Y Castigos: Miradas Al Derecho Penal A Través Del Arte y La Cultura*, València, 2014.

MONTIEL ROIG, G.: *Publicidad, Medios De Comunicación Y Prevención De La Violencia De Género*, Del Máster Oficial En Derecho Y Violencia De Género, 2014.

PATÍÑO ALVES, B.: *Autorregulación Publicitaria: Especial Referencia Al Sistema Español*, Bosch, Barcelona, 2007.

PÉREZ RUIZ, M. A.: *Fundamentos De Las Estructuras De La Publicidad*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996.

VILAJOANA ALEJANDRE, S.: *Las Leyes De La Publicidad: Límites Jurídicos De La Actividad Publicitaria*, Editorial Uoc, Barcelona, 2011.



LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS VÍCTIMAS. COMENTARIO DE LA STS (PLENO) NÚM. 91/2017, DE 15 DE FEBRERO

FREEDOM OF INFORMATION AND VICTIMS' RIGHT TO PRIVACY. COMMENT ON STS (PLENUM) N° 91/2017, OF 15 FEBRUARY

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo examina los casos en los que es posible identificar a la víctima de un delito en el marco de una crónica judicial.

PALABRAS CLAVE: Libertad de información; derecho a la intimidad; víctimas; derecho al olvido.

ABSTRACT: This paper examines cases in which it is possible to identify the victim of a crime in judicial journalism.

KEY WORDS: Freedom of information; right to privacy; victims; right to be forgotten.

FECHA DE ENTREGA: 18/02/2017/FECHA DE ACEPTACIÓN: 25/02/2017.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Protección reforzada del derecho a la intimidad de las víctimas respecto al de los autores del delito.- 3. Parámetros para enjuiciar la legitimidad de la identificación de la víctima.- 3.1. La naturaleza del delito.- 3.2. La doctrina de los actos propios.- 3.3. El tiempo transcurrido (*derecho al olvido* también de las víctimas).- 3.4. La imposibilidad legal de identificar a las víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.- 4. Hasta dónde es legítimo informar sobre circunstancias íntimas de las partes del proceso.

1. Recientemente el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia núm. 91/2017, de 15 de febrero (rec. nº 3361/2015), que incide sobre la siempre interesante cuestión del derecho a la intimidad de las partes implicadas en procesos penales y, más concretamente, sobre el tema de la identificación de las víctimas: se plantea el problema de averiguar hasta qué punto y en qué circunstancias la libertad de información puede justificar que en una crónica judicial se desvele el nombre de aquéllas, así como otros datos relativos a su intimidad.

El caso tiene su origen en un reportaje publicado en la edición impresa y digital de un diario de Zamora, que se refería a un suceso acaecido el día anterior, consistente en que el demandante había sido herido por su hermano, quien le había disparado con un arma de fuego, habiéndose suicidado después.

Según se relata en la propia sentencia, “El artículo periodístico contenía datos que permitían identificar al demandante: su nombre (Millán), el de su hermano, y las iniciales de sus apellidos, el apodo de su hermano, la dirección exacta del domicilio familiar, que su padre había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad, etc. Asimismo, al informar sobre quienes habían presenciado los hechos, se indicaba que la madre del demandante padecía la enfermedad de Alzheimer”.

El demandante ejercitó una pretensión encaminada a que se declarase que el referido reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (así, como en su propia imagen, si bien este aspecto no nos interesa en el presente comentario y lo obviaremos). Sostenía que se le había causado un daño moral “por el que solicitaba que se condenase a la editora del diario a pagarle una indemnización de treinta mil euros (o la suma que estimara el tribunal haciendo uso de la facultad moderadora) y a publicar la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al procedimiento, así como a retirar las fotografías y datos personales familiares (nombre y dirección del domicilio materno) de la noticia de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico y a no volver a publicarlos en cualquier soporte”.

Tal demanda fue sustancialmente estimada en primera instancia, considerando el Juez *a quo* que “la información publicada, cuya veracidad se reconocía, suponía una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante, puesto que se revelaban numerosos datos

personales del demandante y de su familia, que permitían su identificación y eran innecesarios para la información”. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, utilizando una argumentación semejante, a saber, que el artículo publicado era veraz y tenía relevancia o interés público, “pero que no se justificaba la prevalencia de la libertad de información sobre la intimidad personal en la publicación de determinados datos íntimos y personales y familiares”; y ello, porque “Se trataba de datos innecesarios, de los que se podía prescindir sin limitar la información como derecho fundamental”.

La parte demandada interpuso recurso de casación, en uno de cuyos motivos (el que aquí nos interesa) argumentaba que la sentencia recurrida había infringido el derecho fundamental a la libertad de información.

El recurso fue estimado (en este punto) por el Tribunal Supremo, que afirma lo siguiente:

“Ciertamente, se trata de una materia en la que es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque las circunstancias concurrentes en cada caso pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho.

En este caso, dado que la gravedad de la intromisión en la intimidad no es intensa, que el interés de la noticia (y, por tanto, la relevancia pública momentánea de los implicados en ella) es importante en el contexto de una ciudad como Zamora, y que la información se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, la sala considera que debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa.

Una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, ha informado de forma veraz sobre unos hechos graves, de trascendencia penal y relevancia pública, en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, que ciertamente ha identificado a las personas que resultaron implicadas en tales hechos pero no ha revelado otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables ni ha aumentado significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía o se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna extralimitación morbosa y ha respetado los cánones tradicionales de la crónica de sucesos, no ampararía adecuadamente el ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a cánones constitucionales”.

2. El inicio del comentario debe partir de una premisa indiscutible: hay procesos penales que son de interés general en cuanto que la información sobre los mismos contribuye a formar una opinión pública libre, razón por la cual las personas implicadas en estos procesos pueden tener que soportar intromisiones en su derecho a la intimidad. Esta afirmación no es más que una aplicación de la constante doctrina jurisprudencial que atribuye a la libertad de información sobre asuntos de interés público un carácter tendencialmente preferencial sobre el derecho a la intimidad de las personas afectadas [v., a este respecto, entre otras, STC núm. 190/2013, de 18 de noviembre (RTC 2013, 190),

F.J. 6º; STC núm. 7/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 7), F.J. 4º, y STC núm. 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), F.J. 5º].

El interés general puede reclamar que el informante identifique a las partes del proceso, en particular, a quienes son acusados o condenados por un delito, si se trata de personajes, que, por sí mismos, tienen relevancia pública (pensemos en políticos implicados en casos de corrupción), pero también cuando se trate de personas que, aun careciendo habitualmente de proyección social, sin embargo, la han adquirido pasajeramente por razón de estar implicadas en un proceso penal noticioso.

La sentencia comentada constata, así, que “es pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC núm. 178/1993, de 31 de mayo, núm. 320/1994, de 28 de noviembre, núm. 127/2003, de 30 de junio) como de esta sala (sentencias núm. 129/2014, de 5 de marzo, y núm. 587/2016, de 4 de octubre, que reconoce esa relevancia pública a la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (SSTC núm. 154/1999, de 28 de septiembre, núm. 52/2002, de 25 de febrero, núm. 121/2002, de 20 de mayo)”.

No obstante una cosa es clara: el grado de intromisión en la intimidad que deben soportar los acusados o condenados y las víctimas del delito no puede ser el mismo; y ello, porque el padecimiento psicológico de quien sufre un delito no debe ser agravado innecesariamente, viéndose expuesto a la curiosidad pública, en lo que se ha llamado una “segunda victimización”, si no existe una buena razón para ello, la cual ha de ser apreciada con más rigor que en relación con el autor (aunque sea meramente presunto) del delito.

Es, por ello, que hay que enjuiciar muy positivamente el art. 22 de la Ley núm. 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de las víctimas del delito, que, con carácter general, protege el derecho a la intimidad de aquéllas en los siguientes términos: “Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

También merece un juicio muy positivo el vigente art. 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en la redacción dada al precepto por la disposición final 1.18 de la referida Ley núm. 4/2015, de 27 de abril), cuyo n° 1 faculta al Juez o Tribunal para acordar, incluso de oficio, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exija “la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima”; y, en su n° 2, se le permite, además, prohibir “la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección”, así como “la obtención, divulgación o

publicación de imágenes” de la misma. Por último, el n° 3 del precepto no es que faculte al Juez o Tribunal para prohibir, sino que prohíbe, “en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas”.

En fin, el vigente art. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cuya redacción actual también se debe a la disposición final 1.18 de la referida Ley núm. 4/2015) prevé que el Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, pueda “restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias”, cuando resulte imprescindible para preservar “el derecho a la intimidad de las víctimas”, facultándoles también para prohibir que se graben y difundan imágenes de las aquéllas o que “se facilite la identidad” de las mismas.

Nos encontramos, pues, ante una creciente preocupación legislativa por proteger la intimidad de la víctima y, en concreto, por salvaguardar su anonimato, que, a mi parecer, no puede ser desconocida a la hora de determinar los límites de la libertad de información en la crónica de procesos penales de interés general. Dicha preocupación está, ciertamente, presente en la sentencia comentada, aunque, en mi opinión, no de manera suficiente (de hecho, llama la atención que al resolver el caso no se haga ninguna referencia a los preceptos mencionados).

Concretamente, quiero resaltar el siguiente párrafo, que tomaré como punto principal de referencia en este comentario: “Esta sala ha considerado que, en determinadas circunstancias, la divulgación no consentida de la identidad de la víctima supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (sentencias núm. 127/2000, de 21 de febrero, núm. 272/2011, de 11 de abril, núm. 478/2014, de 2 de octubre, y núm. 661/2016, de 10 de noviembre). Hemos declarado que tal ilicitud concurre en casos tales como el de las víctimas de delitos gravemente atentatorios de su dignidad, como son los delitos sexuales o de violencia contra la mujer, información sobre hechos acaecidos hace tiempo en los que los familiares de la víctima en estado de coma han mostrado expresamente su negativa a que se desvelaran sus datos de identidad, información sobre los datos de una víctima que en todo momento manifestó su voluntad de preservar el anonimato y que posibilitaba que el conocimiento de su identidad se extendiera fuera de su círculo de allegados, etc.”.

3. Dicho párrafo es importante, porque se refiere a concretos parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de considerar si es, o no, legítimo revelar la identidad de una víctima u otras circunstancias íntimas de la misma.

3.1. El primero de tales parámetros es el de la naturaleza del delito, pues los hay “gravemente atentatorios” de la dignidad de la víctima, como son, efectivamente, los delitos sexuales o de violencia contra la mujer. En estos casos, como regla general, se ha de acentuar la preservación del anonimato de la víctima en las informaciones sobre el proceso.

A este respecto existe una consolidada doctrina jurisprudencial. La STC núm. 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002, 185), F.J. 4º, por ejemplo, consideró que “en los reportajes reseñados fueron desvelados de forma innecesaria aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente que debieron mantenerse reservados, como lo son su propia identidad y la circunstancia de su virginidad”. Concretamente, se había facilitado su edad, nombre completo, las primeras letras de sus apellidos y el número de la calle donde tenía su domicilio habitual, datos, que “permitieron perfectamente a sus vecinos, allegados y conocidos la plena identificación de la víctima, y con ello el conocimiento, con todo lujo de detalles, de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal como haber sido víctima de un delito contra la libertad sexual, hecho éste sobre el que, como mínimo, ha de reconocerse a la víctima el poder de administrar su publicitación a terceros”. Concluye el TC, afirmando que “En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir (que la persona detenida como supuesto autor de los hechos tras ser identificada por la víctima, negaba la autoría que se le imputaba)”.

La STC núm. 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127), F.J. 9º, en un caso parecido, consideró también ilegítimos los reportajes en que se habían revelado, “de forma innecesaria, aspectos de la vida personal de una víctima de abusos deshonestos y de varias violaciones cometidos por su padre. Los artículos habían desvelado, “de forma indirecta e inequívoca su identidad”, puesto que facilitaron la edad que tenía en el momento de celebración de la vista oral, las primeras letras de su nombre y apellidos, así como los del padre y presunto autor de las agresiones, y el de la pequeña localidad en la que éstas habrían tenido lugar. Además, el segundo reportaje se había ilustrado “con una fotografía que muestra, de perfil pero claramente reconocible e identificable, al padre de la víctima, dejándose además en el pie de foto constancia de la condición de acusado del retratado”. Observa el TC que “Ninguna duda existe sobre la consideración de los sucesos de relevancia penal como acontecimientos noticiables [...] Y ello, con independencia incluso del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, como aquí es el caso [...] Pero dicha consideración no puede incluir la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público, por innecesaria para transmitir la información que se pretende”. “En definitiva –concluye, los datos que los reportajes periodísticos examinados revelan sobre la joven agredida, en la medida en que permiten su completa identificación, exceden de cuanto pueda tener relevancia informativa en relación con la agresión sexual padecida y su enjuiciamiento, por lo que no puede merecer la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE”.

Por cuanto concierne a los delitos de violencia contra la mujer, la necesidad de respetar el anonimato en las informaciones se refuerza por el art. 63 de la Ley Orgánica núm. 1/2004, de 28 de diciembre, a cuyo tenor: “1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia. 2. Los Jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas”.

A este respecto, la STS núm. 661/2016, de 10 de noviembre (rec. n° 3318, 2014) observa que “la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia núm. 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias núm. 128/2011, de 1 de marzo, y núm. 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia núm. 547/2011, de 20 de julio)”.

A mi parecer, tiene razón la sentencia comentada, cuando afirma que no puede dejar de reconocerse que hay ciertos delitos especialmente lesivos para la dignidad de las víctimas en los que la identificación de las mismas es particularmente intolerable. Ahora bien, pienso que cuando estamos ante personas carentes de proyección social habitual, que, aun a su pesar, se han visto envueltas en un proceso judicial en condición de víctimas, se ha de ser *siempre* muy respetuoso con su derecho a la intimidad (tal y como se deduce del art. 22 del Estatuto de las víctimas del delito).

Desde mi punto de vista, la circunstancia de que el hecho delictivo del que se informa sea de interés general no significa necesariamente que ese mismo interés general exija conocer la identidad del que lo sufre: yo creo que la víctima tiene derecho a permanecer en el anonimato, salvo que la formación de una opinión pública libre exija sacrificarlo. Por ello, estimo que en el caso litigioso estuvieron más acertadas las sentencias de instancia, al entender que había existido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, ya que la revelación de su identidad no era necesaria para informar a la sociedad del suceso.

El Tribunal Supremo afirma que la “gravedad de la intromisión en la intimidad no es intensa”. No obstante, opino que lo que, principalmente, había que preguntarse es si la intromisión, consistente en revelar la identidad de la víctima, era, o no, necesaria para transmitir una noticia que, sin duda, era relevante. Yo creo que no, pero es que, además, la valoración sobre la baja intensidad de la intromisión es discutible: ciertamente, el demandante no había sido objeto de un delito que objetivamente fuera especialmente ofensivo para su dignidad (como puede serlo un delito de violación o de violencia de género), pero, a mi entender, no tenía por qué soportar ser señalado ante sus convecinos como víctima de un asesinato frustrado, cometido por su propio hermano, posteriormente muerto por suicidio. Me parece que estamos ante un delito

particularmente morboso, susceptible de alimentar la curiosidad ajena, especialmente, la de los habitantes de un ámbito geográfico reducido; por ello, estimo que, por muy justificada que estuviera la crónica del suceso, la revelación de la identidad del demandante supuso una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad.

No estoy de acuerdo con dos argumentos del Tribunal Supremo tendentes a negar el carácter lesivo de la intromisión: el primero, el del “reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia” (el del periódico, editado en la ciudad de Zamora), creo que no sirve para excluir la ilegitimidad de la misma, sino, simplemente, para moderar la cuantía de la indemnización del daño moral subsiguiente (de acuerdo con el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982); el segundo, el de que la información no “ha aumentado significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía o se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida”, tampoco lo comparto: me parece evidente que, precisamente, la identificación de la víctima en una noticia aparecida en un periódico de referencia de una ciudad pequeña, como es Zamora, hizo que de manera inmediata y generalizada se le relacionara con unos hechos particularmente desagradables e invasivos de su intimidad, personal y familiar.

La solución (a mi entender, desacertada) a la que en esta ocasión llegó el Tribunal Supremo contrasta con la posición mantenida por la STS núm. 272/2011, de 11 de abril (rec. nº 1747/2008), que consideró ilegítimo que en dos artículos periodísticos que informaban sobre un asunto de evidente interés general, un incidente ocurrido en un Instituto entre una profesora de dibujo y una alumna de 14 años (como consecuencia del cual aquélla había perdido parte del índice de la mano derecha), se indicara su nombre, primer apellido, edad, profesión, institución en la que daba clases y materia que impartía. Observa, así, que “existió una falta de consentimiento de la afectada para la publicación de sus datos de identidad respecto de un hecho en el que aparecía, principalmente, no como autora de una conducta reprochable, sino como víctima de una mutilación producida en un incidente con una menor de gran repercusión social; lleva a la conclusión de que dicha revelación afectaba a un aspecto de su esfera íntima ligado a su integridad y a su cualidad de víctima de un suceso negativo que deseaba mantener reservado; y permite apreciar el carácter desproporcionado de la información suministrada sobre este punto, la cual no tiene carácter necesario ni era idónea para transmitir la información pertinente desde el punto de vista del interés público sobre el hecho producido, que giraba en torno a un incidente entre una menor y una profesora en el que la identidad de las intervinientes carecía de relevancia alguna, mientras que su publicación no podía tener otro sentido que revelar su condición personal como víctimas del suceso”.

3.2. El segundo de los parámetros aludidos en el párrafo de la sentencia transcrito (2, *in fine*) es el relativo a la actitud que la propia víctima (o quien la represente) haya adoptado durante el proceso en relación con la preservación de su intimidad: habrá, así, que valorar especialmente, si “en todo momento manifestó su voluntad de preservar el anonimato”, haciendo uso, en su caso, de las posibilidades de actuación que le brindan el art. 62 de la Ley Orgánica núm. 1/2004, de 28 de diciembre, o, con carácter general, los arts. 681 y

682 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que es consecuente con la disposición del art. 2.1 de la Ley Orgánica núm. 1/1982, de 5 de mayo, según la cual la protección de la intimidad “quedará delimitada” atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”.

Me parece interesante detenerme en el examen general de este parámetro, aunque el mismo careciera de trascendencia en el caso litigioso, ya que el demandante no tuvo tiempo de realizar conducta alguna tendente a preservar su intimidad antes de la publicación de la noticia, ya que ésta tuvo lugar el día siguiente al que se produjeron los hechos.

A este respecto es destacable la STS núm. 478/2014, de 2 de octubre (rec. núm. 979/2012). El recurso tiene su origen en un procedimiento ordinario para la tutela de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen que fue iniciado, en su representación, por los padres de una joven víctima del atentado del 11-M, que se hallaba en estado neurovegetativo, como consecuencia de las graves lesiones sufridas durante el mismo, y que, desde entonces, permanecía ingresada en una Unidad de Daño Cerebral. En concreto, los padres sostenían que había existido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de su hija, como consecuencia de la publicación de un reportaje en el suplemento dominical de un periódico (coincidiendo con el tercer aniversario del atentado), que llevaba por título “Muerta en vida desde el 11-M” y en el que se habían divulgado, sin su consentimiento, datos de la víctima, referentes a su situación clínica y a su vida personal, familiar y profesional, junto con tres fotografías.

La pretensión fue desestimada en primera instancia, por considerar el Juez *a quo* que “el hecho de ser víctima del 11-M determinaba que fuera de interés general la información publicada, aun a su pesar”. Apelada la sentencia, fue revocada por la Audiencia, quien argumenta que los padres “desde el atentado hicieron todo lo posible por preservar la situación de su hija frente al conocimiento público”, habiéndose mostrado reservados a la hora de hacer públicos los aspectos referentes a la trágica experiencia vivida, siendo por completo innecesario para transmitir la información sobre la grave situación de determinadas víctimas del 11-M que se personificase en Alejandra, y que se mencionase datos íntimos y reservados sobre su persona, familia, trabajo, etc., ya que con ellos se la identificaba como víctima, contra su voluntad, más allá de su esfera más próxima”.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida en casación. Reconoce que “el reportaje emitido tiene interés público”, al tener como finalidad, “poner en conocimiento del público en general las graves secuelas sufridas por la víctima en el atentado terrorista del 11 M, coincidiendo con el tercer aniversario del suceso, y de la celebración del juicio oral”, en una de cuyas sesiones fue citada la víctima “cuyas secuelas habían sido calificadas como unas de las más graves”. Admite, así, que la víctima había adquirido una “relevancia pública sobrevenida”, pero que “En el presente caso, las circunstancias de tratarse de una persona desvalida de modo irreversible, la falta de autorización, expresa o tácita de sus padres que ejercen la tutela, sus propias manifestaciones obstativas a que se divulgara la situación personal de su hija, no pueden alterar la prevalencia del derecho a la intimidad frente al derecho de la información. El artículo podía causar el mismo impacto y

conseguir la misma finalidad que perseguía, de indudable interés público, sin necesidad de personalizar en una concreta víctima, de la que no se ha recabado el oportuno consentimiento de quienes están a su cuidado”.

Comparto la idea de que la víctima que durante el juicio intenta preservar su anonimato debe ver reforzada la protección de su derecho a la intimidad. Ahora bien, ¿qué sucede a las víctimas que han procedido de manera diversa? ¿han de soportar necesariamente que los medios de comunicación puedan revelar su identidad al informar del proceso? No lo creo, porque una cosa es renunciar a una actuación procesal tendente a preservar el anonimato en el ámbito judicial en el que se está incurso, y otra, muy distinta, es verse expuesto a la curiosidad pública como consecuencia de las noticias publicadas por los medios, los cuales, obviamente, multiplican el conocimiento de los hechos de los que informan.

Me parece significativo el caso resuelto por la STS núm. 661/2016, de 10 de noviembre (rec. núm. 3318/2014). El litigio tuvo su origen en dos noticias, dadas en una televisión regional, en las que se informaba de la celebración de un juicio oral por violencia de género y en las que, para ilustrar dicha información, se utilizaba la imagen de la víctima y daban de algunos datos personales de la misma (nombre y lugar de residencia), narrándose, además, que el agresor era un hombre siciliano que había conocido por internet, el cual la había atado a la cama con los cables de un ordenador, golpeándola y amenazándola con un cuchillo para intentar sacar dinero de su cuenta. En primera instancia se desestimó la demanda de la víctima, que pretendía que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos a la imagen y a la intimidad, argumentado el juzgador que las imágenes difundidas se habían obtenido en la vista del juicio oral, que era público, y que la demandante no había solicitado “la celebración de la vista a puerta cerrada ni la adopción de ninguna medida intermedia entre la audiencia pública y la celebración a puerta cerrada para excluir la entrada de determinados medios técnicos de captación o difusión de información, como cámaras fotográficas, de video o televisión (por ejemplo, el tratamiento a posteriori de las imágenes de forma que no pudiera reconocerse su rostro)”. La sentencia de segunda instancia sólo estimó parcialmente el recurso de apelación, limitándose a condenar a la demandada a eliminar de la información que constaba en su página web los contenidos consistentes en la imagen y datos personales de la demandante.

El Tribunal Supremo llega a otra solución, a todas luces, más razonable. Afirma que “La circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante hoy recurrente tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, omisiones que la sentencia recurrida considera relevantes para no apreciar una intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la recurrente, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada *victimización secundaria*, que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral”.

Concluye, así: “En definitiva, la cadena de televisión demandada debió actuar con la prudencia del profesional diligente y evitar la emisión de imágenes que representaban a la recurrente en primer plano, bien absteniéndose de emitir las correspondientes tomas, bien utilizando procedimientos técnicos para difuminar sus rasgos e impedir su reconocimiento (sentencia núm. 311/2013, de 8 de mayo). De igual modo, también debió evitar la mención de su nombre de pila, porque este dato, insuficiente por sí solo para constituir intromisión ilegítima, pasó a ser relevante al pronunciarse en pantalla simultáneamente con la imagen de la demandante y añadirse la mención de su localidad de residencia, datos todos ellos innecesarios para la esencia del contenido de la información, como demuestran las noticias sobre el mismo juicio publicadas al día siguiente en otros medios”.

3.3. El tercero de los parámetros a los que se refiere el párrafo de la sentencia transcrito (2, *in fine*) es el del tiempo transcurrido desde que aconteció el suceso del que se informa (habla, así, de la información sobre hechos acaecidos hace tiempo).

En realidad, estamos ante una circunstancia, que, claramente, debe valorarse en orden a determinar la legitimidad de la identificación, tanto de la víctima como del autor del delito.

Hoy es, así, comúnmente admitido que existe un *derecho* al olvido de las personas condenadas, en el sentido de que no les es exigible soportar intromisiones desmesuradas en sus derechos al honor y a la intimidad, una vez pasado un tiempo prudencial desde que acaecieron los hechos delictivos, si no persiste un interés actual de la sociedad en conocerlos. Por ello, debe reconocerse a quienes ya han pagado su deuda con la sociedad y se hallan rehabilitados, 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 realidad, la necesidad de garantizar un *derecho al olvido* se impone, cada vez, con mayor fuerza, como consecuencia del desarrollo de la informática y de las nuevas tecnologías, que pueden perpetuar de manera indefinida el recuerdo de los hechos delictivos y hacerlos accesibles a una multitud indiscriminada de personas.

La STS núm. 545/2015, de 15 de octubre (rec. núm. 2772/2013) ha reconocido, así, el *derecho al olvido digital*, afirmando que “ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos,

haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos”. En el caso concreto, consideró contrario a los derechos al honor e intimidad de los demandantes que en la web de un periódico, en el que se recogía una noticia aparecida muchos atrás en versión impresa (la condena de los mismos por un delito de contrabando de drogas), no hubiera ningún código ni instrucción que impidiera que los motores de búsqueda indexaran las palabras contenidas en el código fuente, concretamente sus datos personales, y las almacenaran en sus bases de datos para permitir búsquedas mediante la utilización de estos datos (nombre y apellidos) como palabras clave. Así mismo, en la web se incluían las instrucciones *index* y *follow*, que potenciaban la indexación del contenido de la página y su inclusión en las bases de datos de los motores de búsqueda, mejorando el posicionamiento de esta página en las listas de resultados obtenidos al realizar una búsqueda utilizando como palabras clave el nombre y apellidos de los demandantes (que hacía años habían cumplido sus condenas, se habían desintoxicado y se habían reinsertado socialmente).

Posteriormente, la STS (Pleno) núm. 210/2016, de 16 de marzo (rec. núm. 3269/2014) ha confirmado el reconocimiento de este el *derecho al olvido digital*, considerando procedente la condena al pago de 8.000 euros, no al editor de una web (como en el caso anterior), sino a un motor de búsqueda en internet (*Google Spain*), por no haber cancelado en 2010 los datos relativos a la concesión de un indulto que tuvo lugar en 1999 por un delito contra la salud pública cometido en 1981, desatendiendo, así, el requerimiento de la persona afectada, con la consiguiente vulneración de sus derechos al honor y a la intimidad. Dice, así, que, “una vez transcurrido un plazo razonable, el tratamiento de datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista, utilizando el nombre y apellidos de una persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento. El daño provocado a los derechos al honor y a la intimidad del afectado resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico, por la afectación que sobre la vida privada tiene la interconexión de la información que realizan los motores de búsqueda y por el efecto multiplicador de la injerencia propio de la ubicuidad de los contenidos en la red”.

Si como se ha dicho, es comúnmente admitido que el autor de un delito cometido en el pasado, que ha cumplido su condena y está rehabilitado, tiene *derecho al olvido* de esta circunstancia a fin de poder rehacer su vida, con mayor razón, lo ha de tener quien es una víctima inocente del mismo. Es más, creo que el tiempo que tiene que pasar para apreciarse la legitimidad de la intromisión en la intimidad de una víctima ha de ser mucho menor que el que se exige respecto del delincuente. A mi parecer, la víctima tiene *derecho a ser dejada en paz* tan pronto como desaparezca el interés general que exigía identificarla como sujeto pasivo de un delito noticioso, como consecuencia del cual alcanzó de modo transitorio una relevancia pública que, por sí misma, no tenía.

Esta idea está presente en la sentencia comentada, que considera infundada una “condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran”, informa de un hecho de interés general; y que, con el fin de estimar el recurso de casación de la demanda, resalta que la noticia se acomoda “a los cánones de la crónica de sucesos”; y, concretamente, que “Se trata de una información dada inmediatamente después de que sucedieran los hechos (en la edición en papel del diario, apareció al día siguiente)”. En todo caso, como ya he dicho, a mi entender, por muy temporánea que fuese la información (que lo fue), el interés general a conocer asuntos de interés público no exigía que se revelase la identidad del demandante.

3.4. Hay un cuarto parámetro al que la sentencia comentada no se refiere, sin duda, porque nada tenía que ver con el caso enjuiciado, pero al que no podemos dejar de mencionar, cual es el de la necesidad de garantizar el anonimato de las víctimas que sean menores de edad o que sufran una discapacidad.

A este respecto, hay que recordar que el art. 22 del Estatuto de las víctimas del delito, contempla una protección reforzada del derecho a la intimidad, que se traduce en la obligación de adoptar las medidas necesarias “para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Así mismo, que art. 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe, “*en todo caso*, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta”.

4. Otra de las cuestiones suscitadas es la de determinar hasta qué punto, una vez determinada la identidad de la persona implicada en el proceso, es posible desvelar circunstancias íntimas de la misma, problema que, desde luego, se plantea, tanto respecto de las víctimas, como respecto de los autores de delitos.

La sentencia reproduce la doctrina jurisprudencial existente sobre la materia, expresada en SSTS (Pleno) núm. 485/2016, de 14 de julio (rec. núm. 1805/2015), y núm. 587/2016, de 4 de octubre (rec. núm. 108/2015), a las que se cita explícitamente y de las que, en esencia, se deduce que sólo es posible informar sobre datos íntimos de la persona, cuyo conocimiento tenga interés general desde la óptica de la creación de una opinión pública libre, lo que excluye las *extralimitaciones morbosas* plasmadas en el relato de hechos que no tengan relación con la noticia narrada.

La STS (Pleno) núm. 485/2016, de 14 de julio (rec. núm. 1805/2015), en el conocido caso judicial, que afecta al yerno del anterior Jefe del Estado, consideró improcedente que en diversos medios de comunicación se revelara y se especulara sobre el contenido de unos correos electrónicos (que su socio había intentado aportar al juicio), de los que quizás

podía deducirse la existencia de una infidelidad conyugal conocida y perdonada por su mujer.

Así, tras reconocer “la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, con independencia de la condición del sujeto privado o persona afectada por la noticia”, afirma: “Pero en este caso, la información no se limitó a la incidencia meramente procesal de que uno de los imputados en el procedimiento intentó aportar al mismo unos correos electrónicos con datos privados y personales de otro de los encartados, sino que abundó en el contenido de tales mensajes, incluyendo unos juicios de intenciones sobre la reacción de la esposa ante las supuestas infidelidades, y haciendo mención a una hipotética relación sentimental del demandante con una modelo rusa (lo que ni siquiera tenía relación con los correos en cuestión). Es decir, incurrió en la extralimitación morbosa antes indicada, con la única finalidad de satisfacer la curiosidad de personas interesadas en las vidas ajenas sin justificación constitucional o legal para ello”.

La STS núm. 587/2016, de 4 de octubre (rec. núm. 108/2015) consideró, en cambio, legítimo, que en un reportaje periodístico sobre una maestra, que había interpuesto una querrella (que no prosperó) contra 14 alumnos (a los que imputaba 8 delitos) se identificara el nombre y apellidos de la querellante, así como que había estado de baja laboral, por un estado de depresión y ansiedad, que, según ella, habría sido “desencadenado a consecuencia de todos los actos de hostigamiento sufridos, necesitando tratamiento médico para restablecerse”. Tras constar el notorio interés público de la noticia, afirma que “para justificar la imputación a los querellados de un delito de lesiones fue la propia querellante la que aludió a su estado de salud y en los mismos términos en que lo plasmó la noticia, donde tales datos íntimos vieron la luz solo por su conexión directa con el núcleo de la información (entra dentro de lo razonable que la referencia a los delitos que se imputaban a los alumnos, objeto de querrella, siendo el de lesiones uno de ellos, determinara la mención de la afectación física o psíquica, del daño corporal en que la querellante fundamentaba su comisión); y concluye: “no existe una *extralimitación morbosa*, una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar *los hechos y delitos objeto de la querrella*”.

Volviendo al caso que nos ocupa, la sentencia comentada afirma “que la noticia se acomoda a los usos sociales, y concretamente a los cánones de la crónica de sucesos, que es un género periodístico tradicional (...) No se exponen los hechos con extralimitación morbosa, ni se desvelan hechos íntimos sin relación con lo sucedido, es más, ni siquiera se hace referencia a la causa de la desavenencia familiar. La mención a la enfermedad de la madre se justifica porque tenía cierta relevancia para informar sobre lo acaecido: solo presenció los hechos un sobrino, la madre estaba presente pero se encontraba en un estado avanzado de Alzheimer, y tuvo que ser llevada a casa de unas vecinas”.

En este punto estoy de acuerdo con la sentencia, pero, como ya he dicho, lo discutible es que fuese legítimo desvelar la identidad de la víctima.



¿DERECHO PENAL O DERECHO CIVIL? BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROTECCIÓN ACTUAL DEL BIEN JURÍDICO INTIMIDAD

CRIMINAL LAW OR CIVIL LAW? BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE CURRENT PROTECTION OF PRIVACY AS LEGAL INTEREST

LUIS DE LAS HERAS VIVES

Abogado

Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano

luisdelasheras@icab.cat

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad advertir acerca de la problemática que se plantea a la hora de proteger la intimidad. Ante un determinado acontecimiento lesivo de la intimidad tanto la vía civil como la penal son jurídicamente pertinentes por lo que habrá que elegir una. Esta situación plantea importantes problemas con los principios inspiradores del orden penal que requerirán revisión por el legislador.

PALABRAS CLAVE: intimidad; derecho penal; derecho civil.

ABSTRACT: This paper aims to warn about the problems that arise when privacy is protected. Before a certain event harmful to privacy, the civil and criminal procedures are legally relevant, so you have to choose one. This situation raises important problema with the principles inspiring the criminal order what will requiere revision by the legislator.

KEY WORDS: privacy; criminal law; civil law.

FECHA DE ENTREGA: 27/02/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017

SUMARIO: 1. Problemas de orden práctico en la tutela de la intimidad.- 2. Principio de mínima intervención penal.- 3. La expansión del derecho penal en la tutela de la intimidad.- 4. Significado y alcance de la intimidad: insuficiencia para determinar su tutela desde el derecho civil o penal.- 5. Necesaria revisión de la normativa actual.

1. Desde una perspectiva eminentemente práctica y sin prolijos debates de orden dogmático, es habitual que cuando una persona ante un determinado acontecimiento de la realidad entiende que su intimidad ha sido vulnerada -obviando ahora cualquier calificación jurídica- considera que la intromisión es de tal magnitud que merece el mayor de los reproches jurídicos.

En el mejor de los casos, esta persona desconocerá que el ordenamiento jurídico le brinda para la protección de ese bien jurídico dos cauces distintos: el civil (o el social, contencioso o castrense si los hechos han ocurrido bajo una determinada condición personal de las partes o circunstancia que hace que la cognición del asunto quede atraída por dichas jurisdicciones) y el penal.

La pregunta, entonces, es evidente ¿qué diferencia hay entre la vía civil y la penal? Y más allá de las oportunas explicaciones de naturaleza procesal (entre las que habitualmente surge el de la obtención de fuentes de prueba y costas, y respecto de estas la realidad nos demuestra que muchas veces se acude a la jurisdicción penal porque el riesgo de la imposición de costas a la acusación particular se diluye a diferencia de lo que ocurre para el demandante en la civil) en un lenguaje fácilmente comprensible se termina explicando a esta persona que aunque ambas jurisdicciones están dirigidas a tutelar la intimidad, la penal se reserva para aquellas situaciones que objetivamente resultan más graves.

Como apuntábamos, conviene recordar la obviedad en la medida que va a determinar el recorrido jurídico de la cuestión: quien ha visto afectada su intimidad entiende que su situación es la más grave de las posibles y, por lo tanto, desea que se condene criminalmente a su agresor (por la esfera de afectación suele estar presente cierto sentimiento vindicativo). Y ello con independencia que la práctica habitual del ejercicio profesional nos demuestra que, en la mayoría de casos, la víctima o perjudicado termina cifrando en un precio la intromisión ilegítima cuya obtención le hace olvidar su anhelo por la imposición de una pena.

En estos casos, mal que pese, el papel del abogado resulta habitualmente trascendental para que el asunto termine siendo conocido por el Juzgado de Primera Instancia o Penal, pues queda a su arbitrio (en puridad, del cliente) determinar qué escrito de parte será el que inicie el procedimiento para tutelar la intimidad, a saber, demanda o querrela (o denuncia, no obstante, por superfluo ahora no es momento para entrar en el debate procesal acerca de su naturaleza).

En síntesis, según la experiencia forense, la concreción en el mundo material -en ocasiones enfrentado con el idealismo académico- del principio de *ultima ratio* es ajena a todo jurista que su ámbito intelectual o profesional quede alejado de los juzgados. Ello, lógicamente, sin perjuicio de la teorización sobre estas cuestiones.

Resulta evidente que en caso de activar la jurisdicción penal es al juez instructor a quien le compete inicial e indiciariamente valorar la naturaleza criminal de los hechos, sin embargo, como se puede apreciar, es extremadamente complejo *a limine* determinar, por ejemplo, en el ámbito de la tutela del honor que las expresiones “cara anchoa” o “chambón” son constitutivas de un delito de injurias del art. 208 CP o bien una lesión civil del honor tutelable por vía del art. 7.7 LO 1/1982, máxime cuando las circunstancias subjetivamente lesivas, según doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (vid. STC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 2329), son de interés para la depuración del asunto en la medida que una misma afirmación puede tener diferente repercusión en función de cada persona. O en el ámbito de la intimidad, por ejemplo, se trate de una divulgación que menoscabe gravemente la intimidad personal (art. 197.7 párrafo 1 *in fine*) lo que a todas luces supone un criterio necesitado de tasación jurídica.

De lege data, la principal referencia, más allá de los criterios cualitativos o descripciones específicas de los tipos penales respecto de la dicción de la norma civil, la encontramos en el art. 1.2 LO 1/1982 que dispone que “cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”. Y a este respecto en su exposición de motivos puede leerse que: “Establece el artículo primero de la misma la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Pero no puede ignorar que algunos de esos derechos gozan o previsiblemente gozarán de una protección penal. Así ocurre con el derecho al honor, amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, título X, del vigente Código Penal, y con determinados aspectos del derecho a la intimidad personal y familiar.”

En definitiva, el problema como pone de relieve COBOS GÓMEZ DE LINARES “consiste en que el afectado será quien escoja si seguir la persecución civil o la penal contra él dirigida, debido al solapamiento de conductas en unos y otros preceptos, a pesar de la sorprendente afirmación que esta ley hace [el autor se refiere a la LO 1/1982] en su Preámbulo, en el que atribuye preferencia a la aplicación de la ley penal” [COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: “Capítulo VII: Delitos contra el honor”, en AA.VV.: *Manual de derecho penal: parte especial I (adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal)* (dir. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Akal, Madrid, 1994, p. 253].

2. Puede decirse que es comúnmente aceptado en la praxis judicial que la imposición de una pena criminal ha de encontrar justificación no sólo en la necesidad de tutelar aquellos bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, sino también en la idea de que

el derecho penal ha de sancionar únicamente las agresiones más graves e intolerables [AP Palencia 9 noviembre 2000 (ARP 2000, 2659)].

Por otro lado, veíamos que con el derecho penal no se agotan los cauces jurídicos de protección de bienes jurídicos, en la medida que estos pueden quedar perfectamente protegidos por la leyes civiles, sociales, administrativas, etc.; por lo que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de recurrir a otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico [STS 21 julio 2011 (RJ 2011, 5546)].

Ahora bien, cuando se alude a la expresión “principio de mínima intervención”, en puridad no se está haciendo alusión a un principio de interpretación del derecho penal, sino de política criminal por lo que el destinatario no es tanto el operador jurídico como el legislador que es a quien compete la elaboración de las leyes penales, pues como señala nuestro Alto Tribunal: “se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la Ley penal, que, en las concepciones actuales, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que, en este caso, ni siquiera se podría plantear” [STS 28 febrero 2011 (RJ 2005, 1905)].

Dicho lo anterior, coincidirá el lector que en la actualidad hay una tendencia social generalizada a considerar que la única manera real de protección de bienes jurídicos es mediante el recurso al orden punitivo. Lo cual, en cierta manera, responde a la proliferación del populismo punitivo que anida y se exige desde voceros y tertulias, y que, en el caso de la intimidad, ha estado íntimamente ligado con la aparición de nuevos fenómenos sociales como el *sexting* y el morbo circundante a pronunciamientos penales relacionados con la problemática surgida en torno al binomio acceso lícito-difusión ilícita.

3. Centrándonos brevemente en lo inmediatamente apuntado, tradicionalmente, y hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, nuestro Código Penal en su artículo 197 únicamente atribuía consecuencias jurídico penales a la captación de imágenes o grabaciones audiovisuales de forma subrepticia sin el consentimiento de la víctima, es decir, cuando se obtenían ilícitamente. De manera que la obtención lícita suponía la atipicidad de la conducta; ello sin perjuicio de la reconducción de la conducta a otras figuras distintas de las descritas en el artículo 197 CP, o, por supuesto, las consecuencias jurídico civiles que pudieran dimanarse.

El legislador, sin embargo, con la reforma del código penal de marzo de 2015, ha pretendido dar respuesta penal, precisamente, a los casos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, ahora bien, siempre y cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión lesione gravemente la intimidad de la persona afectada.

Hasta la vigencia del actual 197.7 CP, la jurisprudencia a la hora de dar respuesta al conflicto surgido de la difusión, revelación o cesión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con el consentimiento de la víctima, lo hacía bien mediante la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; bien por medio de la reconducción de la conducta a otras figuras delictivas como por ejemplo las injurias.

El apartado primero del artículo 197 anterior a la reforma, pretendía la salvaguarda de los secretos y, además, la intimidad de las personas, siendo lo relevante, a efectos de configurar el tipo penal, el apoderamiento o interceptación sin consentimiento. En este sentido, cuando la propia víctima era quien enviaba las imágenes o videos impedía al órgano sentenciador la subsunción de la conducta en dicho precepto. Como decíamos más arriba, ante la imposibilidad de aplicar el artículo 197 CP, la jurisprudencia para no dejar penalmente impune la conducta, en ocasiones buscó otras alternativas jurídicamente razonables, así, por ejemplo, la SAP Lleida 90/2004, de 25 de febrero, a propósito de un caso de difusión inconsentida-origen lícito, aplicó en el art. 208 en relación con el 209 del CP, es decir un delito de injurias con publicidad, concretamente se lee en la sentencia: “en cuanto el acusado lejos de exhibir la cinta de vídeo ante un reducido grupo de personas asegurándose de que no se copiara o trascendiera fuera del grupo, difundió la cinta para que la visionara el mayor número de gente, hasta el punto de que manifestó considerar la posibilidad de pasarla por internet tal como se desprende de la declaración en el juicio del testigo Don. Eusebio, quien declaró que él le dijo al acusado que retirara las copias, entendiéndose que lo transcrito en el acta a continuación es la respuesta del acusado: «que no las retiraba y que a lo mejor las pasaba por internet»”. Lo que suponía, sin entrar ahora a mayor debate y análisis de la cuestión, la condena por un delito contra el honor y no por uno contra la intimidad.

Ante este panorama jurídico e impulsado por la presión mediática cuya cota máxima se alcanzó a propósito del caso de Olvido Hormigos durante el verano 2012. Recordemos que el problema de la concejala de Yébenes se suscitó con ocasión de la viralización de un video sexual que esta había enviado a su pareja sentimental, quien, según la denuncia que interpuso la afectada, traicionó su confianza divulgándolo. El Juzgado de Instrucción forzosamente desestimó la relevancia penal de los hechos a la vista que la obtención del material audiovisual había tenido lugar lícitamente (Olvido Hormigos se lo envió voluntariamente a su pareja). Lógicamente esta cuestión desató un tsunami de tertulias, conferencias, artículos, etc. respecto de esta cuestión jurídica y la necesidad o no de criminalización (de la que ahora no podemos dar cuenta por extenderse del objeto de este artículo).

El legislador consideró que la protección penal de la intimidad resultaba insuficiente e ineficaz y decidió introducir en nuestro ordenamiento jurídico el art. 197.7 CP según el cual “[s]erá castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa

persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

La solución, más bien parche, seguía y sigue sin dar respuesta al principal escollo jurídico al que se enfrenta la recta tutela de la intimidad en una democracia occidental; esto es, cuando entra en juego el derecho penal frente al civil. Pues la única referencia sigue siendo el propio sentir del ofendido y los parámetros culturales vigentes al momento.

4. Respecto de la intimidad, de igual manera que ocurre con otros conceptos como el de honor, toda persona es capaz de definir con relativa exactitud y precisión su significado (vid. CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93). De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como “que no se metan en mi vida” o “me dejen en paz”.

Desde el punto de vista académico, las definiciones de intimidad son múltiples. Así, por ejemplo DE VERDA sostiene que “la intimidad es un espacio de privacidad que la persona tiene derecho a preservar del conocimiento de los demás, por referirse a aspectos que sólo a ella atañen y entroncan con su propia dignidad (p.ej., sus convicciones religiosas, sus relaciones afectivas no exteriorizadas socialmente o la información genética) (DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 72) o ROMEO CASABONA refiere la intimidad con “aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular sobre los que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros, entendiendo por tales, tanto los particulares como los poderes públicos” (ROMEO CASABONA, C.M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función de tutelar el derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1988, pp. 25 y ss.).

Sin embargo, la complejidad de definir jurídicamente el derecho a la intimidad alcanza tal dificultad que uno de los autores del proyecto de ley británica de protección de la intimidad expresó que esta fracasó porque fue incapaz “de establecer una distinción precisa entre lo que el público tiene derecho a saber y lo que un hombre tiene derecho a conservar sí mismo (vid. URABAYEN, M.: *Vida privada e información*, cit. p. 13.). En este sentido me parece acertada la conclusión a la que llega FARIÑAS MATONI cuando evidencia que “al hablar de derecho a la intimidad es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo, y, sobre todo, adoptar una concepción lo suficientemente

flexible que sea capaz de adaptarse al cambio y evolucionar en consonancia, sin desvirtuarse” (FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, p. 357).

Sobre el contenido del derecho a la intimidad, tampoco faltan las aportaciones por la doctrina. Así por ejemplo NOVOA MONREAL trata de enumerar prolijamente aquello que puede incardinarse en la categoría de vida privada: i) ideas y creencias religiosas, filosóficas, políticas que el individuo desee sustraer del conocimiento ajeno, ii) cuestiones relativas a la vida amorosa y sexual, iii) aspectos de la vida familiar no conocidos por extraños, especialmente aquellos que son embarazosos, iv) defectos o anomalías físicas o psíquicas no ostensibles, v) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto, vi) comunicaciones orales o escritas de naturaleza personal, vii) la vida pasada del sujeto, especialmente la que causa bochorno, viii) orígenes familiares que dañen la posición social y, en igual caso, cuestiones relativas a la filiación y a los actos de estado civil, ix) el cumplimiento de funciones fisiológicas de excreción y hechos o actos relativos al propio cuerpo, x) momentos penosos o de extremo abatimiento, y xi) en general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos, cuyo conocimiento por otros produzca turbación moral o psíquica al afectado (NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, cit. p. 31).

También pueden verse a este respecto las conclusiones a las que se llegaron en la Conferencia de Juristas Nórdicos en Estocolmo los días 22 y 23 de mayo de 1967 (el objeto del congreso fue discutir el significado y alcance del derecho a la *privacy*), y que consensuaron entre juristas de provenientes de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Sueca, Austria, Brasil, Ceilán, Estados Unidos, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, India, Irlanda, Japón y Países Bajos, que en la intimidad quedarían comprendidos los casos siguientes: “I) El registro de una persona. II) La violación y registro del domicilio y de otros locales. III) Los exámenes médicos, psicológicos y físicos. IV) Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes, referentes a una persona. V) La interceptación de la correspondencia. VI) La captación de los mensajes telefónicos o telegráficos. VII) La utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o de otros sistemas de escucha. VIII) La grabación sonora y la toma de fotografías o películas. XI) El acoso por los periodistas u otros representantes de medios de comunicación social. X) La divulgación pública de hechos referentes a la vida privada. XI) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por consejeros profesionales o dadas a autoridades públicas obligadas al secreto. XII) El acoso de una persona (por ejemplo, vigilándola, siguiéndola o molestándola con llamadas telefónicas) (EDITOR.: “La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad”, *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 31, 1967, p. 3).

Desde un punto de vista de la praxis judicial, nuestro Tribunal Constitucional (vid. por todas, la STC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127) sobre el objeto, origen, contenido y finalidad del derecho a la intimidad, ha expresado que:

En primer lugar, el derecho a la intimidad tiene por objeto “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de

su voluntad (entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 83/2002, de 22 de abril; FJ 5)".

En segundo lugar, que el origen del derecho a la intimidad se halla "estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6), de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2)".

En tercer lugar, que el contenido del derecho a la intimidad es el "derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; caso Costello-Roberts, de 25 de marzo de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)".

Y, por último, que el *telos* del derecho a la intimidad es la "existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)" (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Pues bien, abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6)".

5. Según hemos visto hasta ahora, no hay ninguna disposición legal ni criterio asumido que permita discriminar cuando un asunto ha de recabar tutela penal o civil, y, por tanto, quedará al prudente y razonable arbitrio del operador jurídico. Y como decía, no solo del juez a la hora de resolver, sino del propio abogado que elegirá inicialmente que vía que considera más oportuna. Aunque la evidencia hace pensar que primero se llamará a las

puertas de la jurisdicción penal y si esta falla, pues difícilmente habrá mayor coste para pretendidamente damnificado que el de la minuta del letrado y el arancel del procurador si lo hubiere; siempre queda recurrir a la jurisdicción civil.

En este orden de cosas, cuando nos enfrentemos a expresiones que el legislador nos da como es la de “menoscabe gravemente a su vida” o simplemente haya que discernir si el ataque a la intimidad es tan grave como para tener relevancia penal, será necesario bucear en el abismo de jurisprudencia para hallar un precedente que nos ampare.

Por poner un ejemplo que ilustre la problemática: el art. 7.4 de la LO 1/1982 dispone que “[t]endrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: (...) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”; y el art. 199 CP dispone que “el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”.

Siguiendo con este ejemplo, nuestro Alto Tribunal en su STS 4 de abril 2001 (RJ 2001, 2006), tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso cuyo relato fáctico en síntesis es el siguiente: “la acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación Provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales para prestar asistencia neurológica a una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, «como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales de embarazo», circunstancia ésta que fue manifestada a su madre la que a la primera ocasión en el pueblo lo comunicó a la hermana”.

En primera instancia [SAP Valencia 14 mayo 1999 (ARP 1999, 2093)], entendió que podía estarse ante un ilícito penal pues “la acusación, dar alcance penal a lo que en términos vulgares, no es más que simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón y que a veces, cuando el afectado es persona conocida le puede suponer ingresos millonarios por vías del consentimiento, facilitando incluso la noticia o por la vía civil, entablado demanda contra el honor”.

Por su parte, el TS no comparte el criterio de la Audiencia en lo que se refiere que la conducta al divulgarse no tiene relevancia penal al no tratarse más que de simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla o del corazón, pues “la afirmación frivoliza sobre sentimientos de forma no ajustada a la realidad. La divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto”, imponiendo la pena de prisión de 1 año, 12 meses de multa y una RC de dos millones de pesetas.

En definitiva, sirva el caso expuesto como botón de muestra acerca de un problema que presenta difícil solución a la vista del carácter dinámico del bien jurídico intimidad que depende de los valores imperantes en cada momento histórico, pues es la sociedad quien determina qué dimensiones de la vida son merecedoras de mayor o menor recelo (FRIED,

C.: “Privacy”, *Yale Law Journal*, vol 77, núm. 3, 1968, p. 493); que se une a que cada persona sufre y padece de diferente forma los ataques contra los derechos de la personalidad.

A la vista de lo expuesto, deviene necesario dado el panorama legislativo actual que se acometa por el legislador la delimitación entre la jurisdicción civil y penal en materia de protección de los derechos de la personalidad, especialmente en el ámbito de la intimidad, siendo que en caso de subsistir dudas en su articulación normativa deba rechazarse el recurso al derecho penal, y ello como garantía de progreso en un Estado de Derecho, pues no pueden obviarse los graves perjuicios que se causan a quienes se ven sometidos a todo un proceso penal desde posiciones puramente vindicativas o espurias.

BIBLIOGRAFÍA

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: “Capítulo VII: Delitos contra el honor”, en AA.VV.: *Manual de derecho penal: parte especial I (adaptado a los programas de las oposiciones a ingreso en las carreras judicial y fiscal)* (dir. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA), Akal, Madrid, 1994.

CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROMEO CASABONA, C. M.: *Poder informático y seguridad jurídica. La función de tutelar el derecho penal ante las Nuevas Tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1988.

FARIÑAS MATONI, L. M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983.

NOVOA MONREAL, E.: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI de España Editores, S.A., 6ª ed., Madrid, 2001.

EDITOR.: “La Conferencia Nórdica sobre el Derecho a la Intimidad”, *Boletín de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 31, 1967.

FRIED, C.: “Privacy”, *Yale Law Journal*, vol 77, núm. 3, 1968.



USO DE IMAGEN TOMADA DE PERFIL DE FACEBOOK PARA ILUSTRAR UNA NOTICIA DE INTERÉS PÚBLICO. NUEVO COMENTARIO DE LA STS (PLENO) NÚM. 91/2017, DE 15 DE FEBRERO

THE USE OF IMAGE TAKEN FROM THE FACEBOOK PROFILE TO ILLUSTRATE A CASE OF PUBLIC INTEREST. NEW COMMENT ON STS (PLENUM) N° 91/2017, OF 15 FEBRUARY

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo examina la legitimidad del uso de la imagen tomada del perfil de Facebook de la víctima de un delito para ilustrar un reportaje de interés público.

PALABRAS CLAVE: Libertad de información; derecho a la propia imagen; perfil de Facebook.

ABSTRACT: This paper examines the legality of using an image taken from the Facebook profile of the victim of a crime to illustrate a press report.

KEY WORDS: Freedom of information; right to own image; Facebook profile.

FECHA DE ENTREGA: 25/02/2017/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 28/02/2017.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. La autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad.- 3. El consentimiento expreso a las intromisiones autorizadas por el titular del derechos.- 4. Facebook y la doctrina de los actos propios.- 5. El carácter accesorio de las imágenes ilustrativas de reportajes de interés público.

1. En el presente número de esta revista me he ocupado ya de la reciente Sentencia núm. 91/2017, de 15 de febrero (rec. núm. 3361/2015), del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en un comentario que lleva por título “Libertad de información y derecho a la intimidad de las víctimas”(pp. 278 291). En este nuevo comentario voy a referirme a otra de las cuestiones tratadas por la Sentencia y, que, sin duda, es la que ha motivado que haya sido dictada por el Pleno, a saber, la relativa a si es lícito usar imágenes obtenidas de perfiles de Facebook para ilustrar informaciones de interés público.

Un periódico local había publicado la imagen de la víctima de un delito (una persona herida, que había sido atacada por su hermano con una pistola, quien después acabaría suicidándose), junto con otros datos que permitan su identificación. El demandante interpuso demanda en la que alegaba que había existido una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, demanda que fue estimada en ambas instancias. Sin embargo, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación, entendió que no había habido intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, pero sí en su propia imagen, afirmando que “el interés público que suscitaba el suceso violento y que justificaba que el diario de la demandada informara sobre el mismo, incluso con identificación de los afectados por el suceso, no exigía ni justificaba que se publicara la imagen de la víctima del suceso, obtenida en su perfil de una red social, sin su consentimiento expreso”.

La sentencia contiene importantes precisiones sobre el derecho a la propia imagen, al que, siguiendo una constante doctrina jurisprudencial, define como “un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta”.

2. La primera de dichas precisiones es la que insiste en el carácter autónomo del derecho a la propia imagen.

Dice, así: “La circunstancia, alegada por la recurrente, de que la fotografía publicada en el diario no capte la imagen del recurrente en una actividad de su vida privada no excluye la

existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen”; y más adelante: “que la fotografía no suponga una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen, que tiene un contenido propio y específico, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Este derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, en tanto que el aspecto físico es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y un factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, y constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo”.

Este pronunciamiento es interesante, porque no estamos ante una declaración meramente *obiter dicta*, sino que en la sentencia se extraen consecuencias prácticas de la consideración teórica del derecho a la imagen como un derecho de la personalidad autónomo; y ello, en un doble sentido: por un lado, se declara que existe una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del demandante que, en el caso enjuiciado (siempre según el criterio del Tribunal Supremo), no constituye una simultánea intromisión en su derecho a la intimidad; y de otro, afirmado este extremo, se reduce a la mitad la indemnización fijada la sentencia recurrida, pues, siendo menos grave la intromisión (sólo se lesiona un derecho fundamental) el daño moral causado es más leve: “la demanda versaba sobre dos hechos diferenciables (identificación del demandante en la información escrita, que atentaba contra su derecho a la intimidad, y reproducción de su imagen obtenida de una red social sin su consentimiento expreso, que atentaba contra su derecho a la propia imagen). Dado que hemos considerado que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo fue ilícita la intromisión en su derecho a la propia imagen, la indemnización debe reducirse a la mitad de la fijada en la sentencia recurrida por la vulneración de ambos derechos”.

A mi parecer, debemos distinguir netamente, la formulación objetiva de la doctrina de la autonomía del derecho a la propia imagen (con la que no se puede dejar de estar de acuerdo) y la concreta aplicación que de la misma se hace en el caso litigioso (que adelante no compartir).

En el art. 18 CE (y lo mismo en la Ley Orgánica núm. 1/1982, de 5 de mayo) existe un expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen, posición que contrasta, con la de otros textos constitucionales, donde no existe un específico reconocimiento del referido derecho, por lo que la protección constitucional de la figura humana sólo es posible, considerando ésta una específica manifestación de la vida privada de la persona y, como tal, objeto de tutela a través del derecho a la intimidad. Ello explica la confusión conceptual en la que suele incurrir una parte de la doctrina foránea, entre “imagen” e “intimidad”, confusión en la que lamentablemente también incurren algunos de nuestros autores, que explican la expresa mención constitucional del derecho a la propia imagen, por el mero hecho de que en la actualidad el mayor riesgo de que la intimidad pueda vulnerarse es el de la divulgación de aspectos de la vida privada o familiar a través de fotografías u otro tipo de reproducciones gráficas.

Sin embargo, no cabe duda de la autonomía conceptual del derecho a la propia imagen, respecto de los otros derechos que se regulan en el art. 18 CE, ya que éstos protegen bienes jurídicos distintos (el buen nombre de la persona o el ámbito de la vida, personal o familiar, que un individuo se reserva como propio y ajeno al conocimiento de los demás), sin perjuicio de que, en ocasiones, una intromisión en la propia imagen pueda suponer una injerencia simultánea en el honor o intimidad de la persona, cuya figura se representa. En estos casos, como afirma la STC núm. 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156), F.J. 2º, “la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos”. Y este desigual reproche de la acción, desde la perspectiva constitucional, también habrá que mantenerlo en el orden civil, de modo que la lesión de dos o más bienes de la personalidad implicará una mayor gravedad de la infracción y por ende una mayor cuantía de la indemnización.

Es, así, posible que, mediante la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere el honor de una persona, si se la representa en alguna actitud vejatoria o degradante, que pueda hacer desmerecer su buen nombre, su propia estima o su consideración ante la sociedad, o si a la fotografía se le añade un comentario injurioso. Es también posible que, a través de la captación, reproducción o publicación de una fotografía, se vulnere la intimidad de una persona, si se la representa en algún momento de la vida privada, si se reproducen partes íntimas de su cuerpo, como sucede, cuando aparece desnuda, o si la fotografía va acompañada de comentarios sobre aspectos de su vida privada. Ahora bien, cabe que, mediante una fotografía, se vulnere el derecho a la propia imagen de una persona, pero, en cambio, no su honor, ni su intimidad. Es, por ejemplo, el caso de una fotografía de una persona, que no menoscabe su buen nombre, ni revele ningún aspecto de su vida íntima, pero que haya sido captada, reproducida o publicada sin su consentimiento, lo que, en sí mismo, constituirá una intromisión ilegítima en el derecho que le asiste a determinar la representación gráfica generada por sus rasgos personales (a no ser que concurra una autorización legal para tal intromisión en aras de la libertad de información). El bien protegido por el derecho a la propia imagen es la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y, de ahí, que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones, supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos.

La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia del TC, que ha despejado algunas dudas, como, por ejemplo, las planteadas por la STC núm. 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4º, en la cual se afirma que los derechos a la intimidad y a la propia imagen salvaguardan “un espacio de intimidad personal y familiar que queda substraído a intromisiones extrañas. Y en ese ámbito de intimidad, reviste singular importancia la protección del derecho a la

propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad”.

La STC núm. 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139), F.J. 4º, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que no obstante, “se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”. En el caso concreto, se enjuiciaba la legitimidad de la intromisión en el derecho a la propia imagen, ocasionada por cinco fotografías, publicadas en la revista “Diez Minutos”, hechas durante un viaje que un conocido hombre de negocios (Alberto Cortina) había realizado con una mujer famosa (Marta Chávarri), con la que públicamente mantenía una relación sentimental, y en las que ambos aparecían en una reserva de caza en Kenia. El TC apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen del recurrente, pero no, una vulneración de su derecho a la intimidad, vulneración ésta, que no se había alegado en ningún momento, ya que las fotografías no revelaban nada que no fuera conocido socialmente, porque la relación de afectividad era pública. La ilicitud estribaba, pues, en la pura reproducción de la figura de una persona, sin su consentimiento, lo que, “per se”, constituyó una intromisión legítima en un bien de la personalidad, su imagen. En este sentido hay que interpretar la afirmación, contenida en la sentencia, F.J. 5, de que lo que se pretende con el derecho a la propia imagen “en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”.

La misma doctrina, de la autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad, se contiene en otros fallos, en los que, sin embargo, se aprecia una lesión conjunta de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. V. así, STC núm. 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156), F.J. 2º; STC núm. 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), F.J. 4º; STC núm. 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), F.J. 6º; STC núm. 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19), F.J. 4º; y STC núm. 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), F.J. 4º.

En el caso que nos ocupa, la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo es impecable, hallándose en perfecta sintonía con el art. 18 CE y la jurisprudencia constitucional, pero, a mi entender, yerra en su aplicación concreta, ya que, en mi opinión, el periódico demandado vulneró también el derecho a la intimidad de la víctima. Dice el Tribunal Supremo que, si bien el interés público de la noticia legitimaba para informar de ella, sin embargo, “no exigía ni justificaba que se publicara la imagen de

la víctima del suceso”. Pues bien, a mi parecer, la misma idea era predicable del derecho a la intimidad de la víctima: para informar de la noticia no era necesario identificarla.

Sobre este punto, ya me he ocupado en el precedente comentario al que me he referido (*supra* 1). Me limitaré, pues, a recordar que, desde mi punto de vista, la circunstancia de que el hecho delictivo del que se informa sea de interés general no significa necesariamente que ese mismo interés general exija conocer la identidad del que lo sufre: la víctima tiene derecho a permanecer en el anonimato, salvo que la formación de una opinión pública libre exija sacrificarlo. Por ello, estimo que en el caso litigioso estuvieron más acertadas las sentencias de instancia, al entender que había existido una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, ya que la revelación de su identidad no era necesaria para informar a la sociedad del suceso.

El Tribunal Supremo afirma que la “gravedad de la intromisión en la intimidad no es intensa”. No obstante, opino que lo que, principalmente, había que preguntarse es si la intromisión, consistente en revelar la identidad de la víctima, era, o no, necesaria para transmitir una noticia que, sin duda, era relevante. Yo creo que no, pero es que, además, la valoración sobre la baja intensidad de la intromisión es discutible: ciertamente, el demandante no había sido objeto de un delito que objetivamente fuera especialmente ofensivo para su dignidad (como puede serlo un delito de violación o de violencia de género), pero, a mi entender, no tenía por qué soportar ser señalado ante sus convecinos como víctima de un asesinato frustrado, cometido por su propio hermano, posteriormente muerto por suicidio. Me parece que estamos ante un delito particularmente morboso, susceptible de alimentar la curiosidad ajena, especialmente, la de los habitantes de un ámbito geográfico reducido; por ello, estimo que, por muy justificada que estuviera la crónica del suceso, la revelación de la identidad del demandante supuso una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad.

3. La segunda de las precisiones que realiza la sentencia se refiere a la necesidad de que las intromisiones autorizadas sean *expresamente* consentidas por el titular del derecho a la propia imagen, tal y como exige el art. 2.2 de la Ley Orgánica núm. 1/1982, de 5 de mayo.

Con toda corrección, observa que “Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas”. Con igual pertinencia, afirma que “El consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto”, por lo que “cuando no se trata de un personaje con proyección pública, el consentimiento expreso en un determinado uso público de dicha imagen por parte de su titular no legitime cualquier otro uso público de tal imagen por parte de un tercero para el que no se haya dado ese consentimiento expreso”.

Creo, en efecto, que hay que considerar que el carácter expreso del consentimiento no se refiere tanto a la forma de prestarlo, como a cada uno de los posibles usos de la imagen (captación, reproducción o publicación), los cuales deberán ser específicamente autorizados. Por ello, el hecho de que una persona haya consentido ser fotografiada no autoriza a deducir que implícitamente haya dado también su autorización para la publicación de las fotografías. Así mismo, 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 [SSTS 24 abril 2000 (Tol 1837) y 24 diciembre 2004 (Tol 340987)]. El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho [SSTS 3 de diciembre 2008 (Tol 1413580) y 2 junio 2010 (Tol 1878914)] por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico, no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.

No puede, pues, dejar de compartirse la afirmación de la sentencia comentada de que “El consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el *consentimiento expreso* que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona”.

Ahora bien, en realidad, la parte demandada no había reprochado en el recurso a la sentencia recurrida que la misma aplicara indebidamente el art. 2.2 de la Ley Orgánica, sino que argumentaba que la circunstancia de tener la víctima una cuenta de *Facebook* en la que se incluía una fotografía suya de libre acceso había “de tomarse en consideración como constitutiva de actos propios que excluyen el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen, a la vista de la anterior conducta del titular”. Por lo tanto, el precepto que realmente parecía invocar la demandada (no sé si refería a él expresamente, pues no se menciona en el resumen que de la formulación del motivo correspondiente se hace en la sentencia comentada) era el art. 2.1 de la Ley Orgánica, según el cual la protección de la propia imagen “quedará delimitada” atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma”.

El art. 2.1 obedece a una lógica distinta a la del art. 2.2, porque no se mueve en el ámbito de las intromisiones expresamente consentidas en el ejercicio positivo de los derechos de la personalidad, sino que su explicación es otra: obedece a una aplicación del principio de responsabilidad en el ámbito de los derechos de la personalidad derivada de los propios actos del titular de los mismos, esto es, a comportamientos voluntarios, pero no necesariamente dirigidos a consentir una intromisión por parte de un medio de comunicación (como es el poner una fotografía en un perfil de Facebook). Es, por ello, que su aplicación no puede excluirse con el simple argumento de que la persona afectada no dio su consentimiento a la captación o publicación de la fotografía.

4. Por lo tanto, el *quid* de la cuestión (no obviada por el Tribunal Supremo) era determinar si por el hecho de colocar voluntariamente una persona una fotografía propia en el perfil de Facebook pierde todo control sobre la misma, de modo que luego no puede quejarse si posteriormente es publicada sin su consentimiento, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

El Tribunal Supremo formula una regla general al respecto: “Que el titular de una cuenta en una red social en Internet permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica núm. 1/1982, un *acto propio* del titular del derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de la fotografía en un medio de comunicación”; y la justifica del siguiente modo: “Tener una cuenta o *perfil* en una red social en Internet, en la que cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito, pues está autorizada por el titular de la imagen. Supone incluso que el titular de la cuenta no puede formular reclamación contra la empresa que presta los servicios de la plataforma electrónica donde opera la red social porque un tercero haya accedido a esa fotografía cuyo acceso, valga la redundancia, era público. Pero no supone que quede excluida del ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la facultad de impedir la publicación de su imagen por parte de terceros, que siguen necesitando del consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen”.

En principio, la regla parece razonable, pero también lo parece aplicarla de manera diversa, según estemos ante una persona de carácter público o, por el contrario, ante una persona carente de proyección social, pues, si no la tiene, no resulta lógico que tenga que soportar que su imagen pueda ser publicada por terceros, por el mero hecho de que, al colgarla en Facebook, haya permitido su acceso libre a los usuarios de la plataforma: la solución contraría supondría un sacrificio desproporcionado de su derecho a la propia imagen carente de una justificación razonable (no podría, en este caso, invocarse, en principio, la libertad de información)

El problema surge cuando, como sucede en el supuesto litigioso, estamos ante una persona con relevancia pública (aunque sea de modo pasajero, en condición de víctima de un hecho delictivo noticioso). Yo creo que, en tal caso, si la persona es conocida y se informa de un suceso de relevancia social, no debieran existir inconvenientes para poder ilustrar la información relativa a dicha persona pública con una imagen tomada de su perfil de Facebook, como no existe ningún obstáculo para que, en aras de la libertad de información, pueda publicarse una fotografía suya, captada en un lugar abierto al público (que no desvele aspectos de su intimidad, cuyo conocimiento carezca de interés general), tal y como expresamente permite el art. 8.II.a) de la Ley Orgánica núm. 1/1982 (respecto del cual podría postularse una interpretación acorde a la nueva realidad social y a la finalidad del mismo).

En el caso que nos ocupa, coincido con la apreciación de que la libertad de información no justificaba el uso de la imagen de la víctima, porque no era necesaria para transmitir el hecho noticiable. Ahora bien, lo que sucede es que, como ya he dicho, en mi opinión,

tampoco era preciso identificarla, sin dar lugar a una excesiva y desproporcionada injerencia en su derecho a la intimidad. A mi parecer, el Tribunal Supremo incurre en una contradicción: por un lado, afirma que la libertad de información autoriza a desvelar la identidad de la víctima; y, por otro, que no es lícito ilustrar una noticia de interés general usando una foto de la persona afectada (neutra desde el punto de vista del respeto al derecho a la intimidad), que, si bien no se ha captado en un lugar físico abierto al público, se ha tomado de un espacio virtual accesible a la generalidad de los usuarios de la red y, desde luego, a todos los registrados en Facebook.

Además, desde el punto de vista práctico, de conocerse con exactitud el nombre y apellidos de la víctima bastará con introducirlos en cualquier motor de búsqueda en la web (por ejemplo, Google) para localizar aquellas redes sociales en las que tenga perfil, de manera que si realmente la imagen se ha obtenido del perfil público de Facebook, no habrá ningún obstáculo para que cualquier lector pueda localizar con facilidad la fotografía de la víctima, siempre que ésta no use un alias o no tenga marcada la opción de no aparecer en los motores de búsqueda (concretamente, en Facebook la opción desmarcada de “Permitir que los motores de búsqueda fuera de Facebook enlacen con el perfil”).

Para acabar este epígrafe, no puede dejar de evidenciarse que la exclusión de la aplicación del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, que el Tribunal Supremo patrocina en la sentencia comentada, se halla en sintonía con la propugnada por la jurisprudencia constitucional en los supuestos de publicación de fotografías de personas famosas desnudas captadas en playas.

Durante años, el Tribunal Supremo, con apoyo en dicho precepto (interpretado como una aplicación de la doctrina de los propios actos), defendió la idea de que el personaje público que se desnudaba en lugares donde podía ser fácilmente visto no podía después quejarse de que su imagen fuese publicada sin su consentimiento. Por ello, examinaba si la persona que exhibía su desnudez había tomado, o no, las precauciones razonables para evitar ser fotografiada, imputando a su propia negligencia las consecuencias derivadas de no haber sido prudente, por elegir un lugar de uso frecuente [STS 9 junio 2009 (RJ 2009, 3385)], distinguiendo, según que la fotografía se hubiera captado en una playa concurrida o de libre acceso [SSTS 18 noviembre 2008 (RJ 2008, 6054) y STS 12 junio 2009 (RJ 2009, 3392)] o, por el contrario, en una playa recóndita [SSTS 29 marzo 1988 (RJ 1988, 2480), 1 julio 2004 (RJ 2004, 4843) y 28 noviembre 2008 (RJ 2009, 1352)], o dedicada al nudismo [SSTS 28 mayo 2002 (RJ 2002, 7253) y 24 noviembre 2008 (RJ 2009, 1268)], practicando “un determinado estilo de vida socialmente reconocido” [STS 12 junio 2009 (RJ 2009, 3392)]: en el primer caso, podía reaccionar contra la intromisión; en el segundo, no.

Esta manera de razonar fue rechazada STC 19/2014, de 10 de febrero, F.J. 8º, que consideró ilegítima la publicación de las fotografías de una mujer famosa (en una revista conocida por este tipo de actuaciones) mientras hacía topless en una playa de Formentera con varias amigas, porque “No satisfacen objetivamente la finalidad de formación de la opinión pública. Se mueven en el terreno del mero entretenimiento y de la satisfacción de

la curiosidad intrascendente de cierto público. En definitiva, la contribución del concreto reportaje publicado a un debate de interés general o a la formación de la opinión pública es nula”. Frente al criterio del Tribunal Supremo, que había sostenido que la información publicada tenía “el interés propio de los medios pertenecientes al género de entretenimiento”, el TC declaró “que si bien es aceptable que el concepto de interés noticiable sea aplicado a los programas de entretenimiento, dicho carácter del medio o de las imágenes publicadas no permite eludir ni rebajar la exigencia constitucional de relevancia pública de la información que se pretende divulgar al amparo de la libertad de información. De aceptarse ese razonamiento, la notoriedad pública de determinadas personas –que no siempre es buscada o deseada– otorgaría a los medios de comunicación un poder ilimitado sobre cualquier aspecto de su vida privada, reduciéndolas a la condición de meros objetos de la industria de entretenimiento”.

No obstante, hay que tener en cuenta que entre el supuesto resuelto por esta sentencia y el contemplado por la comentada existen notables diferencias: la imagen tomada del perfil de Facebook de la víctima era inocua desde el punto de vista del respeto a su derecho a la intimidad y, según la propia sentencia, existía un interés general a la libertad de información que autorizaba la identificación de aquélla.

5. Por último, la sentencia comentada realiza alguna precisión sobre el art. 8.II.c) de la Ley Orgánica núm. 1/1982, conforme al cual el derecho a la propia imagen no impedirá “La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio”.

Concretamente, dando respuesta a la argumentación de la recurrente, afirma que tampoco puede considerarse justificada la publicación de la fotografía del demandante por aplicación de dicho precepto, porque “La fotografía, pese a no ser de gran tamaño (solo incluía la imagen del demandante de cintura para arriba), tenía por único protagonista al demandante, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico”; y concluye: “Por tanto, no puede considerarse que la imagen del demandante sea meramente accesorio dentro de otra más amplia, puesto que la fotografía tiene como único protagonista al demandante, ni que sea accesorio respecto de la información objeto del reportaje, puesto que se trata de la fotografía que identificaba a la víctima del hecho violento objeto del reportaje”.

A mi parecer, las puntualizaciones sobre la falta de carácter accesorio sobre la imagen son correctas, lo que sucede es que, en realidad, el supuesto de hecho en el que está pensando el art. 8.II.c) de la Ley Orgánica núm. 1/1982 no es el que resuelve la sentencia comentada. El artículo no está pensado para las personas que, aunque sea ocasionalmente tengan relevancia social, sino que lo que permite es la representación gráfica de la imagen de personas carentes de proyección pública, pero con una condición, que la misma sea *meramente accesorio* (expresión ésta, que indica, bien a las claras, que la autorización ha de ser interpretada con carácter restrictivo) de un “suceso o acontecimiento público”; y ello, porque, en este caso, la intromisión se justificará en el ejercicio de la libertad de información. El carácter accesorio de la imagen significa que ésta debe estar siempre en

relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser *el objeto principal de la noticia o reportaje*. Dicho de otro modo, imagen accesoria es la que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria y al servicio de aquél. Por lo tanto, la representación gráfica debe ser realizada de tal modo, que, por su tamaño [SSTS 14 julio 2005 (Tol 674311) y 20 noviembre 2008 (Tol 1401685)], el plano desde que se capte SSTS 3 noviembre 1988 (RJ 1988, 8408) y 28 mayo 2002 (Tol 162054) o su carácter repetitivo [STS 15 julio 2005 (Tol 674289)], no acabe convirtiendo a una persona, que no tiene proyección pública (ni por sus circunstancias personales, ni por no tener ningún tipo de relación con asuntos de interés general), en el objeto principal de la información.



COMENTARIO A LA STS NÚM. 34/2017, DE 19 DE ENERO (RJ 2017, 274),
RELATIVA A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN
AUSENCIA DE HIJOS

COMMENT ON STS N° 34/2017, OF 19 JANUARY (RJ 2017, 274), ABOUT ASSIGNATION OF
THE USE OF THE FAMILY HOME IN ABSENCE OF CHILDREN

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Personal Investigador en Formación F.P.U.
Universidad de Valencia
Pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: El presente comentario de sentencia analiza la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario de la misma en ausencia de hijos, la cual debe tener lugar por un plazo razonable y prudente.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; divorcio; cónyuge no propietario; plazo de uso; hijos mayores de edad.

ABSTRACT: The present commentary of judgment analyzes the assignation of the use of the family home to the non-owner spouse in absence of children, which must take place for a reasonable and prudent period.

KEY WORDS: Family home; divorce; non-owner spouse; period of use; older children.

FECHA DE ENTREGA: 15/02/2017/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 28/02/2017

SUMARIO: 1. Supuesto de hecho.- 2. Comentario.- 2.1. Consideraciones preliminares.- 2.2. La aplicabilidad del art. 96.III CC al supuesto de hecho enjuiciado.- 2.3. Reflexiones en torno a la solución adoptada por el Tribunal Supremo.

1. La STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), resuelve un supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar. Así, en el origen de la *litis* se encuentra el divorcio de un matrimonio de larga duración (36 años) con hijos mayores de edad e independientes desde un punto de vista económico. Entre las medidas solicitadas por las partes en la demanda de divorcio, destaca el uso de la vivienda familiar común (bien ganancial de los esposos). En relación con este punto, el marido interesa el uso alterno de aquélla por periodos de seis meses, mientras que la mujer se opone a dicha solución, solicitando para sí el uso exclusivo de la vivienda familiar.

La sentencia de primera instancia acogió los argumentos de la mujer, otorgándole el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal alguna, considerando, para ello, que con el matrimonio convive un nieto de 10 años en el domicilio conyugal, y que la situación económica del esposo es menos precaria que la de la mujer, pues ésta carece de ingresos al tiempo que aquél percibe una ayuda familiar para desempleados por importe de 426 euros, la cual, no obstante, no tiene carácter indefinido.

Tal decisión fue recurrida en apelación por el esposo, quien obtuvo una decisión menos perjudicial para sus intereses por parte de la SAP Granada núm. 207/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 223078), la cual, en aplicación del art. 96.III CC (el cual, recordemos, permite atribuir el uso de la vivienda familiar por tiempo prudencial al cónyuge no propietario, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección), mantuvo en el uso de la vivienda familiar a la mujer por un periodo de tres años, tiempo que considera suficiente “para la liquidación del inmueble, evitando así una posible conducta retardataria por parte del beneficiado por el derecho de uso”.

La referida solución alcanzada por la AP Granada fue recurrida en casación por la mujer (quien pretendía la atribución exclusiva del uso por tiempo indefinido, tal y como había hecho la sentencia de primera instancia), dando lugar a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274). En ella, el Tribunal Supremo no admite el recurso de casación de la mujer, arguyendo que el art. 96.III CC únicamente autoriza una atribución temporal, y no indefinida, del uso de la vivienda familiar. La pretendida atribución indefinida del uso no puede sostenerse en este caso, insiste el Supremo, ni con la presencia en la casa de un nieto de diez años “bajo la guarda de hecho, no de derecho, de ambos cónyuges”, pues “su situación está en estos momentos en fase judicial de revisión para el cese de la misma, viviendo éste en la actualidad con sus progenitores en Barcelona”.

2. Comentario.

2.1. Constituye el objeto de este comentario la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274). En ella se aborda la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar, materia cuya actualidad está fuera de toda duda, debido a la importancia de la vivienda familiar en la economía familiar. En efecto, en un contexto como el actual de escasez de oportunidades laborales (o, al menos, de oportunidades laborales decentes), el sobre coste de la vivienda familiar dificulta en gran medida su adquisición, e, incluso, puede resultar también excesivamente oneroso el pago de la renta de las viviendas en alquiler, en los casos de economías modestas o precarias. Por todo ello, la obtención del uso de la vivienda familiar constituye uno de los grandes “caballos de batalla” en los procesos judiciales de crisis familiares.

A este respecto, de un tiempo a esta parte, se observa en la praxis del Derecho una manifiesta incapacidad del actual art. 96 CC para regular la totalidad de situaciones que pueden producirse en relación con la atribución del uso de la vivienda tras una crisis familiar. Así, por un lado, dicho precepto carece de utilidad para regular los supuestos de custodia compartida, al estar pensado exclusivamente para el caso de concederse una custodia monoparental de los hijos menores de edad. Además, en los casos de concesión de una custodia monoparental, la norma también se ha revelado insuficiente si se tiene en cuenta el excesivo coste financiero que supone para el progenitor titular de la vivienda que queda despojado de su uso, el cual tiene que hacer frente a numerosos gastos (entre ellos, las eventuales pensiones de alimentos y compensatoria que deba satisfacer, el arrendamiento de una nueva vivienda o el pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda familiar).

En otro orden de ideas, también resulta problemático el caso del comentario que nos ocupa, es decir, el supuesto en que no existan hijos dependientes económicamente cuya custodia determine el sentido de la atribución del uso de la vivienda familiar. A este respecto, la aplicación del art. 96.III CC, que regula la atribución del uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos, al cónyuge no propietario cuando su interés sea el más necesitado de protección, ha venido siendo objeto de atención en nuestro tiempo, al quebrar las condiciones que sustentaban el supuesto prototípico al que daba cobertura: matrimonios de larga duración en los cuales se establecían periodos indefinidos de uso de la vivienda familiar con el objeto de proteger al cónyuge más necesitado de protección, que solía ser la mujer, la cual se había dedicado al cuidado del hogar y a la atención de los hijos mientras el marido trabajaba y aportaba ingresos a la economía doméstica.

Esta solución (que constituía una interpretación del precepto excesivamente protectora del cónyuge no propietario) podría resultar factible en un supuesto de crecimiento de la economía y de existencia de oferta de empleos; ahora bien, si ninguno de los cónyuges trabaja u obtiene ingresos (y he aquí la quiebra referida), algo no infrecuente en una época de escasez de oportunidades laborales como la actual, ¿cuál es entonces el cónyuge más necesitado de protección? Con independencia de cuál sea la respuesta, algo que habrá que resolver ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que resulta meridiano es la procedencia de establecer plazos concretos y razonables de uso, que

puedan satisfacer mejor las necesidades e intereses de ambos cónyuges y que supongan, en definitiva, una aplicación adecuada de un precepto que, en teoría, debería ser aplicado de forma restringida por ser limitativo del derecho de propiedad sobre la vivienda familiar.

2.2. Antes de nada, conviene hacer notar la aplicabilidad del art. 96.III CC a este supuesto. Dicho precepto, como hemos tenido ocasión de señalar, permite atribuir el uso de la vivienda familiar por tiempo prudencial al cónyuge no propietario, cuando las circunstancias lo hagan aconsejable y su interés sea el más necesitado de protección.

Sin embargo, en el caso aquí analizado, la vivienda es un bien ganancial, por lo que en puridad no se podría hablar de que la mujer sea “el cónyuge no propietario”. Ello, no obstante, no es impedimento para la aplicación de dicho precepto, pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, si el uso de la vivienda familiar se puede atribuir por razones de necesidad al cónyuge no propietario, con mayor razón puede atribuirse dicho uso en el caso de que uno de los cónyuges ostentase algún derecho dominical sobre la vivienda, que es lo que ocurre en el presente supuesto [ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 441-443; BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014, p. 1361; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: “Definición y atribución del domicilio familiar”, *Seminario Permanente de Ciencias Sociales (SPCS)*, Documento de trabajo 2008/5, p. 20; FERNÁNDEZ RAMALLO, P.: “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, p. 75].

2.3. Una vez centrada la cuestión de la aplicabilidad del art. 96.III CC al supuesto, cabe ahora referirse a la cuestión de la corrección en la aplicación del precepto por parte del Tribunal Supremo, algo que, a nuestro juicio, realiza de forma impecable desde un punto de vista jurídico.

Así, el Supremo realiza una adecuada interpretación de la temporalidad a la que se refiere el art. 96.III CC, manteniendo en este punto la decisión de la SAP Granada núm. 207/2015, de 26 de junio (JUR 2015, 223078), la cual había limitado el uso de la vivienda familiar a favor de la mujer a un plazo de tres años.

A este respecto, cabe señalar que el art. 96.III CC, el cual permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, limita dicha atribución “al tiempo que prudencialmente se fije”. No obstante, este inciso no fue aplicado de forma estricta por la jurisprudencia de finales del siglo XX y de principios del siglo XXI, habida cuenta la tradicional dificultad de la mujer (que generalmente era el cónyuge no propietario) para acceder al mercado laboral, lo que propiciaba que, en matrimonios de larga duración, la mujer quedara en una situación económica muy precaria y difícilmente superable, pues,

junto a la mencionada dificultad de acceso al mercado laboral, debía hacer frente también a una avanzada edad y, en muchos casos, a la falta de especialización para ejercer una determinada profesión u oficio.

Ello dio lugar a que, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia optara por una aplicación *sine die* del precepto (un buen ejemplo es la sentencia de primera instancia del presente caso) en aras de proteger al cónyuge (generalmente, la mujer) perjudicado económicamente tras la ruptura, lo que daba lugar, ciertamente, a una solución *contra legem* [en este sentido puede verse, por todas, la SAP Navarra de 3 de octubre de 1994 (AC 1994, 2433), la cual utiliza la expresión “echar mano de la temporalidad que codifica el art. 96.3 CC”, dando a entender que la temporalidad es una opción alternativa a otras en dicho precepto, cuando precisamente es la única que permite su dicción literal].

Esta tendencia se ha tratado de corregir en el Código Civil de Cataluña, cuyo art. 233-20.5, dispone que “La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4 [el apartado 3.b) contempla el supuesto de que los cónyuges no tengan hijos, o sean éstos mayores de edad], debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.

Asimismo, la nueva redacción del art. 96.3.II CC dada por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, dispone que “Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año”.

Como se observa, tanto la norma catalana como la nueva redacción del art. 96.3.II CC prevista por el Anteproyecto obligan al juez a establecer un plazo concreto de uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga, si se verifica que al expirar el periodo fijado el cónyuge más necesitado de protección continúa precisando de asistencia.

Esta solución resulta plenamente conciliable con la realidad social actual. Y es que, en línea de principio, la situación económica de la sociedad española (que aún se ve gravemente afectada por una recesión que se ha traducido en la pérdida de muchos empleos, y, cuando no, en su precarización), unida a la progresiva incorporación de la mujer al trabajo (y, en consecuencia, a su independencia económica), ha supuesto un cambio o una aproximación de los roles de ambos miembros de la pareja, como lo pone de manifiesto la situación de muchos hogares, en los cuales la mujer es quien trabaja y aporta los ingresos económicos a la casa, mientras que el marido se dedica al cuidado y atención de los hijos y a la realización de labores domésticas.

Lo anterior exige una mayor ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso a la hora de evaluar la atribución del uso de la vivienda familiar; en concreto, no se puede presumir ya que la mujer sea el cónyuge más necesitado de protección o que tenga una mayor dificultad a la hora de encontrar trabajo, ni que el marido tenga un empleo que le permita mantener *sine die* al resto de la familia, dada la precariedad de los mismos y su inestabilidad.

En este caso concreto, la mayor necesidad de la vivienda por parte de la mujer no admite discusión, pues ésta, durante la convivencia matrimonial de 36 años, estuvo al cuidado de la familia e hijos, sin apenas trabajar (1 mes de experiencia laboral entre 1978 y 2014). Ciertamente, en tal situación de ausencia de ingresos y de falta de medios y de capacidad para procurárselos, parece poco probable que la mujer pueda superar su situación de necesidad en tres años; no obstante, otra solución atentaría contra el derecho que el marido ostenta en la sociedad ganancial, derecho que también debe gozar de protección y efectividad.

Así lo entiende el Tribunal Supremo, quien considera, al hablar de la pensión compensatoria (que también había sido limitada a un periodo de tres años), que la mujer, “con alta probabilidad y certidumbre”, no superará “desequilibrio en tres años, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes”. Es por ello que el Supremo elimina el límite temporal establecido en la sentencia de apelación para la percepción de la pensión compensatoria, lo que, unido al eventual destino de la vivienda familiar una vez liquidada la sociedad de gananciales, generará ingresos suficientes para que la mujer pueda hacer frente a su necesidad de vivienda y manutención.

Esta línea jurisprudencial de limitar y concretar el plazo de uso de la vivienda familiar por parte del cónyuge no propietario (o copropietario) más necesitado de protección se puede observar también en la STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273), la cual revocó la sentencia de apelación, que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la ex mujer (que era el cónyuge no propietario) al considerar su interés como el más necesitado de protección, si bien, lo había hecho, en principio y salvo una alteración sustancial de las circunstancias, de forma indefinida. Para el alto tribunal, la amplitud del plazo deja prácticamente sin contenido el derecho de propiedad: “En el caso, la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna, vulnera lo dispuesto en el art. 96.3 [...], puesto que existe una previsión legal del tiempo de uso para el supuesto de que se atribuya al cónyuge no titular, que ha sido ignorada en la sentencia desde el momento en que remite el tiempo de permanencia en la casa propiedad de quien fue su esposo a una posible alteración sustancial de las circunstancias, en lo que parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes [...]”. En consecuencia, el Supremo decretó la extinción del uso de la vivienda familiar, poniéndola de nuevo a disposición de su propietario.



DEBER DE INFORMACIÓN Y VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN LA VENTA DE PARTICIPACIONES PREFERENTES. ¿ANULABLE EN TODO CASO?

DUTY OF INFORMATION AND DEFECTS IN CONSENT ON SALES OF PREFERRED STOCK. CONTRACT VOIDABLE IN ANY CASE?

DRA. ANA ISABEL BLANCO GARCÍA
 Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal
 Universidad de Valencia
A.Isabel.Blanco@uv.es

RESUMEN: La comercialización de productos híbridos como las participaciones preferentes han sido operaciones muy controvertidas, no por el producto en sí, sino por las deficiencias en la actuación de las entidades. En el análisis de las demandas presentadas por los consumidores, Juzgados y Tribunales analizan dos aspectos fundamentales: el cumplimiento de la obligación de información de las entidades y la posible concurrencia de vicios en el consentimiento. No obstante, también se analiza el perfil del inversor, aspecto fundamental para determinar si efectivamente se produjo o no un consentimiento viciado, cuestión que analizaremos desde la perspectiva jurisprudencial en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: participaciones preferentes; vicios del consentimiento; deber de información; perfil del inversor.

ABSTRACT: The marketing of financial hybrid products such as preferred shares has been highly controversial operation, not because the product itself but by deficiencies in the acts of the entities. In the analysis of complaints filed by consumers, Courts analyze two key aspects: compliance with duty of information by the entities and the possible existence of defects of consent. However, the profile of the investor is also analysed, because it is important in order to determine the validity of the consent. This paper examines this aspect from a jurisprudential perspective.

KEY WORDS: preferred stock; vices of the consent; duty of information; investor's profile.

FECHA DE ENTREGA: 05/02/2017 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/02/2017.

SUMARIO: 1. La problemática de las participaciones preferentes.- 2. Deberes de información de las entidades.- 3. El régimen jurídico de los vicios del consentimiento.- 4. ¿Existe vicio del consentimiento en todo caso? Doctrina jurisprudencial reciente- 5. Valoración.

1. El problema fundamental tiene como origen la desinformación y la divergencia entre las características teóricamente definidas del producto y las consecuencias acaecidas en la realidad, quizá bien planteadas en un principio, pero efectivamente mal llevadas a la práctica.

En otras palabras, el verdadero conflicto radica en la falta de información completa y no distorsionada en la comercialización de este producto, contraviniendo en ocasiones la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, (*Markets in Financial Instruments Directive*), (Directiva MiFID), relativa a normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes.

De acuerdo con el art. 19.3 de esta Directiva MiFID, “se proporcionará a los clientes o posibles clientes de manera comprensible información adecuada sobre: los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas; esta información debería incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares”. Asimismo, las entidades de crédito están obligadas a realizar a los clientes unos test para valorar tanto la idoneidad del producto, así como el nivel de comprensión del cliente sobre el mismo. Haber proporcionado a los consumidores toda la documentación necesaria y haber realizado los test de idoneidad hubieran evitado, a buen seguro, este colapso en el mercado.

Para evitar situaciones como ésta en el futuro, el legislador consideró que era el momento oportuno para regular un sistema de ayuda y protección del inversor minorista frente a esta clase de productos. Para ello promulgó el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, vigente hasta el 15 de noviembre de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Entre las novedades de esta normativa destaca la restricción de la comercialización de participaciones preferentes, con el fin de evitar otra venta masiva entre inversores minoristas, además de exigir mayor transparencia en la comercialización de productos complejos como éste.

Si la situación económica fuese de bonanza, con cierta seguridad podemos afirmar que no se hubieran producido las protestas de los consumidores-inversores, pues habrían obtenido los rendimientos esperados. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pues la

crisis de liquidez que experimentó el sistema bancario español derivado de la crisis económica conllevó que las entidades de crédito restringieran, hasta casi suprimir, los pagos de tales beneficios. Pero, además, las entidades tampoco tenían la intención de reintegrar el capital invertido, perdiendo (prácticamente) todos los inversores sus ahorros depositados en este producto híbrido. Es por ello que la jurisprudencia se ha encargado de analizar caso por caso la forma de colocación de estos productos en el mercado, determinando si existe vicio en el consentimiento del inversor, teniendo en cuenta en este punto su perfil y nivel de conocimientos sobre la materia.

Así es, autores como CARRASCO PERERA han manifestado su desacuerdo con la que llaman la “causa anti-preferente”, acentuada más si cabe por la presión de los medios de comunicación. De hecho, llega incluso a reivindicar que “la causa de las preferentes se está despachando mayoritariamente en España a costa de redistribuir renta de los contribuyentes, de los parados de las Cajas restructuradas o vendidas, de los depositantes, de quienes invirtieron en bonos convertibles por acciones (...). La causa social de los preferentistas puede ser socialmente injusta” (CARRASCO PERERA, A.: “Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, pp. 34-37). Analiza, con detalle, las exigencias de justicia social distributiva en el caso de las preferentes, destacando el hecho de que no todos los ahora reclamantes poseen el “perfil conservador” que dicen tener ante la Justicia para recuperar una inversión fallida. Para ello, es necesario comprobar el cumplimiento del “protocolo de contratación” que deben seguir las entidades de crédito en la emisión de las preferentes de nueva generación –participaciones emitidas a partir de 2007–.

2. Básicamente la normativa se ha centrado en regular dos aspectos fundamentales. Por un lado, la exigencia de elaborar un perfil inversor, de forma tal que se incluyera información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión (art. 4 RD 629/1993, de 3 de mayo). Test que cumple con la finalidad de acreditar la idoneidad del consumidor al producto ofertado, en este caso, las participaciones preferentes. Por otro lado, la exigencia de proveer la suficiente información a los clientes para la adopción de decisiones de inversión. La información ha de reunir una serie de requisitos, pues debe ser “clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos” (antiguo art. 5 RD 629/1993).

Ahora bien, este RD fue derogado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, modificando la LMV e introduciendo la Directiva MIFID. Esta nueva norma profundiza en las obligaciones de las entidades para la salvaguarda de los derechos de los consumidores, si bien introduce una distinción entre clientes profesionales y minoristas, a los fines del comportamiento exigible frente a unos y frente a otros.

El art. 79 bis de la Ley 47/2007, relativo a las “Obligaciones de Información” contempla los siguientes deberes de información por parte de las entidades que presten servicios de inversión: (i) la información, incluida la publicitaria, deberá ser imparcial, clara y no engañosa; (ii) se facilitará información comprensible y adecuada (a clientes actuales y potenciales) sobre los servicios que se prestan, gastos, costes asociados y riesgos, a fin de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa; (iii) la entidad deberá incluir información adicional y destacada sobre las diferencias entre los instrumentos financieros y los depósitos bancarios; (iv) en caso de clientes minoristas, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, su situación financiera y objetivos de inversión, en caso contrario, no recomendará productos de inversión al cliente o potencial cliente y, finalmente (v) la recomendación, características de producto, y objetivos de inversión se entregarán al cliente por escrito o en soporte duradero.

Asimismo, debido a la importancia del conflicto de la suscripción de participaciones preferentes, se han introducido unas especificidades en cuanto al deber de información de las entidades. Así, el art. 26.1.c) de la LMV exige, para la admisión a negociación de los valores en un mercado secundario, la aportación, aprobación, registro en la CNVM y publicación de un folleto informativo, cuyo contenido se recoge en el artículo siguiente. Este folleto es fundamental porque comprende todos los aspectos del emisor, del producto en sí, de las perspectivas del emisor y de los derechos inherentes a los valores comercializados, de forma que los inversores puedan realizar una evaluación completa sobre la oportunidad de la operación. La responsabilidad de la información que figura en el folleto recae sobre la entidad de crédito.

3. Vistas las actuaciones a realizar en el marco del deber de información de las entidades, cabe señalar que el debate jurisprudencial se centra, principalmente, en una cuestión de fondo: la nulidad de dicha contratación por error o vicio en el consentimiento, pues si se comprueba que la entidad ha incumplido tales deberes de información, el consumidor-inversor desconocía, en el momento de la contratación, el verdadero riesgo de este producto híbrido. Deberes de información al cliente por parte de las entidades de crédito prestadoras de servicios de inversión que eran recogidos por la jurisprudencia incluso antes de la regulación legal [véanse las SSTS 489/2015, 16 septiembre 2016 (rec. nº 1879/2013; 603/2016, 6 octubre (rec. nº 2586/2014), y 734/2016, 20 diciembre (rec. nº 1624/2014)].

En efecto, este deber es precisamente lo que analiza la jurisprudencia, pues se espera que las órdenes de los clientes sobre este tipo de productos sean claras y precisas en cuanto a su alcance, debiendo conocer sus efectos y riesgos (art. 4 RD 629/1993). Los tribunales no entran a conocer el contenido de la orden de compra, sino su validez respecto de un posible vicio o error al prestar consentimiento en el momento de su contratación [STS 458/2014, 8 septiembre (rec. nº 1673/2013), al ratificar la doctrina sobre la nulidad de las cláusulas suelo y la reciente STS 67/2017, 2 febrero (rec. nº 1784/2014)].

El propio CC español establece que el consentimiento será nulo cuando se hubiese prestado “por error, violencia, intimidación o dolo” (art. 1265 CC). Debemos entender que, en el contexto que aquí nos ocupa, no cabe interpretar que el consentimiento es nulo por violencia o intimidación, pues no suele ser ese el proceder de las entidades de crédito aun a pesar de la cuestionabilidad de sus políticas comerciales. En lo que respecta al dolo, el art. 1270 del CC establece que para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes, siendo obvio que solamente la entidad podría haber incurrido en este comportamiento.

En efecto, el dolo supone una voluntad de engañar o defraudar, ya sea por medio de una conducta activa como podría ser engañar conscientemente al cliente sobre los elementos esenciales del contrato. En la comercialización de las participaciones preferentes cabe la posibilidad de apreciar dolo en la conducta de algunas entidades, concretamente en la fase precontractual, pues omitieron -quizá deliberadamente o quizá debido a la falta de formación de los empleados de las propias entidades- las verdaderas características de este tipo de producto que tantos estragos ha causado en nuestra sociedad.

Por otro lado, en lo que concierne al error en el consentimiento, cabe señalar que para que el error invalide el contrato de comercialización de participaciones preferentes, la jurisprudencia ha considerado necesario que concurran una serie de requisitos: a) que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran llevado a celebrarlo (art. 1266 CC); b) que derive de hechos desconocidos por el obligado; c) que no sea imputable a quien lo padece; d) que exista un nexo entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico; e) que sea excusable, es decir, que no se pudiera haber evitado empleando una diligencia media de acuerdo con la buena fe [STS 113/1994, 18 febrero (rec. n° 467/1991)].

4. La STS 380/2015, 7 julio (rec. n° 1779/2013), recoge el significado y alcance de los deberes de información de las entidades de crédito en la contratación de cualquier tipo de producto, no solo de las participaciones preferentes. La jurisprudencia ha puesto de relieve que “ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente”, hecho que entendemos ha sido el fundamento para el desarrollo de las políticas y medidas de protección de los consumidores. No obstante, señala una excepción a esta desproporción: cuando se trate de un “inversor profesional”.

Es la complejidad de los productos y la asimetría informativa las que han provocado “la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros (...) Esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto”. Así las cosas, “todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta

la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural”.

En este sentido, no son pocas las sentencias en las que nuestros tribunales desestiman las pretensiones del consumidor-inversor, por cuanto se prueba que, o bien habían sido previa y debidamente informados, o bien se trataba de consumidores con perfil inversor, siendo por tanto conscientes de los riesgos que asumían con la contratación de participaciones preferentes [STS 504/2015, 30 septiembre (rec. n° 897/2012)].

Así es, en la SAP 58/2012, 3 de febrero (rec. n° 730/2011), en su FD tercero, concluye que “la sola información verbal facilitada por el empleado de la entidad unida a la formación profesional y la experiencia previa en operaciones de este tipo de la inversora impiden estimar que se infringió la obligación de información que la ley establece y se reputa suficiente la facilitada en la forma en que se hizo”.

Por tanto, concluye que, aunque no estemos ante un perfil de inversor “especulativo”, los meros conocimientos en los productos financieros hacen prever que el consumidor conoce de la naturaleza y características de este tipo de productos, incluyendo su rentabilidad y riesgo, pudiendo incluso haberse beneficiado en ocasiones anteriores. En consecuencia, la pérdida de valor de estos productos y/o la no obtención de las ganancias esperadas no son motivos suficientes para determinar que, si el consumidor era conocedor de los mismos, existía en esta ocasión vicio en el consentimiento, no pudiendo por ello anularse el contrato de suscripción de participaciones preferentes.

Por el contrario, la reciente línea jurisprudencial del Tribunal Supremo [STS 67/2017, de 2 de febrero (rec. n° 1784/2014)] no atiende a tal distinción, llegando a afirmar, en relación al conocimiento previo del producto por parte del cliente -aun careciendo de perfil inversor-, que “el deber de información compete a la entidad financiera y es un deber activo, no de mera disponibilidad”, por lo que “la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de error en el consentimiento” (FD cuarto, ap. 2°), en consecuencia, “la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo” (FD tercero, ap. 2°).

5. Aun cuando la emisión de este procedimiento híbrido -participaciones preferentes- no plantea, *per se*, un problema jurídico, pues se trata de un producto financiero contemplado y regulado por la normativa, en la práctica ha sido la causa de graves perjuicios económicos. Así es, como señalamos al inicio, el trasfondo del conflicto -cuyas consecuencias han sido masivas- reside en la desinformación del consumidor en la fase precontractual, en la oferta, de forma que no era plenamente consciente del producto que estaba contratando ni de las consecuencias que éste entrañaba en términos de rentabilidad y, especialmente, de riesgos.

En este escenario, los Juzgados y Tribunales han desarrollado toda una doctrina -acertada a nuestro parecer- en torno a la posibilidad de que el consentimiento otorgado por el consumidor-inversor sea nulo por incurrir en error o, incluso, debido a la conducta dolosa de la entidad, declarando nula la compra y, por tanto, reintegrando el capital al cliente afectado.

No obstante, no es posible declarar en todo caso vicio en el consentimiento como consecuencia del incumplimiento por la entidad de su deber de información, pues en muchas ocasiones ha quedado probada la diligencia en el proceder de la entidad en el momento de realizar la oferta, así como el perfil inversor del consumidor -tras la realización del pertinente test de idoneidad-, conocedor del contenido de dicha oferta y de las características de este tipo de productos, no pudiendo -ni debiendo- ser considerada “víctima” o “perjudicado” por los resultados adversos de su compra, pues conscientemente asumió los riesgos inherentes que conllevaba una situación económica tan desfavorable como la que vivimos.

Por tanto, el cumplimiento del deber de información y la posibilidad de que exista un vicio en el consentimiento son aspectos nada desdeñables que, aun cuando se rigen por unos mínimos establecidos por las leyes, la doctrina y, más recientemente por la jurisprudencia, deben ser analizados de forma individualizada con la finalidad de garantizar y salvaguardar el equilibrio que se presupone en las relaciones jurídicas entre la entidad y un consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A.: “Aventuras, inventos y mixtificaciones» en el debate relativo a las participaciones preferentes”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014.



EL PACTO DE CONCRECIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LA HIPOTECA

THE AGREEMENT OF LIMITATION OF RESPONSIBILITY IN MORTGAGE LOANS

DRA. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: Entre las distintas medidas propuestas por el legislador español para proteger a los deudores hipotecarios afectados por una situación de sobreendeudamiento ha destacado la dación en pago que actuaría como una suerte de hipoteca de responsabilidad limitada. Este trabajo pretende analizar el pacto de concreción responsabilidad del art. 140 LH, sus requisitos de validez y sus consecuencias para el acreedor y el deudor hipotecario tanto respecto de la obligación asegurada como respecto de las vicisitudes que pueden afectar a la finca (transmisión, destrucción...), distinguiendo esta figura de la dación en pago.

PALABRAS CLAVE: hipoteca; crédito hipotecario; acreedor hipotecario; responsabilidad del deudor hipotecario; ejecución hipotecaria; dación en pago.

ABSTRACT: One of the measures introduced by Spanish legal reforms to protect mortgagors in recent years is dation in payment like a kind of mortgage with limited responsibility for debtors. This paper analyzes the agreement included in mortgage loans to limite the mortgator's responsibility, in case of the amounts received from the foreclosure are insufficient to cover the debt, in accordance with the Spanish Mortgage Act, and try to distinguish it from dation in payment.

KEY WORDS: mortgage loan; secured creditor; debtor's responsibility; foreclosure; dation in payment.

FECHA DE ENTREGA: 28/12/2016. *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: 1. La responsabilidad personal y real en la hipoteca: la excepcionalidad de la hipoteca de responsabilidad limitada. ¿Posible revitalización de la figura?- 2. Naturaleza jurídica de la hipoteca de responsabilidad limitada y su distinción con la dación en pago.- 2.1. La tesis de la hipoteca autónoma o independiente.- 2.2. Tesis del patrimonio separado.- 2.3. Tesis de la obligación natural.- 2.4. Tesis de la concreción de responsabilidad.- 2.5. Diferencias con la dación en pago.- 3. El pacto de concreción de responsabilidad: requisitos de validez.- 4. La transmisión de la finca hipotecada con pacto de concreción de responsabilidad.- 5. La hipoteca de responsabilidad limitada sobre pluralidad de fincas.- 6. La pérdida o destrucción de la finca hipotecada con pacto de concreción.

1. El art. 1911 CC consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, que no se ve alterado por la existencia del derecho real de hipoteca, como precisa el art. 105 LH, según el cual “La hipoteca ...no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código civil”. Por ello, constituida la hipoteca, la responsabilidad personal del deudor permanece inalterable, pero a ésta se añade la responsabilidad real, en tanto que del incumplimiento de la obligación asegurada responden directamente los bienes gravados con la hipoteca (cfr. arts. 1876 CC, 104 LH y 681 LEC).

Consecuencia de lo anterior es que el acreedor dispone de dos acciones para hacer efectivo su crédito: la acción personal contra el deudor *ex* art. 1911 CC y la acción real contra la finca hipotecada, si bien la demanda deberá dirigirse contra su propietario (cfr. arts. 126 y 129 LH, 685 LEC). La acción personal se fundamenta en la obligación, por lo que se hace valer frente al obligado personalmente (el deudor), solicitando al juez que le condene a pagar la deuda pendiente (si se opta por el proceso declarativo) y/o que ejecute el crédito insatisfecho, en caso de tener título ejecutivo (proceso de ejecución). La acción real hipotecaria se sustenta en el derecho real de hipoteca, que se superpone al crédito para asegurar su efectividad, y pretende la realización forzosa del valor en cambio del bien hipotecado para, con lo obtenido, satisfacer el crédito del acreedor (*ius distrabendi*). El acreedor puede optar por el ejercicio de la acción hipotecaria o la acción personal y, aun optando por la primera, conserva la segunda en caso de insatisfacción del crédito.

Procesalmente, cuando el deudor y el hipotecante sean la misma persona y se ejercite la acción real hipotecaria no se plantea problema alguno de legitimación pasiva y el procedimiento deberá seguir contra ella únicamente. Si al realizarse el valor de la finca hipotecada el importe obtenido no fuera suficiente para satisfacer el crédito del acreedor, éste seguirá conservando la acción personal contra el deudor, pudiendo perseguir el resto de bienes que integran su patrimonio, como consecuencia del art. 1911 CC. Por ello, el art. 579.1.II LEC prevé que “Si, subastados los bienes hipotecados o pignoralos, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

Sin embargo, puede suceder que el deudor y el propietario del bien gravado sean personas distintas, porque haya un hipotecante no deudor o un tercer poseedor de finca hipotecada. En tal caso, la acción real deberá dirigirse contra el propietario del bien hipotecado, que sólo responde con la finca gravada, conservando el acreedor la acción personal contra el deudor, si bien las normas procesales exigen que se demande también al deudor (cfr. art. 685.1 LEC).

Asentado el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y su inalterabilidad por la constitución de hipoteca, el art. 140 LH recoge una excepción, al admitir la validez del pacto de concreción de responsabilidad sobre los bienes hipotecados, que da lugar a lo que conoce comúnmente como “hipoteca de responsabilidad limitada” [critican esta denominación, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, Vol. 3º, Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 543; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomo VII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, pp. 589].

Así, según el art. 140.I LH “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados”.

Este precepto, que, según algún sector de la doctrina, encuentra su precedente en el art. 1876 del Código civil de Cuba [v. ROCA SASTRE, R. Mª, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., pp. 582-587; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000, pp. 20-22; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 543; LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación en pago”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), p. 92], fue introducido por la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 en el art. 138 LH, que luego pasó al art. 140 LH en el texto definitivo. La Exposición de Motivos del Proyecto de reforma parcial de la Ley Hipotecaria lo justificaba de la siguiente forma, tras rechazar la incorporación de determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecen ciertas legislaciones extranjeras, como la alemana: “...Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución de patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente. No obstante, se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad ésta muy destacada en la deuda territorial, digna, además de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la situación del deudor, sin quebranto alguno para los posibles acreedores” [para una clarificadora exposición de los antecedentes y concordancias de este art. 140 LH v. CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 21-37, y CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 46-50].

Sin embargo, como ha sido puesto de relieve, su utilización práctica ha sido escasa, como demuestra el hecho de que escaseen las Sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hayan aplicado dicho precepto, si bien algunos pronunciamientos recogen alguna referencia a esta figura. Entre las razones de que no se pacte en la hipoteca esta concreción de responsabilidad está la que implica menor garantía para el cobro para el acreedor, lo que determina mayor riesgo y, en suma, mayor precio del dinero (interés remuneratorio) [en esta línea, LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación”, cit., p. 98].

En la actualidad, no obstante, ante la crisis económica sufrida en los últimos años y la situación en que se encuentran los deudores hipotecarios en que, tras la ejecución y cuando el valor obtenido en la subasta o por el que se adjudica el bien el acreedor hipotecario no es suficiente para cubrir el crédito, continúan como deudores (ahora personales) por el importe insatisfecho, se han ido formulando distintas propuestas dirigidas a paliar los efectos de esta situación y, entre éstas, destaca la de generalizar la práctica de la dación en pago “que sólo cabe si se ha pactado conforme al art. 140 LH”. Esta última expresión es empleada en las “Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria (deuda, aval y pérdida de la vivienda)”, formuladas en 2012 como Anexo al informe “Propuesta para la reforma y agilización de procesos civiles” presentado al Consejo General del Poder Judicial [Viguer, P., p. 7]. Estas Propuestas recogen, en parte, las medidas planteadas por el Defensor del Pueblo en [“Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo”](#). Trataremos en el epígrafe siguiente de diferenciar ambas figuras.

El segundo párrafo de este art. 140 LH explicita los efectos de este pacto al establecer: “En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”.

Llegados a este punto, nos detendremos a exponer cuál es la naturaleza jurídica de esta figura, los requisitos de validez de este pacto de concreción o limitación de responsabilidad, los efectos que se derivan respecto de la responsabilidad del deudor y las acciones que competen al acreedor, así como las consecuencias en caso de transmisión de la finca hipotecada. Por último, estudiaremos cómo afecta dicho pacto cuando se ha constituido hipoteca sobre varias fincas.

2. Varias son las teorías que se han formulado en relación con la naturaleza jurídica de la denominada “hipoteca de responsabilidad limitada”. Aun sucintamente, y con la finalidad de entender las consecuencias prácticas de este pacto, sobre todo, en caso de venta de la finca hipotecada, las expondremos a continuación.

2.1. La tesis de la hipoteca autónoma o independiente fue formulada por DE LA RICA Y ARENAL. Para este autor con la figura introducida por la Ley de 30 de diciembre de 1944 se ha llegado a una figura similar a la hipoteca independiente, en tanto que en cuanto se constituye e inscribe en el Registro, “sólo responde la finca, el acreedor no puede cobrar sino en cuanto el importe de ésta cubra su crédito, y la hipoteca, y esto es lo más esencial, se ha desligado de la obligación personal, deja de ser accesoria y se convierte en un ente jurídico dotado de autonomía” [“La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, Tomo IV, 1946, pp. 307-308].

Sostiene el autor que, si bien es cierto que en el momento de su constitución se exige una obligación garantizada, una vez constituida, la obligación personal se esfuma, al carecer el acreedor de acción contra el deudor, quien solo podrá hacer efectivo el crédito hipotecario mediante la correspondiente acción real sobre finca hipotecada. No obstante, se observa cierta incoherencia en esta tesis, en tanto que en caso de que la finca hipotecada continúe en poder del deudor considera este autor que frente al acreedor podrá oponer el deudor “cuantas defensas de índole obligacional le asistan y la naturaleza del procedimiento de ejecución le consienta” [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., p. 312].

2.2. Para LÓPEZ TORRES, atendiendo al carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado, la hipoteca de responsabilidad limitada sería una figura intermedia entre la hipoteca accesoria y la deuda territorial, ya que sería “menos accesoria que la ordinaria, aunque no totalmente divorciada del crédito” [LÓPEZ TORRES, J. M^a: “Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, núm. 221, 1946, p. 598]. El crédito, aun después de nacida la hipoteca, seguiría teniendo repercusión sobre el derecho real. Ahora bien, constituida la hipoteca de responsabilidad limitada se produce una separación patrimonial, ya que el bien hipotecado se conceptúa jurídicamente como una unidad distinta del resto del patrimonio, que “no se resiente de los efectos de cualquier otra obligación del sujeto del patrimonio”. En contra argumenta CECCHINI que el pacto del art. 140 no da lugar a un patrimonio separado, “ya que, aunque pudiera parecer que el valor de la finca está destinado únicamente a la satisfacción del acreedor en caso de incumplimiento, la finca en sí misma, continúa dentro del patrimonio personal del deudor, pudiendo ser atacada, con el respeto a las preferencias y privilegios propios del crédito hipotecario, por el resto de los acreedores” [cit., p. 42].

2.3. La situación del deudor que vende una finca sobre la que se ha constituido una hipoteca de responsabilidad limitada es, para DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, similar al del sujeto pasivo de una obligación natural, mientras que el adquirente será un tercer poseedor de bienes hipotecados, con responsabilidad, pero sin débito, sin estar obligado personalmente. El primitivo deudor seguiría siéndolo, continuando personalmente obligado, porque no se ha desvinculado de la obligación, pero carente de

responsabilidad [“La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria”, *RDN*ot., núm. 19, 1958, pp. 113-115].

Desde el punto de vista del acreedor, sostiene este autor, la situación permanece inalterable tras la enajenación de la finca. Conserva el débito contra el deudor y la responsabilidad contra la finca hipotecada. Únicamente para el deudor enajenante la situación producida es similar a la de una obligación natural. Por ello, el deudor que enajenó puede pagar *proprio nomine*, porque sigue obligado y si paga se produce el efecto de las obligaciones naturales: la *solutio retentio*, no pudiéndose repetir lo pagado.

2.4. Con la mejor doctrina, cabe sostener que el art. 140 LH no autoriza un pacto de limitación de responsabilidad sino de *concreción* de la misma al bien hipotecado. Con este pacto no es que la responsabilidad personal del deudor, que se mantiene como universal o general, sea sólo exigible hasta el límite del valor del bien hipotecado (*pro viribus*), sino que se concreta o circunscribe a la cosa hipotecada (*cum viribus*), al modo del beneficio de inventario, si bien es cierto que cuando el remate no sea suficiente para satisfacer el crédito y en tanto que el acreedor no pueda dirigirse contra otros bienes del deudor la responsabilidad quedará limitada al valor del bien hipotecado [ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 588; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008, p. 852]. Parece inclinarse por esta tesis la STS 25 de septiembre de 2008 (*Tol 1378526*), según la cual la hipoteca de responsabilidad limitada pactada al amparo del art. 140 LH “es una excepción a lo que dispone el art. 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor”.

En la hipoteca de responsabilidad limitada no se trunca el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito, sino que sigue estando vinculada al crédito para cuya seguridad se constituye. Por ello, siguen vigentes todos los demás efectos del incumplimiento de la obligación garantizada, como la facultad de resolver, la posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* o la compensación de la mora en las obligaciones recíprocas [PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 278; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 852]. Es más, se mantiene que el acreedor hipotecario sigue conservando la acción personal, ejercitable a través de la ejecución ordinaria o común, sobre los bienes del deudor y, entre ellos, la finca hipotecada, aunque normalmente preferirá acudir a la acción hipotecaria [así, v. STS 5 de marzo de 2007 (*Tol 1044158*); ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 590].

2.5. Como se ha adelantado, son varias las voces que recientemente han defendido el recurso a la figura de la hipoteca de responsabilidad limitada del art. 140 LH para obtener el resultado de la dación en pago tras la ejecución hipotecaria, liberando con ello al deudor de la obligación de pago de la deuda restante cuando lo obtenido en la ejecución sobre el hipotecado no ha sido suficiente para saldar el total del crédito. Sin embargo, se tratan de figuras distintas [también, CORDERO LOBATO, E.: “Comentario al art. 1861”, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, dir. R. Bercovitz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1277]. En la hipoteca de responsabilidad limitada hay un pacto incluido en la escritura de constitución de la hipoteca -o posteriormente, si se admite, como veremos a continuación- de manera que la responsabilidad personal en que pueda incurrir el deudor queda concretada en el bien hipotecado. En cambio, la dación en pago supone un acuerdo posterior al nacimiento de la obligación entre el acreedor y el deudor -y, por tanto, prescindiendo de la constitución o no de una hipoteca para asegurar el crédito- por el que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación inicialmente prevista, extinguiendo la relación obligatoria. Aunque no la regula expresamente el Código civil, en cuanto que haya un acuerdo entre las partes en el *aliud por alio* se admite sin problemas la dación voluntaria con base en el art. 1255 CC. Se trataría de un negocio jurídico bilateral, atípico, oneroso y con “causa solvendi”, que constituye un subrogado del cumplimiento, extinguiendo la relación obligatoria entre las partes [v. Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 555-558; Lacruz Matecón, M. L.: “La moderna dación”, cit., pp. 91-94].

No obstante, cabe tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado posteriormente por la Ley 1/2013, de 14 de marzo, prevé el derecho del deudor de solicitar la dación en pago en el supuesto de que el acreedor se haya adherido voluntariamente al Código de Buenas Prácticas y siempre que concurren determinados requisitos, en cuyo caso la entidad acreedora estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por el deudor, quedando definitivamente cancelada la deuda (v. Anexo, apartado 3). Con esta dación en pago, obligatoria o forzosa para el acreedor que se haya adherido al mencionado Código, se obtendría un resultado idéntico al perseguido con el pacto de concreción de responsabilidad del art. 140 LH, ya que se limitaría la responsabilidad y la deuda a los bienes hipotecados ejecutados, con efecto extintivo del crédito, pero tanto la validez del pacto como sus consecuencias en determinados supuestos (p. ej. la enajenación de la finca hipotecada) varían respecto de la dación en pago, como veremos a continuación.

Esta dación en pago necesaria es conocida también en el Fuero Nuevo de Navarra, al prever su ley 493.2.II: “Asimismo, el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida”.

3. De la lectura del art. 140 LH se desprenden los requisitos de validez del pacto de concreción de responsabilidad, sobre los que, sin embargo, discrepan doctrina y jurisprudencia.

a) En primer lugar, el art. 140 LH contempla únicamente que el pacto de concreción de responsabilidad se recoja en el momento de constitución de la hipoteca (“...podrá válidamente pactarse *en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria*”). Sin embargo, aun siendo esto así no se ve inconveniente en admitir que se pacte dicha posibilidad en un momento posterior al constitutivo, transformando una hipoteca ordinaria en una del art. 140 LH, con fundamento en el art. 1255 CC [en tal sentido, también, CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 51-52 y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 231; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000, p. 27; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal*, cit., p. 50].

En caso de existir titulares de derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca, cuyo régimen de responsabilidad se pretende modificar, sería necesario su consentimiento en tanto en cuanto que este pacto posterior de concreción de responsabilidad pudiera perjudicarles, aunque, como advierte la doctrina, normalmente a los acreedores posteriores les beneficia dicho pacto, ya que el resto de bienes del deudor queda ajeno al poder de agresión del acreedor hipotecario [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 51, siguiendo los razonamientos de SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, p. 392].

La cuestión aparece relacionada, para algunos autores, con la de la admisión de este pacto en las hipotecas unilaterales. Al negar que éste pueda acordarse con posterioridad a la constitución de la hipoteca habría que rechazar que se pudiera incluir en una hipoteca unilateral, ya que en el momento de su constitución sólo concurre el hipotecante y no el acreedor; resultando anómalo, de otra parte, que el obligado pudiera autolimitar su responsabilidad [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., p. 309; LÓPEZ TORRES, J. Mª.: “Complemento”, cit., p. 594]. En contra se argumenta que una vez aceptada por el acreedor la hipoteca constituida unilateralmente, los efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma (art. 141 LH), “por lo que el pacto en sí, y en el momento de la constitución, se produce, si bien la primera oferta unilateral debe ser aceptada para que ello ocurra, o sea, que el hecho de que la aceptación se produzca posteriormente a la oferta no significa que no se haya producido un pacto” [así, con CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 108; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 600].

b) Del mismo modo, la letra del precepto limita la posibilidad de pactar esta concreción de la responsabilidad a las hipotecas voluntarias, por lo que no cabría incluirlo en las hipotecas legales, que responden a finalidades distintas [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal...”, cit., p. 309; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 27; ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho*

hipotecario, cit., p. 599; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 851; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 544].

Sin embargo, frente a una interpretación restrictiva hay autores que sostienen que también cabe este pacto en las hipotecas legales expresas. Así, se mantiene que la referencia que hace el art. 140 LH a la hipoteca voluntaria viene justificada por su ubicación -Sección 2ª del Título V, que lleva por rúbrica “De las hipotecas voluntarias”- y, además, en los arts. 158 y 168 LH, que recogen diversos supuestos de hipotecas legales no se impide este pacto.

En efecto, el art. 158 LH, con carácter general, establece que “las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho”, de manera que en cuanto la finca hipotecada con el pacto del art. 140 LH se estimara suficiente garantía para asegurar el derecho de tales personas (menores, incapacitados, reservatarios...) no cabría negar dicha posibilidad, a los que no se causaría ningún perjuicio, quedando a salvo su derecho de exigir una ampliación de la hipoteca, conforme el art. 163 LH, que sería un precepto de derecho dispositivo y, por ello, renunciable [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 106-107].

c) En tercer lugar, atendiendo al tenor literal del art. 140.II LH, el pacto se podrá incluir en una hipoteca constituida en garantía de un “préstamo hipotecario”. Sin embargo, hay que mantener que también cuando se trate de garantizar otras obligaciones, como la apertura de cuentas corrientes de crédito e incluso del aplazamiento del pago del precio en una compraventa o de una deuda dineraria de importe determinado [ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 599; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., p. 278, nota 2; CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 112; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 27; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 545].

d) Por último, también ha sido controvertido si el art. 140 LH es aplicable a las hipotecas constituidas por no deudores, esto es, para garantizar deudas ajenas. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7022) lo rechaza, al sostener que el “artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del artículo 105”. Esta afirmación le sirve al Tribunal Supremo para justificar la no equiparación entre el hipotecante no deudor y el fiador, rechazar su condición de deudor y, en consecuencia, desestimar la pretensión de relevación de la hipoteca con base en el art. 1843 CC.

Se mantiene que, de admitirse este pacto en la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena, la responsabilidad del deudor no se limitaría, sino se eliminaría totalmente, lo que no se considera posible. La propia naturaleza de esta figura “repele toda posibilidad de fianza real hipotecaria o por débito ajeno”, en tanto que con el pacto del art. 140 LH el débito personal se adhiere al gravamen hipotecario [así, ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 595; también SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios*, cit., p. 393; DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación

personal”, cit., p. 310]. En contra de esta posición no ve obstáculo en admitir la figura del hipotecante no deudor con pacto de concreción de responsabilidad CECCHINI ROSELL, “ya que el deudor será un obligado a realizar la prestación pactada con cargo a su patrimonio, y sólo ante el supuesto de incumplimiento se procederá contra la finca hipotecada que garantizaba aquella obligación, que por la razón que sea está en el patrimonio de un tercero, sujeto pasivo del derecho de hipoteca” [*El pacto*, cit., p. 55].

4. Las dispares teorías formuladas en torno a la naturaleza jurídica de esta figura se proyecta fundamentalmente en las diversas respuestas que ofrecen a la cuestión más relevante que suscita el pacto, cual es, la relativa a los efectos que la transmisión de la finca hipotecada produce en el adquirente y en el deudor transmitente.

En efecto, para los autores que conciben esta figura como una hipoteca autónoma o independiente, en la que el carácter accesorio de la hipoteca desaparece o se debilita, la transmisión de la finca hipotecada provoca la desaparición de la responsabilidad personal del deudor. Una vez constituida esta hipoteca, se desliga de la obligación personal, surgiendo en su lugar una afección real [DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal”, cit., pp. 306-308; NIN Y ABARCA, M.: “La hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1947, p. 311]. El adquirente no asumirá ninguna obligación, porque ésta se ha extinguido, quedando únicamente la responsabilidad real sobre la finca hipotecada. No explican suficientemente estos autores si a este adquirente le sería de aplicación los beneficios de los arts. 112 y 113 LH, previstos para el tercer poseedor.

Otro sector doctrinal mantiene que con la enajenación de la finca hipotecada se produce una asunción automática de la deuda por el adquirente, quedando liberado de la obligación el transmitente. El débito sigue a la cosa hipotecada, de manera que “cualquiera que sea la persona que la adquiera merced a sucesivas transmisiones de la misma, esta persona devendrá deudor personal del crédito garantido, si bien con responsabilidad personal concreta a dicha cosa y en cuanto alcance el importe que de ésta se obtenga en la ejecución” [ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 591; CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo II, 3^a ed., Madrid, 1994, p. 1354]. La subrogación o asunción de la deuda por el adquirente no requeriría el consentimiento del acreedor, que ya lo prestó cuando aceptó el pacto de concreción de responsabilidad personal (cfr. art. 1205 CC).

Para otros autores en el supuesto de transmisión de la finca hipotecada la obligación cambia de naturaleza, de modo que “el deudor-vendedor de la finca quedará en una situación análoga a la del sujeto pasivo de una obligación natural, al paso que el adquirente se encontrará como lo que realmente es, como fiador real por deuda ajena, tercer poseedor de bienes hipotecados, con responsabilidad, pero sin débito, sin estar personalmente obligado al cumplimiento de la prestación” [DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.: “La responsabilidad patrimonial”, cit., p. 113]. Por ello, si al vencimiento de la obligación el acreedor solicita su cumplimiento al deudor y éste paga,

será un pago válido, sin que pueda repetirlo del adquirente, salvo en caso de descuento o retención por parte de éste.

Por último, siguiendo al sector doctrinal dominante, la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada no se ve truncada por el hecho de la transmisión de la finca hipotecada existiendo el pacto del art. 140 LH. El deudor seguirá siendo el mismo y el tercero responde con la finca hipotecada, pero no está obligado personalmente al cumplimiento de la obligación. Los efectos son los mismos que para una hipoteca ordinaria. No hay asunción legal ni subrogación en la deuda, sin consentimiento del acreedor, como se desprende del art. 1205 CC y el art. 118 LH, y no puede entenderse que lo ha concedido al pactar la concreción de la responsabilidad en el bien hipotecado [GARCÍA GARCÍA, J.: “Comentario al art. 1879”, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 1918; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., pp. 279 y 280; CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 72-74, y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*; cit., p. 229; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal*, cit., pp. 58-59; PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario”, cit., p. 28; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., pp. 853-854; ARIJA SOUTILLO, C.: *El tercer poseedor de bienes hipotecados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 54-55; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., pp. 548-549; ANGUITA RÍOS, R. M.: *Aspectos críticos de la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 241-243].

Además, se añade, esta conclusión se halla implícita en la remisión que el art. 140.III LH hace al art. 121 LH, que, para el caso de hipoteca constituida sobre pluralidad de fincas cuando el valor de una no alcanza a cubrir la totalidad del crédito, sólo permite al acreedor repetir contra las demás fincas hipotecadas que conserve el “deudor en su poder”, y no cuando han pasado a un tercer poseedor [Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, cit., pp. 279 y 280; CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables”, cit., p. 854. Lo considera un argumento algo forzado CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 70].

La STS 8 de noviembre de 1960 (RJ 1960, 3480) parece inclinarse por esta tesis, si bien lo hace en *obiter dicta*, al rechazar que opere subrogación legal en el adquirente de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor, aun habiéndose obtenido la “limitación que autoriza el artículo 140 LH”, de manera que si se hallaba la compradora “subrogada en la obligación personal era porque esta subrogación había sido consentida por el Banco, conforme al artículo 1205 del Código Civil”.

5. El último párrafo del art. 140 LH dispone: “Cuando la hipoteca así constituida afectarse a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el artículo 121”.

En efecto, en el supuesto de constitución de hipoteca en garantía de un crédito sobre una pluralidad de fincas, el art. 119 LH establece que deberá distribuirse el crédito entre cada

una de las fincas, determinando la parte del gravamen de que cada una responde, lo que deberá hacerse de común acuerdo entre el hipotecante y el acreedor, prohibiendo con ello la constitución de hipotecas solidarias. Sin embargo, aun en el caso de que se hubiera pactado la concreción de responsabilidad prevista en el art. 140 LH, y siempre que las fincas sigan en poder del deudor, se permite al acreedor instar la ejecución de cualquiera de las fincas también hipotecadas, si con la ejecutada no se ha satisfecho el crédito, sin atenderse a la parte del crédito asignada.

El pacto de concreción de responsabilidad incluido en la hipoteca constituida sobre varias fincas no altera la regla prevista en el art. 119 y 121 LH, permitiendo al acreedor que ejecute una de las fincas y no obtiene el importe de la responsabilidad que garantizaba a dirigirse contra las otras, pero, sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, con posterioridad de la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas. En cambio, si una de las fincas ha sido adquirida por un tercero, el acreedor no podrá instar la ejecución por la diferencia que reste sin cubrir, siendo indemne a dicha acción el tercero, ya que en este caso la finca responde solamente de la parte de crédito fijada.

Se ha mantenido que la remisión del art. 140.III al art. 121 LH carece de lógica al desdibujar la naturaleza de la hipoteca con pacto de concreción de responsabilidad, en tanto que permite, si las fincas continúan en poder del deudor, dirigirse contra el resto de las fincas por el exceso no cubierto por la ejecución de una de las fincas en virtud de la parte de crédito asignada [ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 598].

Se plantea la doctrina si dentro del supuesto de hecho del art. 140.III LH cabe el de la pérdida de una de las fincas hipotecadas, inclinándose por la respuesta afirmativa, ya que “en definitiva lo que establece el supuesto de hecho es que el valor de una de ellas no cubriese la parte del crédito de que responda” [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 102; ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., p. 598].

6. Conectada con la naturaleza jurídica que se atribuya a la hipoteca con pacto de concreción de responsabilidad aparece la cuestión de si la pérdida o destrucción de la finca hipotecada extingue la obligación.

Frente a los autores que consideran que si el bien hipotecado se destruye totalmente, la hipoteca se extingue y con ella también lo ha de hacer la obligación, que se ha convertido en accesoria respecto de aquélla, entiende un relevante sector doctrinal que aunque desaparezca la finca, ello no implica que la obligación garantizada se extinga, sino que el deudor aún es responsable y está obligado a cumplir el tenor de la obligación [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., pp. 88-94, y en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 230-231; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, cit., p. 549].

La hipoteca se extingue porque ha desaparecido totalmente el objeto hipotecado -en los casos en que no se extienda legalmente a la indemnización debida o concedida al propietario por razón del inmueble hipotecado en virtud del art. 110.1º LH-, pero ha de tenerse en cuenta que garantiza la falta de cumplimiento del deudor y “la desaparición de la garantía no puede implicar que el deudor ya no esté obligado a realizar su prestación de dar, hacer o no hacer (cfr. art. 1088 CC). En caso contrario, se afirmaría que el cumplimiento voluntario de la obligación por parte del deudor sería un pago de lo indebido, ya que la obligación se habría extinguido; o también se podría afirmar que el acreedor tendría una *solutio retentio*, o que la prestación tiene su razón de ser en otra justa causa (cfr. art. 1091 CC). Sin embargo, ello no es así, ya que la causa que justificaría el pago no sería otra que la propia causa *solvendi* del contrato que liga a deudor y acreedor” [CECCHINI ROSELL, X. en BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria*, cit., pp. 230-231]. Si la finca hipotecada se destruye totalmente y era ésta la única garantía por la responsabilidad por incumplimiento, existe deuda y responsabilidad, pero en la práctica dicha responsabilidad se traducirá en nada [CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto*, cit., p. 90].

En cambio, para otros autores el débito personal va tan unido a la cosa hipotecada que la pérdida de ésta extingue la obligación asegurada, en tanto que el acreedor ya no puede perseguir otros bienes, sin perjuicio del derecho del acreedor sobre las indemnizaciones por razón del seguro o expropiación ROCA SASTRE, R. M^a., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, cit., pp. 596-597. En sentido similar, CHICO ORTIZ, J. M.^a: *Estudios*, cit., p. 1480].

BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, R. M^a.: Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria, Dykinson, Madrid, 2006.

ARIJA SOUTILLO, C.: *El tercer poseedor de bienes hipotecados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L.:

- “La hipoteca como deuda de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1940.
- “El pacto de exclusión de la acción personal en la hipoteca”, *RCDI*.

CASTILLA CUBILLAS, M.: “La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, nº 12, quincena del 16 al 30 de junio 2011, pp. 1355-ss., LA LEY 11506/2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.

CECCHINI ROSELL, X.: *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

CHICO ORTIZ, J. M^a: *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo II, 3^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1994.

CORDERO LOBATO, E.: “Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008.

- “El objeto de la hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Thomson-Aranzadi, 2^a ed., Pamplona, 2008.
- “Comentario al art. 1861”, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, dir. R. Bercovitz, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A.: “La responsabilidad patrimonial universal. Aspectos de la limitación permitida por el art. 140 de la Ley Hipotecaria”, *RDNot.*, núm. 19, 1958.

DE LA RICA Y ARENAL, R.: “La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca”, *AAMN*, Tomo IV, 1946.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 2º, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Civitas, 1996.

GARCÍA GARCÍA, J.: “Comentario al art. 1879”, en *Comentario del Código civil*, R. BERCOVITZ, L. DÍEZ-PICAZO, C. PAZ-ARES, P. SALVADOR, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, Vol. 3º, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

LACRUZ MATECÓN, M. L.: “La moderna dación en pago”, *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014).

LÓPEZ TORRES, J. M^a: “Complemento al estudio de la hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, núm. 221, 1946.

NIN Y ABARCA, M.: “La hipoteca de responsabilidad limitada”, *RCDI*, 1947.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 3ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

PETREL SERRANO, J. J.: “Comentario al art. 141 LH”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo VII, Vol. 8º, Madrid, 2000.

ROCA SASTRE, R. Mª., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomo VII, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 2009.

SANZ FERNÁNDEZ, Á.: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945.



NOVEDADES LEGISLATIVAS RECOGIDAS EN LA DIRECTIVA
2015/2302/UE, DE 25 DE NOVIEMBRE, DE VIAJES COMBINADOS Y
SERVICIOS DE VIAJES VINCULADOS

*LEGISLATIVE DEVELOPMENTS CONTAINED IN THE DIRECTIVE (EU) 2015/2302 OF THE
EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 25 NOVEMBER 2015 ON PACKAGE
TRAVEL AND LINKED TRAVEL ARRANGEMENTS, AMENDING REGULATION (EC) N°
2006/2004 AND DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF
THE COUNCIL AND REPEALING COUNCIL DIRECTIVE 90/314/EEC*

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
maria.j.reyes@uv.es

*RESUMEN: El presente artículo expone las novedades más importantes que introduce la nueva Directiva
2015/2302/UE para mejorar la protección del viajero.*

PALABRAS CLAVE: viajero; viajes combinados.

*ABSTRACT: The present article exposes the news more important that introduces the new Directive
2015/2302/EU to improve the protection of the traveller.*

KEY WORDS: traveller, package travel.

FECHA DE ENTREGA: 06/07/2016

FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Finalidad de la Directiva.- 3. Ámbito de aplicación.- 4. Servicios excluidos.- 5. Sujetos.- 6. Repercusión sobre el derecho de información.- 7. Régimen de responsabilidad.- 8. Garantías.- 9. Precios.- 10. Procedimiento.- 11. Insolvencia.- 12. A modo de conclusión.

1. El 31 de diciembre de 2015 se publicó la Directiva 2015/2302/UE, de 25 de noviembre, de viajes combinados y servicios de viajes vinculados que, una vez quede incorporada al derecho español, el 1 julio de 2018, introduce importantes modificaciones con el fin de modificar de forma significativa el marco legal de los derechos de los viajeros cuando contraten determinadas combinaciones de servicios de viaje.

2. La sustitución de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio por ésta surgió ante la creciente necesidad de adaptarse a las nuevas realidades que ponen de manifiesto las situaciones que se han ido conformando como consecuencia de que las formas de viajar actuales han ido variado respecto al modelo anterior, provocado fundamentalmente por los modelos de contratación electrónica que permiten que el viajero haga su propio viaje “a la carta”, eligiendo servicios impensables anteriormente pero que en la actualidad han pasado a tener la consideración de habituales.

3. La presente Directiva se aplica a los viajes combinados ofrecidos para la venta o vendidos por empresarios a viajeros y a los servicios de viaje vinculados facilitados por empresarios a viajeros.

Como establece el considerando 8 de la Directiva, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que los servicios de viaje pueden combinarse de muy distintas maneras, conviene considerar como viajes combinados todas las combinaciones de servicios de viaje que presenten las características que los viajeros asocian normalmente a tales viajes, en particular cuando distintos servicios de viaje se combinan en un único producto de viaje de cuya correcta ejecución asume la responsabilidad el organizador, por lo que no debe haber diferencia entre la combinación de los servicios de viaje previa a cualquier contacto con el viajero, o a petición del viajero o según la selección realizada por este. De igual forma que deben aplicarse los mismos principios con independencia de que la reserva se efectúe a través de un empresario que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea.

Por lo tanto, y en vista de la evolución del mercado, conviene definir los viajes combinados sobre la base de criterios objetivos alternativos, relacionados principalmente con la manera en que se presentan o contratan los servicios de viaje, y en qué casos los viajeros pueden esperar una protección razonable de la Directiva.

Tal es el caso, por ejemplo, cuando se contratan diferentes tipos de servicios de viaje para el mismo viaje o vacación en un único punto de venta y dichos servicios se han seleccionado antes de que el viajero acepte pagar, es decir, en el mismo proceso de reserva, o cuando tales servicios se ofrecen, venden o facturan a un precio a tanto alzado o global, así como cuando son anunciados o vendidos como “viaje combinado” o bajo una denominación similar que denote una conexión estrecha entre los servicios de viaje considerados. Dicha denominación podría ser, por ejemplo, “oferta combinada”, “todo incluido” o “paquete turístico o vacacional”.

Constituyen viajes combinados los servicios de viaje que se combinan después de la celebración de un contrato en virtud del cual un empresario permite a un viajero elegir entre una selección de diferentes tipos de servicios de viaje, como es el caso de una “caja regalo” para un viaje combinado. Además, una combinación de servicios de viaje debe considerarse un viaje combinado cuando el nombre, los datos de pago y la dirección de correo electrónico del viajero se transfieran entre los empresarios y cuando se celebre otro contrato a más tardar transcurridas 24 horas desde que se confirmó la reserva del primer servicio de viaje.

Así pues, los clientes que compran paquetes turísticos en Internet tendrán las mismas garantías que ofrece el haberlo adquirido en una agencia física. Igualmente, la normativa sobre paquetes vacacionales pasa a aplicarse a los viajes combinados ofrecidos por los operadores y a los diseñados por el viajero con el nuevo método de reserva, llamado viajes enlazados, en el que el comprador es enviado a través de un enlace, por ejemplo, tras reservar un billete de avión, se le ofrece contratar un nuevo servicio, como un hotel o un coche de alquiler, distinguiendo con ello entre dos tipos diferentes de contrato.

La Directiva entiende por “viaje combinado”: la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

- a) son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un contrato único por la totalidad de los servicios, o
- b) con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, si esos servicios:
 - i) son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,
 - ii) son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,
 - iii) son anunciados o vendidos como “viaje combinado” o bajo una denominación similar,
 - iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o
 - v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el

primer contrato a otro u otros empresarios, con él o los que se celebra un contrato a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Las combinaciones de servicios de viaje en las que se combine como máximo uno de los tipos de servicio de viaje a que se refiere el punto 1, letras a), b) o c), con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere el punto 1, letra d), no se considerarán un viaje combinado si estos servicios turísticos:

a) No representan una proporción significativa del valor de la combinación combinado de los servicios y no se anuncian como una característica esencial de la combinación ni constituyen por alguna otra razón una característica esencial del viaje o vacación;

b) Solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en el punto 1, letras a), b) o c).

Como pusiera de relieve la STJUE 30 de abril de 2002, Club Tour, Viagens e Turismo SA/Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido y Club Med Viagens Lda., no debe haber diferencia entre la combinación de los servicios de viaje previa a cualquier contacto con el viajero, o a petición del viajero o según la selección realizada por éste. Deben aplicarse los mismos principios con independencia de que la reserva se efectúe a través de un empresario que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea.

La principal característica de los viajes combinados es la existencia de un empresario que es responsable, en cuanto organizador, de la correcta ejecución del viaje combinado en su conjunto. Solo en aquellos casos en que otro empresario actúe como organizador de un viaje combinado, normalmente un agente de viajes que atiende a sus clientes de manera presencial o en línea, debe poder intervenir como mero minorista o intermediario, sin asumir responsabilidad como organizador.

La intervención de un empresario como organizador de un determinado viaje combinado debe depender de su participación en la elaboración de ese viaje, y no de la forma en que dicho empresario describa su actividad comercial. A la hora de considerar si un empresario es un organizador o un minorista, ha de resultar indiferente si interviene a efectos de suministro o si se presenta como un agente que actúa en nombre del viajero.

4. Además de lo expuesto, la contratación de un servicio de viaje de manera autónoma como servicio de viaje único no constituye ni un viaje combinado ni unos servicios de viaje vinculados.

Para que las condiciones estén más claras para los viajeros y estos puedan elegir con conocimiento de causa entre los diferentes tipos de fórmulas de viaje ofertadas, debe exigirse a los empresarios que, antes de que el viajero acepte pagar, indiquen claramente y de forma destacada si lo que ofrecen es un viaje combinado o son unos servicios de viaje

vinculados, así como el nivel de protección aplicable. La declaración del empresario sobre la naturaleza jurídica del producto de viaje comercializado debe corresponder a la auténtica naturaleza jurídica del producto de que se trate. Las autoridades ejecutivas competentes deben intervenir en caso de que el empresario no ofrezca información precisa a los viajeros.

Solo la combinación de diferentes tipos de servicios de viaje, como alojamiento, transporte de pasajeros en autobús, tren, barco o avión, así como el alquiler de vehículos de motor o de determinadas motocicletas, debe ser tenida en cuenta a efectos de determinar si se trata de un viaje combinado o de unos servicios de viaje vinculados.

El alojamiento con fines residenciales, incluido el alojamiento para cursos de idiomas de larga duración, no debe considerarse alojamiento a efectos de la presente Directiva, ni tampoco los servicios financieros como los seguros de viaje. Además, los servicios que forman parte intrínseca de otro servicio de viaje no deben considerarse servicios de viaje en sí mismos. Son, por ejemplo, el transporte de equipaje realizado como parte del transporte de viajeros, pequeños servicios de transporte, como el traslado de los pasajeros como parte de una visita guiada o los traslados entre un hotel y un aeropuerto o estación de ferrocarril, las comidas, las bebidas y los servicios de limpieza facilitados como parte del servicio de alojamiento, o el acceso a instalaciones del hotel como piscinas, saunas, balnearios o gimnasios incluidos en el alojamiento para los viajeros alojados en el hotel. Esto significa asimismo que, si a diferencia de lo que ocurre en los cruceros, se ofrece la pernoctación como parte del transporte de viajeros por carretera, ferrocarril, barco o avión, el alojamiento no debe considerarse en sí mismo un servicio de viaje si el elemento principal es claramente el transporte.

Otros servicios turísticos que no están intrínsecamente incluidos en el transporte de viajeros, el alojamiento o el alquiler de vehículos de motor o de determinadas motocicletas son, por ejemplo, las entradas para conciertos, acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, las visitas guiadas, los forfaits de esquí y el alquiler de material deportivo, por ejemplo de esquí, o los tratamientos en balnearios. No obstante, cuando servicios como los mencionados se combinan con un solo servicio de viaje de otro tipo, por ejemplo el alojamiento, únicamente deben dar lugar a la elaboración de un viaje combinado o de uno de servicios de viaje vinculados si representan una proporción significativa del valor del viaje combinado o de los servicios de viaje vinculados, o si se han publicitado como un elemento esencial del viaje o vacación o constituyen por alguna otra razón una característica esencial de éste o ésta. Si otros servicios turísticos representan el 25% o más del valor de la combinación, debe considerarse que constituyen una proporción significativa del valor del viaje combinado o del de los servicios de viaje vinculados.

En el caso de que se añadan otros servicios turísticos, por ejemplo, al alojamiento en el hotel, reservado como servicio independiente, después de la llegada del viajero al hotel, no debe ser considerado viaje combinado.

Quedan también excluidos:

- a) los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados de duración inferior a 24 horas, a menos que se incluya la pernoctación;
- b) los viajes combinados que se ofrezcan, y los servicios de viaje vinculados que se faciliten, de manera ocasional y sin ánimo de lucro únicamente a un grupo limitado de viajeros;
- c) los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios entre un empresario y otra persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.

La Directiva contempla por tanto las siguientes modalidades de viajes:

- a) “viajes combinados preestablecidos”: vacaciones ya preparadas, agrupadas por un operador turístico y compuestas de al menos dos elementos: transporte, hotel u otros servicios, como el alquiler de coches;
- b) “viajes combinados a medida”: organizados libremente por el consumidor y comprados a una única empresa en línea o fuera de línea;
- c) “servicios asistidos de viaje”: combinaciones de servicios de viaje ofrecidos por una agencia de viajes en línea o minorista que actúe como intermediario y vendidos como servicios separados en transacciones distintas, por ejemplo, cuando al consumidor, después de pagar los billetes, se le propone que visite otro sitio web para alquilar un coche en el lugar de destino.

5. La protección de la Directiva se proyecta a los clientes que tengan la consideración de “consumidores”, pero también a los viajeros de negocios, incluyendo los profesionales liberales, trabajadores autónomos y otras personas físicas, aunque sólo en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios.

En coherencia con ello, la Directiva utiliza el término viajero, entendiendo por tal a toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva; por empresario: a toda persona física o toda persona jurídica, ya sea de titularidad privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que obre en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la Directiva, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje; por organizador: al empresario que combina y vende u ofrece viajes combinados, directamente o a través de otro empresario o junto con él, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario; y, finalmente por

minorista: al empresario distinto del organizador que vende u ofrece viajes combinados compuestos por un organizador.

6. La Directiva supone un avance importante con relación a los requisitos informativos que los empresarios deben poner a disposición de los consumidores antes y después de contratar, en los que ambos quedan equiparados en esta armonización de máximos.

La normativa establece el carácter vinculante de la información precontractual y regula el contenido del contrato y documentos que se han de entregar antes del inicio del viaje combinado, indicando con mucho mayor detalle que la anterior el contenido mínimo del contrato y ampliando el contenido de la información que el organizador o el minorista han de facilitar al viajero.

Especial importancia cobra la obligación de indicar claramente al consumidor, antes de firmar el contrato, si los servicios que va a adquirir constituyen o no un viaje combinado o unos servicios de viaje vinculados, así como los derechos que le asisten en cada caso; la obligación de informar de la posibilidad de poner fin al contrato en cualquier momento antes del inicio del viaje a cambio del pago de una penalización adecuada y justificable o, en su caso, de una penalización tipo razonable y fijada en función de la antelación con que se cancele y del ahorro de costes e ingresos esperados por la utilización alternativa de los servicios de viaje. Dicha penalización no habrá que abonarla si concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje o al transporte de pasajeros al destino, en cuyo caso el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualesquiera pagos realizados, pero no a una indemnización adicional.

También se prevé expresamente que, si no se transmite al viajero antes de contratar la información sobre comisiones, recargos o costes adicionales mencionados en el artículo 5, letra c), no tendrá que soportarlos (art. 6.2) y que los operadores también deberán facilitar información aproximada sobre las horas de salida y regreso, así como indicación de posibles recargos.

Hay que destacar igualmente que sólo se podrá incrementar el precio del viaje si así se contempla expresamente en el contrato y, en todo caso, que el viajero podrá anular el contrato si se ve modificado en más del 8%, o ante circunstancias excepcionales, como pueda ser por ejemplo un caso de terrorismo.

7. La protección dada por la Directiva es diferente para cada tipo de contrato.

En el caso del viaje combinado, el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado es el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de

servicios de viaje; el minorista será responsable junto al organizador de la información precontractual que se proporcione al viajero y, en el caso de los servicios de viaje vinculados, cada empresario es responsable individualmente de los servicios ofrecidos y debe garantizar su solvencia respecto de los mismos.

También la Directiva clarifica la responsabilidad por errores en la reserva, haciendo responsable al empresario por los debidos a defectos técnicos en el sistema de reservas, tanto en relación con viajes combinados como para servicios de viaje vinculados en los que haya aceptado organizar la reserva.

Además, en caso de cesión del contrato a otro viajero, tanto el cedente como el cesionario responderán solidariamente del precio del viaje y de los gastos derivados de la cesión que soporten los operadores con motivo de dicha transferencia.

8. La Directiva regula las garantías que han de exigirse a los organizadores establecidos en cada Estado Miembro, de forma que se permita reembolsar todos los pagos realizados por el viajero si los servicios no se han ejecutado por la insolvencia del organizador.

Dichas garantías también deben exigirse, en determinadas condiciones, a los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados, respecto de los servicios vinculados que no se han ejecutado por la insolvencia del empresario.

9. En cuanto a los precios, la norma introduce controles más estrictos en los recargos de precios, estableciendo una limitación del 8% a los posibles incrementos del precio que el prestador de servicios puede aplicar antes del inicio del viaje, por encima de la cual el viajero puede cancelar el contrato sin pagar penalización.

10. La Directiva establece normas específicas en materia de vías de recurso en lo que respecta a la falta de conformidad en la ejecución del contrato de viaje combinado.

El viajero debe tener derecho a que se resuelvan sus problemas y, cuando una proporción significativa de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado no pueda prestarse, se le deben ofrecer fórmulas alternativas que sean adecuadas.

Si el organizador no subsana la falta de conformidad en un plazo razonable establecido por el viajero, éste debe poder hacerlo por su cuenta y exigir el reembolso de los gastos necesarios.

En algunos casos no ha de ser necesario especificar un plazo, en particular cuando sea necesaria una solución inmediata. Así sucedería, por ejemplo, en el supuesto de que,

debido al retraso de un autobús facilitado por el organizador, el viajero tenga que tomar un taxi para llegar a su vuelo a tiempo.

Los viajeros también deben tener derecho a una reducción del precio, a poner fin al contrato de viaje combinado y/o a una indemnización por daños y perjuicios.

La indemnización debe cubrir también los perjuicios morales, en particular la indemnización por la pérdida de disfrute del viaje o vacación por causa de problemas sustanciales en la ejecución de los servicios de viaje de que se trate.

Por su parte, el viajero debe tener la obligación de informar al organizador sin demoras indebidas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, de cualquier falta de conformidad que advierta durante la ejecución de un servicio de viaje incluido en el contrato de viaje combinado. El incumplimiento de esta obligación puede ser tenido en cuenta al determinar la reducción del precio o la indemnización por daños y perjuicios adecuada en aquellos casos en que dicha notificación hubiera evitado o reducido los daños y perjuicios.

Para garantizar la coherencia, se armonizan las disposiciones de esta Directiva con los convenios internacionales en materia de servicios de viaje y con la legislación de la Unión sobre los derechos de los pasajeros.

El organizador que sea responsable de la no ejecución o de la ejecución incorrecta de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado debe poder invocar la responsabilidad limitada de los prestadores de servicios establecida en dichos convenios internacionales, como el Convenio de Montreal de 1999 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, el Convenio de 1980 relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) y el Convenio de Atenas de 1974 relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar.

En caso de que, debido a circunstancias inevitables y extraordinarias, sea imposible garantizar el retorno a tiempo de los viajeros al lugar de salida, el organizador ha de asumir el coste del alojamiento necesario de los viajeros durante tres noches por viajero como máximo, a menos que la legislación vigente o futura de la Unión sobre derechos de los pasajeros establezca un período más largo.

11. La legislación propuesta introduce el reconocimiento mutuo de los regímenes de protección contra la insolvencia, que conlleva que una empresa que cumpla la legislación en materia de insolvencia en el país en el que esté establecida puede operar en toda la UE sin necesidad de asumir leyes equivalentes en otros países de la UE.

Dadas las diferencias entre los Derechos nacionales y entre las prácticas en cuanto a las partes en los contratos de viaje combinado y a la recepción de los pagos realizados por los

viajeros o en su nombre, los Estados miembros deben poder exigir a los minoristas que también estén protegidos frente a la insolvencia.

Con esta finalidad la nueva Directiva establece normas para evitar que las obligaciones de protección frente a la insolvencia supongan un obstáculo a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento. Por lo tanto, los Estados miembros quedan obligados a reconocer la protección frente a la insolvencia con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento.

Para facilitar la cooperación administrativa y el control de los organizadores y, si ha lugar, de los minoristas que operan en distintos Estados miembros en relación con la protección frente a la insolvencia, los Estados miembros están asimismo obligados a designar puntos de contacto centrales.

Complementariamente se obliga a los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados a informar a los viajeros de que no están contratando un viaje combinado y de que los prestadores de servicios únicamente son responsables de la correcta ejecución de sus contratos.

Los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados deben, además, prestar protección frente a la insolvencia para la devolución de los pagos que perciban y, en la medida en que sean responsables del transporte de pasajeros, para la repatriación de estos, y deben informar a los viajeros en consecuencia.

12. El imparable incremento de la contratación vía Internet junto con la multiplicidad de nuevos servicios que ofrece el sector turístico para proporcionar un mayor espectro de ofertas de viajes, que se han ido ampliando hasta incluir servicios que se pudieran calificar de complementarios han sido los factores determinantes de la reforma de la anterior Directiva. Por ello, la Directiva ha pretendido adaptar su normativa al incremento de la oferta online, incluyendo los viajes que se combinen a petición del consumidor.

En aras de la claridad para el viajero, y dado que la realidad ha puesto de manifiesto que, en la práctica diaria los servicios de viaje pueden combinarse de muy distintas maneras, es relevante la inclusión que hace la Directiva al considerar como viajes combinados todas las variaciones de servicios de viaje que presenten las características que los viajeros asocian normalmente a los mismos, en particular cuando distintos servicios de viaje se combinan en un único producto de viaje de cuya correcta ejecución asume la responsabilidad el organizador.

Para ello, se distingue los viajes de los servicios de viaje vinculados, en los que los empresarios facilitan de manera presencial o en línea a los viajeros la contratación de servicios de viaje, llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores de servicios de viaje, inclusive mediante procesos de reserva conectados, que no presentan las

características de los viajes combinados y a los que no sería apropiado imponer todas las obligaciones exigibles a estos últimos.

Es también interesante para el consumidor la distinción entre los servicios de viaje vinculados de los servicios de viaje que los viajeros reservan de manera autónoma, a menudo en diferentes momentos, aunque se destinen a un mismo viaje o vacación. A este respecto, los servicios de viaje vinculados en línea deben distinguirse de sitios web a los que se accede mediante un enlace cuya finalidad no es la celebración de un contrato con el viajero, y de los enlaces a través de los cuales simplemente se informa a los viajeros sobre otros servicios de viaje de modo general, por ejemplo cuando un hotel o el organizador de un acontecimiento incluye en su sitio web una lista de todos los empresarios que ofrecen servicios de transporte a su establecimiento con independencia de cualquier reserva, o si se utilizan “cookies” para insertar publicidad en sitios web.

Además de ello, la Directiva amplía el derecho de los consumidores, al reforzar el derecho a recibir información detallada sobre sus derechos; contemplar nuevos modelos de reserva y otorgar una mayor protección ante los incrementos de precios, cambios de hora de los vuelos y concreción de sus derechos frente a la aparición de circunstancias imprevistas, lo que hay que valorar de manera altamente positiva, sin perjuicio de cómo se realice la implementación por parte de cada uno de los Estados de la UE.



PROPUESTA DE DIRECTIVA DE INSOLVENCIA^{*}

PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON INSOLVENCY

RAFAEL NEBOT SEGUÍ

Especialista en Conducta de Mercado y Transparencia Bancaria

Banco de España

rafael.nebot@gmail.com

RESUMEN: La propuesta de Directiva de insolvencia establece un marco comunitario mínimo armonizado sobre procedimientos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración. La Directiva propuesta pretende: reducir el número de despidos debidos a la insolvencia de empresas, crear un marco comunitario más seguro para las inversiones entre países, convertir créditos dudosos en créditos sin incumplimientos y permitir a los empresarios reemprender su actividad empresarial tras la insolvencia.

PALABRAS CLAVE: eficacia, normativa concursal, propuesta de Directiva, reestructuración y segunda oportunidad.

ABSTRACT: The insolvency Directive proposal sets up a minimum harmonised Community framework on preventive restructuring proceedings, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures. The proposed Directive aims at: cutting down the number of jobs lost due to bankruptcy, bringing more legal certainty for cross-border investors, turning bad debt into performing credit, and allowing entrepreneurs to restart business activities after insolvency.

KEY WORDS: efficiency, insolvency regulations, Directive proposal, restructuring and second chance.

FECHA DE ENTREGA: 30/12/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 07/01/2017.

^{*} Los puntos de vista expresados son personales y no reflejan, necesariamente, los del Banco de España.

SUMARIO: 1. Contexto.- 2. Objetivo de la Directiva propuesta.- 3. Contenido de Directiva.- 4. Procedimientos de reestructuración temprana.- 5. Mecanismos de segunda oportunidad.- 6. Medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad.- 7. Otras disposiciones.

1. Las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento, ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia, se regulan en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. Dicho Reglamento, entrará en vigor (con alguna excepción) el 27 de junio de 2017, sustituyendo al vigente Reglamento (CE) no 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Ninguno de los anteriores Reglamentos referidos aborda las divergencias entre los procedimientos concursales previstos en las legislaciones nacionales. Dichos Reglamentos, no armonizan las normas sustantivas en materia de insolvencia de los Estados miembros. No existiendo, hasta la fecha, ninguna norma comunitaria vinculante que armonice la regulación concursal sustantiva.

No obstante lo anterior, sí que han venido dándose algunos intentos armonizadores, por parte de las distintas instituciones de la Unión Europea, encaminados a iniciar un proceso de armonización, si se quiere, “soft law” (mediante instrumentos no revestidos con carácter estrictamente vinculante). Proceso que ahora se pretende sellar con la propuesta de una Directiva que armonice las bases mínimas de una regulación concursal comunitaria sustantiva, que aquí es objeto de comentario.

Entre los intentos apuntados, el 17 de octubre de 2011, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia, que incluía recomendaciones a la Comisión para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

En la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único II, de 3 de octubre de 2012, la Comisión emprendió la acción clave de modernizar las normas de insolvencia de la Unión con el fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios. Con este fin, la Comisión anunció que estudiaría la forma de mejorar la eficacia de las normativas nacionales sobre insolvencia con vistas a crear condiciones de competencia equitativas para las empresas, los empresarios y los particulares en el mercado interior.

La Comunicación de la Comisión titulada «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial», de 12 de diciembre de 2012, ponía de relieve ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia pueden obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente. Asimismo, señaló que la creación de unas condiciones equitativas en estos sectores podría aumentar la confianza de las empresas, los empresarios y los particulares en los sistemas de otros Estados miembros, mejorar el acceso al crédito y fomentar la inversión.

El 9 de enero de 2013, la Comisión adoptó el Plan de Acción sobre emprendimiento 2020, en el que se invitaba a los Estados miembros, entre otras cosas, a reducir en la medida de lo posible el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas de un emprendedor honrado después de una quiebra hasta un máximo de tres años de aquí a 2013, y a ofrecer servicios de asistencia a las empresas para su pronta reestructuración, consejos para evitar las quiebras y apoyo a las PYME para reestructurarse y relanzarse.

En línea con los anteriores pasos, y en vista al escaso éxito de las recomendaciones precedentes, la Comisión Europea emitió una Recomendación, de fecha 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, en la que invitaba a los Estados Miembros a regular determinados aspectos concursales, para lograr una armonización comunitaria y eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y segunda oportunidad. En dicha Recomendación ya se incluían múltiples aspectos que ahora se propone regular a través de la Directiva.

La Comisión, el 30 de septiembre de 2015, realizó una evaluación del cumplimiento de su Recomendación de 2014 referida, y concluyó que había sido solo parcialmente asumida por algunos Estados miembros. Incluso los Estados miembros que habían aplicado la Recomendación lo habían hecho de una manera selectiva, por lo que seguían y siguen existiendo diferencias significativas. Por consiguiente, la Recomendación no era suficiente por sí misma para alcanzar los objetivos de convergencia y la reducción de ineficiencias debidas a normas que permitan una reestructuración temprana de la deuda y una segunda oportunidad.

En particular, por lo que a España interesa, la Comisión observó que en sus últimas reformas concursales □ que han sido objeto de comentario, por mi parte, en artículos precedentes publicados en la Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 621-636 y núm. 3, agosto 2015, pp. 611-626□, la Ley Concursal española, tomando en consideración sus recomendaciones, había avanzado hacia un sistema más eficiente con sus reformas concursales sustantivas. No obstante, algunas de ellas tan solo habían seguido parcialmente la Recomendación de la Comisión. Así, se exigen cinco años para poder quedar el deudor de buena fe plenamente exonerado de las deudas que lo llevaron a la situación de insolvencia, frente al plazo máximo de tres años recomendado por la Comisión. La legislación española no permite suspender el ejercicio de acciones frente al deudor más allá del plazo límite de cuatro meses (sugiriendo la recomendación su extensión para casos complejos).

No obstante lo anterior, España no sale tan malparada en la foto, en comparación con el resto de países europeos. Así, ocupa el puesto número decimoprimer en eficacia de su procedimiento de insolvencia; la duración media de sus procesos concursales es de un año y medio, frente a dos años de media europea; y la tasa de recuperación de créditos garantizados es del 78,3 por ciento, frente al 65 por ciento de media europea.

Debido a lo anterior, la Comisión considera que la nueva propuesta de Directiva puede ayudar a España a hacer sus procedimientos concursales más eficientes a través de las siguientes medidas: la introducción de un sistema de alertas tempranas de indicios de insolvencia; la mejor formación de jueces, mediadores y administradores concursales; la introducción de mecanismos y comunicaciones electrónicas; y la condonación completa de deudas impagadas por deudores honrados tras un periodo de tres años.

El «Informe de los cinco presidentes», de 22 de junio de 2015, titulado «Realizar la Unión Económica y Monetaria Europea» situaba a la legislación en materia de insolvencia entre los principales obstáculos que impiden la integración de los mercados de capitales de la zona del euro y fuera de ella.

En este contexto, el plan de acción de la Unión de Mercados de Capitales 2015, anunció una iniciativa legislativa sobre la insolvencia empresarial que incluirá la reestructuración temprana y la segunda oportunidad. Esta iniciativa tiene por objeto resolver los principales obstáculos a la libre circulación de capitales y reforzar los sistemas nacionales que funcionan bien. La Estrategia del Mercado Único también señaló que la Comisión respaldaría a los empresarios honrados y propondría una legislación pertinente para garantizar que los Estados miembros aprueban un marco regulador en el que tenga cabida el fracaso sin que disuada a los empresarios de volver a intentar poner en marcha nuevas ideas.

Las Conclusiones del Consejo, de julio de 2016, sobre una hoja de ruta para completar la Unión Bancaria, han subrayado la importancia del trabajo de la Comisión en una propuesta legislativa relativa a una armonización mínima en la legislación en materia de insolvencia en el contexto de la Unión de los mercados de capitales.

En consideración con todo cuanto antecede, la Comisión antes de redactar la propuesta de Directiva que aquí se analiza, realizó una consulta pública, entre el 23 de marzo y el 14 de junio de 2016, planteando múltiples preguntas, para analizar las divergencias entre los distintos sistemas legales e identificar aquellas cuestiones más controvertidas. La mayoría de Estados miembros respaldó los objetivos de la Comisión para mejorar la reestructuración temprana y la segunda oportunidad, pero insistieron en que los marcos de armonización debían seguir basándose principalmente en los principios, debido a la complejidad de los vínculos con otros ámbitos del derecho tales como el derecho de sociedades.

Por lo que se refiere a las partes interesadas, las organizaciones empresariales, las asociaciones de profesionales, las instituciones financieras, las organizaciones de consumidores, sindicatos y el mundo académico se mostraron, en general, a favor de unas

normas mínimas armonizadas. Asimismo, hicieron hincapié en que debe preverse un enfoque equilibrado salvaguardando los intereses de todas las partes interesadas y prevenir el riesgo moral.

Según indica la Comisión, el sector bancario y algunas otras partes interesadas expresaron su opinión de que las normas de la UE sobre la condonación de las deudas de los consumidores, en caso de tenerse en cuenta, deben tratarse en un instrumento separado. El Parlamento Europeo apoya la armonización de ciertos aspectos de la reestructuración y hace hincapié en la conveniencia de garantizar una segunda oportunidad a todas las personas físicas.

Finalmente, tras la consulta pública, el 22 de noviembre de 2016, la Comisión, publicó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE.

2. Tal y como se define en el considerando primero de la Directiva, el objetivo de la Directiva es eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las legislaciones y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia y segunda oportunidad.

La Comisaria Europea de Justicia, Consumo e Igualdad de Género, Václava Jourová, indicó que: “Cada año quiebran 200.000 empresas en la UE, lo que se traduce en una pérdida de 1,7 millones de puestos de trabajo. En muchos casos, esto podría evitarse si dispusiéramos de unos procedimientos de insolvencia y reestructuración más eficientes. Ya es hora de dar a los emprendedores una segunda oportunidad de relanzar su empresa mediante la liquidación total de su deuda en un plazo máximo de tres años”.

La Directiva pretende eliminar tales obstáculos logrando que las empresas viables que atraviesan dificultades financieras no terminen en insolvencia y, aún menos, en liquidación (eficacia *ex post* de los procedimientos de insolvencia); que los empresarios sobreendeudados honestos cuenten con una segunda oportunidad tras la plena condonación de sus deudas después de un período de tiempo razonable; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, en particular con el fin de reducir su duración.

En primer término, la eliminación de los obstáculos a la reestructuración efectiva de empresas viables con dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo, las pérdidas para de los acreedores en la cadena de abastecimiento, permite preservar los conocimientos técnicos y las capacidades y, por lo tanto, beneficia a la economía en general. La conservación del “know how” y las capacidades industriales resultan de capital importancia para la economía de un país.

Durante estos años de crisis, se han liquidado multitud de empresas (viabiles desde un punto de vista operativo) con una antigüedad de más de veinte años. Con ello, además de perderse puestos de trabajo de personas mayores de cincuenta años (con gran conocimiento técnico, pero con difícil acceso al mundo laboral y reconversión profesional), se han perdido negocios viables, con carteras de clientes importantes, cuyas demandas, en su caso, pasarán a ser atendidas por empresas de terceros países, encareciendo los precios e incrementando la dependencia con el exterior.

Por otro lado, facilitar una segunda oportunidad a los empresarios evita su exclusión de la actividad económica y les permite reanudar las actividades empresariales, extrayendo enseñanzas de experiencias anteriores.

Por último, la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración daría lugar a un aumento en los porcentajes de recuperación por parte de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traducirá en una mayor pérdida de valor para la empresa. Por tanto, se incrementaría la eficacia *ex ante* (preservando en mayor medida los derechos de terceros previos a la situación de crisis de la empresa).

La consecución de procedimientos de reestructuración e insolvencia más eficientes, implica contribuir a la gestión eficiente de los préstamos impagados o fallidos, evitando la excesiva acumulación de los mismos en los balances de las entidades de crédito. Ello, a su vez, favorece la transferencia de crédito a las empresas y familias, así como un abaratamiento de la financiación. La elevada existencia de préstamos fallidos o dudosos y la gestión futura de los mismos preocupa al sector financiero.

Además, unos marcos de insolvencia eficientes permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y empréstitos y facilitarían la adaptación de las empresas sobreendeudadas al reducir al mínimo los costes económicos y sociales derivados de sus procesos de desapalancamiento.

En definitiva, la Directiva pretende armonizar el derecho concursal sustantivo comunitario y, en particular, los procesos de reestructuración preconcursales (así como que se establezcan alertas tempranas efectivas de insolvencia para evitar la misma), algunos principios comunes de los procesos concursales y el mecanismo de segunda oportunidad. Así, hay cuatro Estados miembros en los que no existe ningún procedimiento de reestructuración preventiva y en otros cinco existen, pero con restricciones muy exigentes.

La propuesta no armoniza aspectos esenciales de la insolvencia, como las normas sobre las condiciones para la apertura de un procedimiento de insolvencia, una definición común de insolvencia, el orden de prelación de los créditos y las acciones revocatorias en términos generales. Según se indica en la propia Directiva: “Aunque este tipo de normas sería útil para alcanzar la plena seguridad jurídica transfronteriza según confirmaron muchas partes interesadas en la consulta pública, la diversidad actual de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en los procedimientos de insolvencia parece demasiado grande para poder superarse a la vista de los numerosos vínculos entre la

legislación sobre insolvencia y los ámbitos conexos del derecho nacional, tales como la legislación en materia de impuestos, derecho laboral y seguridad social. La armonización preceptiva podría exigir profundos cambios en el derecho mercantil, el derecho civil, el derecho de sociedades, mientras que las disposiciones flexibles corren el riesgo de no dar lugar a los cambios deseados”.

3. La Directiva propuesta consta de tres partes principales: marcos de reestructuración preventiva (título II), segunda oportunidad para los empresarios (título III) y medidas para aumentar la eficiencia de la reestructuración, el concurso de acreedores, y la segunda oportunidad (título IV).

Los títulos I (Disposiciones generales), IV (Medidas para aumentar la eficacia), V (Supervisión de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad) y VI (Disposiciones finales) tienen un ámbito de aplicación de general, esto es, se aplican tanto a la reestructuración preventiva, como al concurso y los mecanismos de segunda oportunidad.

La Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los deudores que son empresas de seguros y de reaseguros; a las entidades de crédito; a las empresas de inversión y los organismos de inversión colectiva; a las entidades de contrapartida central; a los depositarios centrales de valores; y a otras entidades financieras y entidades enumeradas en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Todos ellos están sujetos a regímenes especiales y las autoridades nacionales de supervisión disponen de amplias competencias de intervención.

No obstante, según ha manifestado la Asociación de Analistas Financieros Internacionales (AFI): “Esta propuesta no afecta a las entidades financieras (art. 1.2), pero condiciona su riesgo de crédito y regula la nueva financiación y la financiación provisional en situaciones de reestructuración”.

La estabilidad de los mercados financieros se basa en gran medida en acuerdos de garantía financiera, en particular cuando se constituyen las garantías financieras prendarias en relación con la participación en determinados sistemas o en las operaciones del banco central y cuando los márgenes son asignados a entidades de contrapartida central (ECC). Dado que el valor de los instrumentos financieros en garantía podría ser muy volátil, es esencial realizar su valor rápidamente antes de que baje. Por tanto, establece la propuesta que la Directiva debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores), la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (sobre acuerdos de garantía financiera) y el Reglamento (UE) n.º 648/2012 (relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones).

El sobreendeudamiento de los consumidores constituye un asunto de gran importancia económica y social. A menudo no es posible establecer una distinción clara entre las deudas del empresario ligadas a su consumo personal y las deudas derivadas de su

actividad empresarial. Por estas razones, aunque la Directiva no incluye normas vinculantes sobre el sobreendeudamiento de los consumidores, sí que establece que “[L]os Estados miembros deben poder aplicar también las disposiciones en materia de condonación a favor de los consumidores”. El artículo 1.2.g excluye la ampliación del ámbito de aplicación al deudor consumidor, admitiendo el apartado 1.3 la ampliación voluntaria por parte de los Estados Miembros a estos últimos del ámbito de aplicación.

La no extensión a los consumidores del ámbito de aplicación ha sido de los aspectos más criticados de la propuesta. Entre algunas críticas se indica que la insolvencia perpetua de los consumidores, sin opción de acceso a mecanismos de segunda oportunidad, que obliga a consumidores a la embargabilidad permanente de sus futuros ingresos, salvo los inembargables, perjudica el consumo, el ahorro, la posible iniciativa empresarial de estos y, por tanto, al conjunto de la economía. Asimismo, se ha criticado que el deudor persona física empresario sí que pueda acceder a los mecanismos de insolvencia previstos (agrupando deudas privadas y deudas empresariales, sin distinción), pero que en cambio un consumidor no tenga la opción.

En sentido opuesto, se indica, por los defensores de la exclusión de los consumidores del ámbito de aplicación, que no debe olvidarse que el objetivo principal de las iniciativas de armonización es evitar que empresas o empresarios viables (que generan empleo, tienen conocimiento y capacidades técnicas) no sobrevivan. Ello difiere notablemente del excesivo endeudamiento de consumidores, por una deficiente gestión de sus finanzas y/o por circunstancias adversas sobrevenidas. En tales supuestos, determinados ordenamientos, como el caso de España, contienen regulaciones específicas para deudores sin recursos o en umbral de exclusión.

4. En relación con los procedimientos de reestructuración temprana, resulta esencial la detección a tiempo de los primeros indicios de una situación de peligro para la solvencia de una empresa, para esquivar un procedimiento concursal. Así, la Directiva establece la necesidad de contar mecanismos de alerta temprana, indicando que se podría incentivar u obligar, de acuerdo con la legislación nacional, a terceras partes con información pertinente como contables, fiscales y organismos de la seguridad social a advertir sobre cualquier hecho negativo.

Según la propuesta, el nombramiento de un administrador encargado de la reestructuración no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor.

Por otra parte, no debe dictarse necesariamente una orden judicial para la incoación del proceso de reestructuración, que puede revestir un carácter informal, siempre y cuando los derechos de los terceros no resulten afectados. Ello puede ser de vital importancia, tal y como ha quedado evidenciado en el reciente concurso de ABENGOA, en el que el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, que tramita el proceso concursal de la matriz y 44 filiales, tuvo que admitir y tomar en consideración un acuerdo “standstill”, y una

prórroga en el plazo de negociaciones, flexibilizando los criterios normativos, en aras al mayor interés de la viabilidad de la compañía, ya que de lo contrario, según el juez, se hubiera visto abocada a la liquidación.

En relación con las refinanciaciones o reestructuraciones, para evitar posibles abusos, debe protegerse la financiación razonable e inmediatamente necesaria para la continuidad de la actividad comercial o la supervivencia de la empresa del deudor o la preservación o la mejora del valor de dicho negocio en espera de la confirmación de ese plan. Así, los Estados miembros garantizarán que se fomenta y protege adecuadamente la nueva financiación (“fresh money”) y la financiación provisional. En particular, la nueva financiación y la financiación provisional no podrán ser declaradas nulas, anulables o inoponibles, a menos que tales operaciones se hayan llevado a cabo de manera fraudulenta o de mala fe.

A efectos de la votación sobre un plan de reestructuración, los Estados miembros podrán decidir clasificar a los trabajadores en una categoría de acreedores separada.

Si bien el plan de reestructuración debe siempre considerarse como adoptado si la mayoría requerida en cada categoría afectada lo apoya, un plan de reestructuración que no cuente con el apoyo de la mayoría necesaria en cada categoría afectada puede sin embargo ser confirmado por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente a condición de que cuente con el apoyo de al menos una categoría de acreedores afectados y de que no se perjudique injustamente a las categorías discrepantes en el plan propuesto (mecanismo de reestructuración forzada de la deuda aplicable a todas las categorías). En particular, el plan debe atenerse a la regla de la prioridad absoluta que garantiza que una categoría discrepante de acreedores es pagada íntegramente antes de que una categoría más reciente reciba cualquier pago o conservar cualquier interés en el marco del plan de reestructuración. La regla de la prioridad absoluta sirve como base para el valor que debe asignarse entre los acreedores en la reestructuración.

En los procedimientos de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar de una plena protección del derecho laboral (eficacia ex ante del proceso concursal). En particular, la Directiva debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los trabajadores garantizados por las Directivas que protegen sus derechos.

Los Estados miembros deben garantizar que los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas cuentan con una formación adecuada y unos conocimientos especializados y experiencia en materia de insolvencia.

El artículo 6.4 de la Directiva establece que “Los Estados miembros limitarán la duración de la suspensión de las acciones de ejecución individuales a un período máximo no superior a cuatro meses”. No obstante, el apartado 5º del referido artículo permite que el órgano jurisdiccional o las autoridades administrativas amplíen la duración inicial de la suspensión de las acciones de ejecución individuales o conceder una nueva suspensión de las acciones de ejecución individuales a petición del deudor o de un acreedor. Dicha prórroga o nuevo período de suspensión de las acciones de ejecución individuales se

concederá únicamente si existen indicios de que: a) se han logrado avances importantes en las negociaciones sobre el plan de reestructuración; y b) la continuación de la suspensión de las acciones de ejecución individuales no perjudica injustamente los derechos o intereses de las partes afectadas. Dicha prórroga no podrá ser superior a doce meses.

Actualmente, la Ley Concursal española ya permite la suspensión durante cuatro meses (artículo 5.bis), no obstante, no se permite expresamente prórroga alguna. Hecho sobre el que llamó la atención la Comisión en su evaluación de impacto de su Recomendación de 2014. Así, en el proceso preconcursal de ABENGOA, arriba referido, el Juzgado de lo Mercantil se enfrentó a una solicitud de prórroga que superaba el plazo de cuatro meses y que, según se indicó, era vital para la supervivencia de la compañía. Se homologó el acuerdo preconcursal. Ello evidencia la necesidad de acoger favorablemente la novedad legislativa de posibilitar la ampliación del plazo de cuatro meses en casos complejos, para evitar la rigidez del proceso.

Los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando exista una probabilidad de insolvencia, los accionistas y los tenedores de participaciones con intereses frente a un deudor no puedan impedir injustificadamente la adopción o la ejecución de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa (artículo 12.1 de la Directiva).

No obstante lo anterior, para garantizar una eficacia ex ante, se establecen determinadas salvaguardas en la Directiva propuesta. Así, se indica que: “Los Estados miembros velarán por que las decisiones relativas a la confirmación de un plan de reestructuración adoptadas por el órgano jurisdiccional puedan ser recurridas ante una instancia judicial de rango superior y que la confirmación de una decisión sobre un plan de reestructuración adoptada por una autoridad administrativa pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional”.

5. Tras la exposición de la regulación relativa a los institutos preconcursales, a continuación se resumen las disposiciones introducidas en relación con la exoneración de las deudas impagadas, en aras a permitir un “fresh start” (empezar de cero) en determinados supuestos. Así, el título III lleva por rúbrica “Una segunda oportunidad para los empresarios”.

El artículo 20.2 de la Directiva (que regula el acceso a la condonación) establece que: “Los Estados miembros en los que la condonación total de la deuda esté supeditada a un reembolso parcial de la deuda por el empresario garantizarán que la correspondiente obligación de reembolso se basa en la situación individual del empresario y es proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”. A su vez, se indica que el plazo tras el cual los empresarios sobreendeudados pueden obtener una plena condonación de sus deudas no será superior a tres años, tal y como establecían los instrumentos y recomendaciones reseñadas arriba, que fueron desoídas por los Estados miembros.

Ello supone una novedad, respecto de la ley concursal española. Puesto que, exige la Directiva propuesta que la regulación que implemente la exoneración de deudas tenga en cuenta en sus exigencias la “situación individual del empresario” y que sea “proporcional a su renta disponible durante el plazo de condonación”. Por tanto, ello podría impedir un requisito imperativo, como el actualmente vigente, de pago de una cuantía mínima de determinados créditos, si el deudor carece de rentas.

La Comisión se hace eco de diversos estudios y de las experiencias demostradas en el mundo anglosajón, que señalan que un menor plazo para lograr la exoneración implica una mayor iniciativa empresarial y creación de empresas por parte de los empresarios concursados. Así, es de especial relevancia que los empresarios que, tras un proceso concursal, siguieron endeudados sigan teniendo iniciativas emprendedoras, que permitan seguir generando empleo, actividad económica y aprovechando los conocimientos, y capacidades técnicas aprendidas, en sus experiencias empresariales anteriores.

No obstante lo dispuesto anteriormente, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones restringiendo el acceso a la condonación o fijando plazos más amplios para la obtención de la condonación total o períodos de inhabilitación más largos en determinadas circunstancias bien definidas y siempre que tales limitaciones estén justificadas por el interés general.

Los Estados miembros podrán excluir de la condonación algunas categorías específicas de deudas, tales como deudas garantizadas o deudas derivadas de sanciones penales o de responsabilidad delictual, o establecer un plazo más amplio para la condonación en los que tales exclusiones o plazos más amplios estén justificados por un interés general. Nada se dice de las deudas de derecho público, que suelen ser de gran relevancia en los procesos concursales de empresarios españoles. Así, las deudas frente a la Agencia Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social suelen ser un freno importante para que los empresarios superen las situaciones concursales.

Los Estados miembros velarán por que, cuando un empresario sobreendeudado tenga deudas contraídas en el ejercicio de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, así como deudas personales contraídas fuera de esas actividades, todas las deudas se tratarán en un procedimiento único a efectos de la obtención de la condonación (artículo 23 de la Directiva).

En la vigente Ley Concursal, el artículo 178 bis (“exoneración del pasivo insatisfecho”) exige, entre otros requisitos, para que el deudor pueda acceder a la exoneración: “Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”.

A su vez, establece el artículo 178 bis citado que “Las deudas que no queden exoneradas [...], deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar

interés”. Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

El régimen concursal español actual, también permite que, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, se declare la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando el deudor estuviera en el “umbral de exclusión” (esto es, si se dieran las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a y b, del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad). No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando cualquier acreedor concursal la solicite si se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos.

6. El Título IV de la Directiva propuesta regula medidas transversales para aumentar la eficiencia de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad.

Se garantizará que los mediadores, los administradores concursales y otros administradores designados reciban la formación inicial y complementaria necesaria para garantizar que sus servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes. A su vez, se fomentará la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión a los mismos por parte de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad, así como otros mecanismos efectivos de supervisión en relación con la prestación de tales servicios.

Los Estados miembros establecerán las estructuras reguladoras y de supervisión adecuadas para garantizar que el trabajo de los administradores encargados de la reestructuración, el concurso de acreedores y la segunda oportunidad sea adecuadamente supervisado. Esta supervisión y regulación también incluirá un régimen de sanciones apropiado y eficaz para los administradores que no han cumplido sus funciones.

Adicionalmente, establece la Directiva propuesta que se velará por que los honorarios cobrados por los administradores encargados de la reestructuración, el concurso de acreedores y la segunda oportunidad se rijan por normas que incentiven una resolución a tiempo y eficiente de los procedimientos teniendo debidamente en cuenta la complejidad del caso de que se trate.

El vigente artículo 34.2.d) de la Ley Concursal establece, con el fin de vincular la remuneración a la eficiencia en la gestión del concurso, que: “[...] La retribución

inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos. En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción”.

La Directiva, como se ha indicado, establece la vinculación entre los honorarios de la administración concursal y la eficiente resolución del proceso concursal. No obstante, no se concreta en qué consiste tal vinculación. Quizá hubiera sido deseable una mayor concreción, que incentivara a los administradores o mediadores concursales a lograr la viabilidad de las empresas que puedan serlo o a liquidar aquellas que no sea viables. Ello podría lograrse estableciendo un componente importante de la remuneración vinculado al éxito del procedimiento, por ejemplo, ponderando parte de la retribución a la tasa de recuperación de crédito de los acreedores (con o sin garantías), a la firma de un convenio con los acreedores, al número de adhesiones o porcentaje de aprobación del mismo, al cumplimiento del convenio o a la duración del proceso concursal.

El artículo 28 de la Directiva, que regula la “Utilización de medios electrónicos de comunicación”, exige su utilización para la siguientes acciones: a) reclamación de créditos (el artículo 85 de la Ley Concursal ya recoge la comunicación de créditos por medios electrónicos); b) tramitación de planes de reestructuración o reembolso ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas competentes; c) notificaciones a los acreedores; d) votación de los planes de reestructuración; y, e) presentación de recursos. El artículo 95 de la vigente Ley Concursal ya establece la comunicación electrónica del informe concursal, con el inventario y créditos comunicados, a los acreedores y la posibilidad de impugnación de éste por los acreedores, también por medios electrónicos.

7. Por último, el título V de la Directiva propuesta regula el seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, principalmente, a través de la recogida de datos fiables y la elaboración de estadísticas a partir de estos.

El artículo 32 de la Directiva establece la modificación de Directiva 2012/30/UE, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Así, la Directiva propuesta añade un párrafo 4º en el artículo 45 de la Directiva 2012/30/UE consistente en exigir que los Estados miembros establezcan excepciones a

lo dispuesto en: el artículo 19, apartado 1 (que exige la convocatoria de junta general para acordar la disolución u otra medida para el caso de pérdida grave del capital social suscrito); el artículo 29 (que regula el procedimiento de ampliación de capital y su aprobación necesaria por la junta general); el artículo 33 (que regula los derechos de suscripción preferente en las ampliaciones); el artículo 34 (que regula el procedimiento de reducción de capital, estableciendo la aprobación necesaria por la junta general); el artículo 35 (votación por separado, en junta, de los grupos de accionistas afectados por la reducción de capital); el artículo 40, apartado 1, letra b (referido a la reducción de capital forzosa por amortización de acciones prevista de forma estatutaria, que deberá acordarse en junta general); y el artículo 41, apartado 1 (que establece la obligación de aprobación por la junta de la reducción de capital por amortización de acciones propias); y el artículo 42 (que exige la votación separada en junta por grupos de accionistas afectados), en la medida y durante el período en que tales excepciones sean necesarias para el establecimiento del marco de reestructuración preventiva previsto en la Directiva propuesta.

En definitiva, con el cambio referido, se propone excepcionar las exigencias y formalidades de aprobación de acuerdos de reducción y/o ampliación de capital en sociedades anónimas, y, en particular, las relativas a la obligación de aprobación en Junta, la convocatoria y mayorías de voto exigidas, para alinear tales exigencias con las medidas concursales aprobadas, en aras de garantizar la eficacia de los mecanismos preconcursales y concursales.

Finalmente, la Directiva propuesta prevé un plazo de dos años, desde la entrada en vigor de la Directiva, para que los Estados Miembros la implementen. En el caso de España, como se ha ido indicando, el esfuerzo de adaptación no sería muy exigente, ya que la ley concursal española ya recoge y cumple con la mayor parte de las exigencias de la propuesta de Directiva. No obstante, no debe obviarse que nos encontramos, únicamente, frente a una propuesta y no frente a una Directiva y que, por tanto, su contenido puede sufrir múltiples modificaciones durante el proceso legislativo venidero.



EL IMPACTO DE LA “CUARTA DIRECTIVA” ANTIBLANQUEO DE CAPITALES EN EL SECTOR DEL JUEGO

THE IMPACT OF THE “FOURTH DIRECTIVE” AGAINST MONEY LAUNDERING ON THE
GAMING SECTOR

ANDREA MOYA LATORRE

Abogada

andreamoyalatorre@gmail.com

RESUMEN: La conocida como la “Cuarta Directiva” o la Directiva Europea 2015/849, de 20 de mayo de 2015, para la prevención del blanqueo de capitales, que deberá ser transpuesta en normativa nacional antes del 27 de junio de 2017, introduce algunas novedades importantes con respecto a la vigente legislación española, en un nuevo intento de incrementar el control de operaciones sospechosas y proteger así la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero y del mercado interior de la Unión Europea. Entre las novedades hay algunas con impacto en el sector del juego; sector preocupante históricamente en materia de blanqueo de capitales. Entre las novedades que afectan al sector del juego está la de abarcar todas las operaciones efectuadas entre los operadores del sector, como las casas de apuestas, los salones de juego o los operadores online, y los clientes, y ya no solo las realizadas en los casinos o los demás establecimientos de juego en lo relativo al pago de premios. Asimismo, se reduce el umbral de operaciones que han de ser objeto de control en materia de prevención del blanqueo de capital por los diferentes operadores del sector de 2.500 euros a 2.000 euros (salvo en caso de los casinos que de por sí ya era inferior). Habrá que ver si las nuevas medidas que plantea la Directiva supondrán un incremento de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en el sector del juego.

PALABRAS CLAVE: Cuarta Directiva, Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, Sector del Juego, Umbral de 2.000 euros, Medidas de diligencia debida

ABSTRACT: The so known “Fourth Directive” or European Directive 2015/849, of 20 May 2015, on the prevention of money laundering and terrorist financing, which shall be transposed into national laws before 27 June 2017 introduces some relevant changes with regards to the current Spanish laws, in accordance with the purpose of the Directive to protect integrity, stability and reputation of the financial sector and the internal market of the European Union. Amongst the referred changes, some have an impact on the gaming sector, which is historically a concerning sector when referring to money laundering. One of the changes affecting the gaming sector refers to the fact that the Directive involves all the transactions between all the operators of the gaming sector—such as the betting house or the gaming arcade—and the customers, and no longer just the ones carried out in casinos or in other establishments referring to the payment of rewards. Likewise, the threshold of the transactions which are subject to control in matters of prevention of money laundering by the different operators of the sector is reduced from 2.500 euros to 2.000 euros (except for casinos, where the threshold was already lower). We will have to look if the new measures established by the Directive will in fact imply an increase of the prevention of money laundering and terrorist financing in the gaming sector.

KEY WORDS: Fourth Directive, Money laundering and terrorist financing, Gaming Sector, 2.000 euros threshold, Due Diligence measures.

FECHA DE ENTREGA: 22/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 07/01/2017.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Principales novedades de la Cuarta Directiva.- 3. El contexto de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en el sector del juego en España.- 4. Principales novedades de la Cuarta Directiva en el sector del juego: sujetos y transacciones abarcadas.- 5. Principales novedades de la Directiva en el sector del juego: cambios en las medidas a aplicar.- 6. Exención por bajo riesgo.- 7. Novedades en materia de supervisión del sector del juego.- 8. Valoración de las novedades

1. La Directiva Europea 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 5 de junio de 2015 y conocida como la “Cuarta Directiva”, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento Europeo nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (en adelante, también la “Directiva” o la “Cuarta Directiva”), toma una vez más conciencia de que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es una realidad que continúa amenazando la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero y pone en peligro el mercado interior de la Unión Europea, y que por tanto sigue constituyendo un problema significativo que ésta debe abordar, con el continuo desarrollo del planteamiento penal pero también con una prevención específica y proporcionada del uso del sistema para los fines ilícitos del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, como así dispone la Directiva en su Exposición de Motivos. En consecuencia, la Directiva introduce algunas novedades en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (también “PBC/FT”), entre las que se encuentran algunas con impacto en el sector del juego.

La realidad del sector presencial del juego (es decir, el juego en casas de apuestas físicas, salones de juego, bares...), con su rápido movimiento de dinero, y especialmente en casinos -teniendo en este último caso en cuenta la cantidad de dinero que se mueve en poco tiempo-, además del incremento abismal del juego *online*, hace difícil la PBC/FT en el referido sector pese a los diferentes intentos normativos, tanto a nivel europeo como nacional, de abordarlo. Veamos qué novedades introduce la Cuarta Directiva con respecto a este sector y si será efectivo para la finalidad de la PBC/FT que busca.

La Directiva ha de quedar transpuesta en normativa nacional antes del 26 de junio de 2017. No obstante, con excepción de las novedades en el sector del juego y alguna que otra novedad de calado, hay que tener en cuenta que la legislación española ya se ha anticipado a las previsiones de esta Directiva con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (“Ley antiblanqueo”) y del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (“Reglamento antiblanqueo”), por lo que en muchas de las disposiciones que introduce la Directiva como novedad frente a sus predecesoras no será

necesaria adaptación normativa en España. Con las referidas disposiciones se recogían en España precisamente las recomendaciones que realizaba el ente intergubernamental “Grupo de Acción Financiera” o “GAFF” en sus diversos informes sobre España, atendiendo así el legislador español a las exigencias europeas antes incluso de promulgarse la referida Cuarta Directiva.

2. En general, con la Directiva se refuerza el enfoque basado en el riesgo, que es el enfoque que impregna la Ley ant blanqueo y que se desarrolla posteriormente con el Reglamento ant blanqueo. Es decir, la Directiva prevé medidas a todos los niveles para detectar mejor el riesgo de operaciones de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Así, tanto la propia Comisión como los Estados Miembros y las entidades obligadas a cumplir con las medidas para la prevención planteadas tienen que estudiar cada uno en su nivel el riesgo existente en este campo para poder actuar sobre él. En concreto, la Comisión, deberá realizar un informe sobre los riesgos de PBC/FT del mercado interior relacionados con actividades transfronterizas antes del 26 de junio de 2017. A partir de los riesgos detectados en su informe, la Comisión efectuará recomendaciones a los Estados miembros para hacer frente a dichos riesgos. Cada Estado miembro deberá designar una autoridad o establecer un mecanismo para coordinar la respuesta nacional a las recomendaciones de la Comisión. Finalmente, los Estados miembros tendrán que asegurarse de que las entidades obligadas adopten medidas adecuadas para detectar y evaluar los riesgos de PBC/FT a los que se enfrentan y que variarán en función del tipo de negocio, de productos, de clientes, canal de distribución, etc. A partir de ese análisis, se ha de proceder a diseñar las políticas y procedimientos internos, de manera tal que estos se adapten al perfil de riesgo de la entidad, moderándose la intensidad de las medidas de diligencia debida aplicadas, según las características concretas del cliente y la operación.

Entre los puntos que recoge la Directiva cabe mencionar la disminución del umbral de 10.000 euros de pagos en efectivo a cualquier comerciante, si bien en España no es una novedad transcendente, habida cuenta de que los pagos y cobros en efectivo están limitados a 2.500 euros para empresarios y profesionales, por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (“Ley sobre el pago en efectivo”).

Otras de las novedades que introduce la Directiva y que tendrían relevancia en las transacciones en el marco del sector del juego por cuanto afectan a todos los sujetos obligados por la misma (y los diferentes operadores del sector del juego lo son, como desarrollaré a continuación), es la relativa a la obligación de crear en cada Estado Miembro de la Unión Europea un registro central de titulares reales, que esté disponible para las Autoridades competentes y unidades de inteligencia financiera (que en España es el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España -“SEPBLAC”-), así como para las entidades obligadas a aplicar las medidas de prevención de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva y para toda

persona que pueda acreditar un interés legítimo en acceder a la información. También se crea por la Directiva una lista de terceros países que presentan un sistema “deficiente” en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, entendiendo el legislador europeo que es preceptivo vigilar las transacciones con dichos países. Se trataría de una lista “negra” frente a la anterior lista “blanca” de países considerados como equivalentes en prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y por tanto con menor riesgo de transacciones peligrosas. También destacar el recrudecimiento del sistema sancionador. Así pues, la Directiva introduce la posibilidad de sancionar administrativamente a las empresas por conductas de sus directivos la vigilancia o el control ha fallado, y ello ha hecho posible que una persona sometida a la autoridad de dicho directivo cometa unas determinadas infracciones por cuenta de la persona jurídica que es la entidad obligada (como la falta de diligencia debida con respecto a un cliente o notificación de las transacciones sospechosas). Por último, mencionar como novedad relevante que se prevé la publicación de las sanciones en las sedes electrónicas oficiales de las autoridades competentes, (que en el caso de España será la del SEPBLAC) inmediatamente después de que se haya informado a la persona sancionada de dicha decisión, y que la publicación incluya, como mínimo, información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de la persona responsable.

3. El sector del juego es un sector que preocupa en materia de blanqueo de capitales. Si bien en España es un sector pequeño, sometido a estrecha regulación, hay que tener en cuenta el rápido movimiento de dinero que se produce en salones de juego, casas de apuestas o casinos (en este último caso, además con movimiento de grandes cantidades en poco tiempo), así como el imparable auge del juego electrónico, de difícil control. Además, no solo a nivel de operativa de los clientes sino de los propios accionistas al invertir en negocio del juego no son infrecuentes las operaciones de blanqueo de capitales. En España se han detectado casos de blanqueo de capitales a través de casinos, como indica el GAFI y la “APG” (*Asia Pacific Group On Money Laundering*) en su informe de marzo de 2009 *Vulnerabilities of casinos in Gaming Sector*). Véase por ejemplo en concreto la sentencia 3584/2012 de la Audiencia Nacional, que cita el GAFI en su informe del 2014, que sanciona a una organización delictiva que había invertido fondos ilícitos en sociedades en España; entre ellas, en sociedades de casinos. En el referido informe del GAFI, éste reflexiona sobre cómo ha venido históricamente el sector asumiendo la PBC/FT con la normativa que se ha ido aprobando, para llegar a la conclusión de que es un sector cumplidor en la implementación concreta de medidas (esto es debido a la estrecha regulación a la que está sometido en todos los ámbitos, como el fiscal o el administrativo- regulatorio), pero que no sabe enfocar la implementación desde el punto de vista del riesgo, que es precisamente como decíamos, el pilar en el que se basa la regulación en materia de PBC/FT en los últimos tiempos. Esto quiere decir que si la ley no establece específicamente que los diferentes operadores están obligados a cumplir con determinadas medidas, es difícil que lo implementen de *motu proprio*, pese a que la normativa les pudiera exigir que lo hagan “si de una valoración del riesgo de que con unas determinadas operaciones se deriva que es preceptivo hacerlo”.

La primera Directiva europea antiblanqueo (la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991) se dirigía exclusivamente a las entidades vinculadas al sector financiero, no abarcando por tanto sectores no financieros como el del juego. No obstante, la Ley española que transpone dicha Directiva, esto es, la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sentando ya la base de anteponerse a la normativa comunitaria en lo que a la implementación de medidas de PBC/FT se refiere, sí que incluye en ese momento a los casinos en tanto que los sujetos dentro del sector que más preocupación generan –y no a otros operadores- entre los sujetos obligados a aplicar las determinadas medidas de prevención (identificación de clientes, etc.). Así lo haría también la segunda Directiva antiblanqueo, es decir, la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, especificando que serían sujetos obligados los casinos de juego en la operación de compra y venta de fichas por valor igual o superior 1.000 (por tanto, limitándolo a estas operaciones en contraposición a la normativa española que no lo limitaba a una operación en concreto). La tercera Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, modificada por la Directiva 2006/70/CE de 1 de agosto de 2006, se limitaría a subir el importe de las operaciones de compra y venta de fichas que son objeto de aplicación de las medidas exigidas a los casinos, del mínimo de 1.000 euros al mínimo de 2.000 euros (aligerando por tanto bastante las obligaciones para los casinos al subir el umbral de las operaciones objeto de aplicación de medidas de PBC/FT). La Ley antiblanqueo, que transpuso estas dos últimas Directivas y que es la base del actual sistema antiblanqueo en España, nuevamente fue un paso más allá que la normativa europea incluyendo como sujetos obligados no solo a los casinos en la operación de compra y venta de fichas por importe igual o superior a 2.000 euros, sino que además obliga a los casinos a identificar a los clientes nada más acceder al establecimiento y a registrar la identidad de los mismos, así como en otras operaciones de los casinos como la entrega a los clientes de cheques como consecuencia de operaciones de cambio de fichas, las transferencias de fondos realizadas por los casinos a petición de los clientes y en la expedición por los casinos de certificaciones acreditativas de ganancias obtenidas por los jugadores (artículo 2.1.p) y 7.5 de la Ley antiblanqueo). Por primera vez la legislación española además amplía el elenco de sujetos del sector obligados de casinos -que por las cantidades de dinero que se mueve en ellos históricamente han sido los más examinados por el sector en materia de PBC/FT- a las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar con respecto de las operaciones de pago de premios (artículo 2.1. u) de la Ley antiblanqueo), abarcando por tanto otros establecimientos como salones de juego y operadores online. Matiza el Reglamento antiblanqueo en su artículo 4 que estos últimos operadores quedarán obligados a la comprobación de la identidad de los clientes (entre otras medidas que más adelante expondré) en relación con aquellos premios cuyo importe sea igual o superior a 2.500 euros.

Por su parte, la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego –“Ley del Juego”-, reguladora del juego online que es materia de ámbito estatal (a diferencia del juego presencial que está reservado a las Comunidades Autónomas) también presta especial atención a la PBC/FT en diferentes aspectos a lo largo de su texto. Así establece que la resolución de otorgamiento de licencia general a los operadores recogerá en todo caso los mecanismos de prevención para evitar el fraude y sistemas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo a los que se refiere la Ley antiblanqueo

(artículo 10.3 de la Ley del Juego), así como que los licenciarios tendrán como obligación cumplir especialmente con la normativa antiblanqueo española (artículo 10.5 a) de la Ley del Juego) y colaborar con las autoridades encargadas de la prevención del blanqueo, como establece la propia Ley del Juego para todos los sujetos obligados, como dispone el artículo 10.5 e) de la Ley del Juego, estableciendo además dicho artículo a continuación y el artículo 24 de la misma Ley que la Comisión Nacional del Juego también verificará el cumplimiento por los operadores de las medidas de PBC/FT, sin perjuicio de las competencias del SEPBLAC. Además, no pueden ser titulares de licencias los operadores con antecedentes penales o que han sido sancionados por infracciones muy graves recogidas en la Ley antiblanqueo (artículo 13.2. i) de la Ley del Juego. Como destaca el GAFI en su informe de 2014, el procedimiento inicial de obtención de licencias evalúa al solicitante, su honorabilidad y las medidas de PBC/FT adoptadas, y en el participa obligatoriamente el SEPBLAC. En este procedimiento se incluye el examen de la titularidad real de los operadores. Por su parte, las Comunidades Autónomas en las competencias que ejercen como reguladoras y controladoras del juego presencial controlan los movimientos en la transmisión de propiedad de las sociedades titulares de salones de juego, casinos y demás operadores.

4. Vemos por tanto que desde los inicios de la persecución del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, la normativa española ha mirado con lupa al sector del juego y ha ido por delante en términos generales de la normativa europea en lo que a exigencia de implementación de medidas para la PBC/FT a los operadores del sector se refiere. La cuarta Directiva objeto de análisis en este artículo, a diferencia de sus predecesoras, como exponíamos en el apartado anterior, incluye por primera vez a los demás operadores del sector del juego entre los sujetos obligados, y ya no solo a los casinos, como, según indicaba, ya lo había hecho la vigente Ley y el Reglamento españoles antiblanqueo. Aun así, esta vez da un giro de tuerca más que la legislación española, consciente del incremento del riesgo del sector por factores como el incremento del juego electrónico, a la vista de las recomendaciones del GAFI, e introduce algunas novedades que el legislador español deberá incorporar al ordenamiento jurídico. Dichas novedades consisten muy resumidamente en un incremento del control a clientes a todos los niveles del sector del juego, independientemente del tipo de operador involucrado, siempre que impliquen operaciones con un umbral superior a 2.000 euros. Los Estados miembros podrán aplicar exenciones a determinados servicios de juego en circunstancias de bajo riesgo demostrado (con excepción de los casinos que no pueden ser objeto de exención en ningún caso), como desarrollaré posteriormente.

Como decía, con la Directiva se pretende abarcar todos los sectores del juego y ya no solo los casinos como en las precedentes directivas antiblanqueo, y en línea con lo que ya ha anticipado la normativa española. No obstante, la concreta redacción del texto de la Directiva también supone un cambio con respecto a la regulación actual del sector del juego en España por los siguientes motivos: en primer lugar, en cuanto a los sujetos obligados a aplicar las diferentes medidas de diligencia debida, que expondré más adelante, la Directiva abarcaría todos los “proveedores de servicios de juegos de azar, ya

sea en el momento del cobro de las ganancias y/o de la realización de apuestas, cuando efectúen transacciones por un valor igual o superior a 2.000 euros, ya se lleven estas a cabo en una operación o en varias operaciones entre las que parezca existir algún tipo de relación” (artículo 11 d)), mientras que la Ley antiblanqueo sólo abarca los casinos de juego así como las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar exclusivamente con respecto de las operaciones de pago de premios (artículo 2.1. p) y u) respectivamente de la Ley antiblanqueo). La Directiva define los “servicios de juegos de azar” en su artículo 3.14 como “todo servicio que implique apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidos aquellos con un componente de habilidad como las loterías, los juegos de casino, el póquer y las apuestas, y que se preste en una ubicación física, o por cualquier medio a distancia, por medios electrónicos o mediante cualquier otra tecnología que facilite la comunicación, y a petición individual del destinatario del servicio”. Por tanto, por un lado si bien el resto de operadores del juego distintos a los casinos (como sería por ejemplo también los salones de juego o las casas de apuestas) solo quedan obligados en virtud de la normativa española actual en las operaciones consistentes en el pago de premios, ahora todos los operadores en los diferentes ámbitos del sector del juego que incluye la Directiva en el referido artículo 3.14 quedarían obligados en todas las transacciones, y no solo en el pago de premios (se puede pensar por tanto en operaciones de apuestas de cantidades de dinero superiores al referido umbral, etc...).

Por otro lado, también hay un cambio en el umbral de las operaciones en cuestión. Mientras que para las operaciones de compra y venta de fichas en los casinos ya se debía aplicar las medidas según la normativa española a partir de los 2.000 euros, en lo que respecta a las operaciones de pago de premios el umbral es el de 2.500 euros, como indicábamos anteriormente, tal y como establece el artículo 4.1. del Reglamento antiblanqueo, en consonancia con la limitación de pagos en efectivo superiores a dicho umbral que establece la Ley sobre pagos en efectivo. En ese sentido, la normativa española habrá de adaptarse a una mayor restricción teniendo en cuenta que el umbral es inferior en la Directiva. Es probable que el legislador español, teniendo en cuenta los antecedentes de mayor restricción en materia de PBC/FT que la normativa europea, acabe limitando incluso el umbral a 1.000 euros en consonancia con el proyecto de decreto ley en que trabaja actualmente el Gobierno que prevé rebajar el límite de pagos en efectivo de 2.500 euros a 1.000 euros.

Por otro lado vemos que si bien para el resto de operadores se abarca todas las posibles transacciones por la Directiva y no solo el pago de premios y además el umbral es inferior al que se aplica actualmente en la legislación española -lo que como decíamos implicará necesariamente un recrudescimiento de la normativa española en aras de adaptarse a las exigencias europeas-, en lo que respecta a los casinos, la normativa española ya es más exigente que lo que es la Directiva; y ello por cuanto, como exponíamos, prevé la obligación de identificar a los clientes desde el momento en que acceden al establecimiento y a registrar dicha identidad y no es suficiente con esperar a la realización de ninguna transacción por encima de 2.000 euros para exigir dicha identificación. Adicionalmente a la exigencia de identificación en el momento de acceso al establecimiento del casino, como exponíamos, la Ley antiblanqueo exige la identificación

en unas determinadas transacciones, como es por ej. la compra o venta de fichas por un valor igual o superior a 2.000 euros. Es cierto que la Directiva plantea en su Exposición de Motivos que “los proveedores de servicios de juegos de azar con locales físicos (por ejemplo, casinos y casas de apuestas) deben velar por que, si se aplican a la entrada de dichos locales, las medidas de diligencia debida con respecto al cliente permitan establecer una conexión con las transacciones realizadas por los clientes en esos locales”. Es decir, la Directiva solo indica como opcional la identificación a la entrada exigiéndose en tal caso que se pueda hacer una conexión con las transacciones que de facto se realicen después por los clientes. Si bien es cierto que independientemente de la exigencia o no de identificación a la entrada, entendemos que la práctica llevará a los casinos a querer identificar a la entrada, como exige la normativa española, puesto que de lo contrario se hace difícil poder implementar el control.

Las concretas transacciones en concreto con respecto a las cuales la normativa española exige que se apliquen las medidas de diligencia debida, recordemos que son la entrega a los clientes de cheques como consecuencia de operaciones de cambio de fichas, las transferencias de fondos realizadas por los casinos a petición de los clientes, la expedición por los casinos de certificaciones acreditativas de ganancias obtenidas por los jugadores y la compra o venta de fichas por valor igual o superior a 2.000 euros, como enumera el artículo 7.5 de la Ley antil blanqueo. Es decir, a excepción de la operación relativa a la compra o venta de fichas, las restantes transacciones enumeradas no requieren de un umbral mínimo para ser objeto de PBC/FT, por lo que en este respecto también es más restrictiva la normativa española que la cuarta Directiva, y así aventuramos que se quedará.

5. En cuanto al elenco de medidas exigidas por la Directiva a los proveedores de juego para cumplir con la PBC/FT es preciso describir en primer lugar el escenario legislativo español actual así como el que plantea la Directiva para poder dilucidar si habrá un cambio en este ámbito. En primer lugar, el art. 7.5 Ley antil blanqueo, como ya mencionábamos anteriormente, exige la identificación y comprobación mediante documentos fehacientes de la identidad de los clientes en el acceso al establecimiento, así como el registro de la identidad de dichas personas, y además exige la identificación de las personas que pretendan realizar las referidas transacciones (recordemos que es la entrega a los clientes de cheques como consecuencia de operaciones de cambio de fichas, las transferencias de fondos realizadas por los casinos a petición de los clientes, en la expedición por los casinos de certificaciones acreditativas de ganancias obtenidas por los jugadores y la operación de compra y venta de fichas por importe igual o superior a 2.000 euros). Termina dicho artículo aclarando que “la aplicación por los casinos de juego de lo establecido en este apartado permitirá entender cumplidas las medidas de diligencia debida exigidas en la presente Ley.” Las medidas de diligencia debida genéricas se establecen en los artículos 3 a 6 de la misma ley y consisten, en resumen, en la identificación de los clientes, la identificación del titular real de los clientes (taly como el mismo se define en la Ley), el propósito e índole de la relación de negocios, y el seguimiento continuado de la relación de negocios. Dispone también la Ley en su artículo

7.1 que “los sujetos obligados aplicarán cada una de las medidas de diligencia debida previstas en los precedentes artículos, pero podrán determinar el grado de aplicación de las medidas establecidas en los artículos 4, 5 y 6 en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación”. Es obvio que por el tipo de transacción que se lleva a cabo en los casinos con clientes personas físicas (es decir, la apuesta de cantidades de dinero con el fin de obtener un premio), la única medida de diligencia debida que tiene sentido es la de la identificación y registro de la identidad del cliente y de ahí que la Ley antiblanqueo establezca que con las medidas de identificación descritas en su apartado 7.5 se consideren suplidas las demás medidas de diligencia debida genéricas que establece la ley. Entendemos que no habrá cambios en este sentido en la normativa española.

En cuanto al pago de premios por parte de las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar (entre los que también se encuentran los casinos) es el Reglamento antiblanqueo el que delimita las medidas de diligencia debida a aplicar, y lo hace en el artículo 4.1 (identificación formal en tanto que medida normal de diligencia debida) y en el artículo 43 como medida excepcional (“Medidas de control interno de aplicación al pago de premios en loterías u otros juegos de azar”). En concreto, el artículo 4.1 dispone que los sujetos obligados identificarán y comprobarán, mediante documentos fehacientes, la identidad de cuantas personas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en operaciones del pago de premios de loterías y otros juegos de azar en relación con aquellos premios cuyo importe sea igual o superior a 2.500 euros. El artículo 43, por su parte, establece que “los sujetos obligados que gestionen, exploten o comercialicen loterías u otros juegos de azar establecerán procedimientos adecuados de control interno en relación con las operaciones de pago de premios, que en todo caso preverán a) un manual de procedimientos donde se incluirá como mínimo: la identificación de los ganadores de premios por importe igual o superior a 2.500 euros; una relación de operaciones de riesgo, prestando particular atención al cobro repetitivo de premios [...]; un procedimiento para la detección de hechos u operaciones sujetos a examen especial, con descripción de las herramientas o aplicaciones informáticas implantadas y de las alertas establecidas; y un procedimiento estructurado de examen especial que concretará de forma precisa las fases del proceso de análisis y las fuentes de información a emplear, formalizando por escrito el resultado del examen y las decisiones adoptadas.” Además exige dicho artículo el nombramiento de un representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión y un plan anual de acciones formativas de los empleados. Termina el artículo diciendo que las medidas de control interno establecidas serán objeto de examen externo en los términos del artículo 38 del mismo texto normativo, que consisten en la realización por un experto externo de un informe que describa y valore las medidas de control interno aplicadas por el sujeto obligado.

Vemos con estas disposiciones que el Reglamento antiblanqueo ha previsto unas medidas muy específicas pensadas para la PBC/FT en el sector concreto del juego.

La Directiva en cambio no establece en principio unas medidas de diligencia debida especiales para los sujetos obligados del sector del juego, por lo que en principio hay que

remitirse a las medidas de diligencia debida genéricas que describe la Directiva (cuestión distinta será las medidas que finalmente determinen los Estados miembros y las entidades tras la referida correspondiente evaluación del riesgo). Las referidas medidas genéricas se enumeran en el artículo 13 de la Directiva y consisten en las siguientes: a) la identificación del cliente y la comprobación de su identidad sobre la base de documentos, datos o informaciones obtenidas de fuentes fiables e independientes; b) la identificación del titular real y la adopción de medidas razonables para comprobar su identidad, de modo que la entidad obligada tenga la seguridad de que sabe quién es el titular real; asimismo, en lo que respecta a las personas jurídicas, fideicomisos, sociedades, fundaciones y estructuras jurídicas similares, la adopción de medidas razonables a fin de comprender la estructura de propiedad y control del cliente; c) la evaluación y, en su caso, la obtención de información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocios; d) la aplicación de medidas de seguimiento continuo de la relación de negocios, en particular mediante el escrutinio de las transacciones efectuadas a lo largo de dicha relación, a fin de garantizar que se ajusten al conocimiento que la entidad obligada tenga del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido, cuando sea necesario, el origen de los fondos, y la adopción de medidas para garantizar que los documentos, datos o informaciones de que se disponga estén actualizados. Establece también la Directiva a continuación en el apartado 2 del artículo 13 que “las entidades obligadas podrán, no obstante, determinar el alcance de tales medidas en función del riesgo.” Admite por tanto un diferente grado de aplicación. Recordemos que la Ley ant blanqueo también lo hace; solo que admite esta modulación con respecto a todas las medidas a excepción de la de identificación de las personas con las que los sujetos obligados pretendan establecer relaciones de negocio.

De lo anteriormente expuesto, se extrae que la norma española es bastante más restrictiva en cuanto a las medidas de diligencia debida que los operadores del juego deben aplicar en sus relaciones con los clientes que la europea, que para el legislador español estaría planteando un mínimo en la mayoría de disposiciones con relevancia para el sector del juego. Por la trayectoria más restrictiva de la normativa española con respecto a la europea en materia de PBC/FT podemos prever que la primera mantendrá sus disposiciones más estrictas si no es que incluso las recrudescen en un nuevo giro normativo. Así lo autoriza además expresamente el artículo 5 de la Cuarta Directiva, al establecer que “dentro de los límites establecidos por el Derecho de la Unión, los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más estrictas en el ámbito regulado por la presente Directiva, con el fin de prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”. Con respecto a aquellas medidas en las que puntualmente la norma española ha sido más laxa que la Cuarta Directiva, como es el referido caso del umbral mínimo de las operaciones objeto de medidas de PBC/FT, que habrá de reducirse de 2.500 euros a 2.000 euros como mínimo así como la extensión de los sujetos implicados a todos los operadores del sector del juego en todas las transacciones y no solo aquellas relativas al pago de premios, habremos de esperar a ver si el Estado español decide acogerse a la exención por bajo riesgo que describo más en detalle en el siguiente párrafo.

6. La Exposición de Motivos de la Cuarta Directiva, en una clara muestra del enfoque basado en el riesgo que impregna toda la Directiva y la normativa española antiblanqueo actual, dispone que “en circunstancias de bajo riesgo demostrado, los Estados miembros deben poder eximir a determinados servicios de juegos de azar de algunos o de todos los requisitos de la presente Directiva. La aplicación de una exención por parte de un Estado miembro debe únicamente plantearse en circunstancias estrictamente limitadas y justificadas, y cuando los riesgos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo sean insignificantes.” Esta posible exención que indica la Exposición de Motivos se desarrolla en el Artículo 2.2 de la Directiva. De acuerdo con estas disposiciones, en atención a los factores que los Estados miembros deberán tener en cuenta en su evaluación de riesgos figura el grado de vulnerabilidad de las operaciones de que se trate, en particular en relación con los métodos de pago empleados. En su evaluación de riesgos, los Estados miembros deben indicar la forma en que han tenido en cuenta todas las conclusiones pertinentes que puedan figurar en los informes emitidos por la Comisión. Toda decisión adoptada por un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el párrafo primero se notificará a la Comisión, acompañada de una justificación basada en una evaluación de riesgos específica. La Comisión comunicará dicha decisión a los demás Estados miembros.

Como decíamos, respecto de la reducción del umbral mínimo de las operaciones objeto de medidas de PBC/FT de 2.500 euros a 2.000 euros y la extensión de los sujetos implicados a todos los operadores del sector del juego en todas las transacciones (incluida la realización de la apuesta de dinero en las máquinas de tipo B, casa de apuestas o loterías, etc.) y no solo aquellas relativas al pago de premios, tendremos que esperar a ver si el Estado español decide acogerse a la exención por bajo riesgo, aunque por la trayectoria más restrictiva de la normativa española podemos prever que no lo hará. Con respecto al matiz de que no será posible la exención por bajo riesgo en los casinos entendemos que esto no afectará a la normativa española antiblanqueo con respecto a los casinos puesto que, como decíamos, las medidas que establece la Ley española y que hemos expuesto en detalle anteriormente ya cumplirían los mínimos que exige la Cuarta Directiva y los superaría en cuanto a restricciones.

7. Por último, mencionar otras dos disposiciones de la Cuarta Directiva ubicadas en el capítulo relativo a la supervisión por la Administración, que afectan también al sector del juego, pero que, ante la ya vigente regulación en España no deberían implicar grandes cambios en el ordenamiento jurídico español. La primera la encontramos en el artículo 47.1 de la Directiva, que establece que “los Estados miembros dispondrán que los proveedores de servicios de juegos de azar estén sujetos a la obligación de estar regulados.” Esta disposición no conllevará ningún cambio en la normativa española puesto que todos los operadores del juego ya están sujetos a una estricta regulación para poder operar. La segunda se halla en el artículo 48, que establece que “los Estados miembros exigirán a las autoridades competentes que supervisen eficazmente y tomen las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Directiva, así que velarán por que las autoridades competentes posean las competencias adecuadas, entre

ellas la de obligar a aportar cualquier información que sea pertinente a efectos de la supervisión del cumplimiento y la de realizar controles, y para que dispongan de los recursos financieros, humanos y técnicos adecuados para desempeñar sus funciones [...] y termina diciendo que en el caso de, entre otros, los proveedores de servicios de juegos de azar, las autoridades competentes tendrán facultades de supervisión reforzadas.” Como sabemos en España es el SEPBLAC y en el caso del sector del juego, también la Comisión Nacional del Juego, los que ostentan facultades de supervisión reforzada con respecto a los operadores de juego que recaen en el ámbito de aplicación de la Ley del Juego. La única diferencia en este punto será que al incrementarse el elenco de operaciones que están sujetas a las medidas de PBC/FT, los órganos supervisores deberán abarcar también la revisión del cumplimiento de las que no estaban abarcadas hasta el momento (recordemos que serían por ejemplo las operaciones de realización de apuestas de juego, y no solo ya las del pago de premios).

8. Llegados a este punto, concluimos que, en el ámbito del sector del juego, la Cuarta Directiva sí que introduce importantes novedades con respecto a su predecesora pero que no son tantas si las comparamos con las medidas que ya se exigen en España desde 2010 con la Ley antiblanqueo y especialmente desde 2014 con el Reglamento que la desarrolla. Aun así, las dos novedades que se pueden extraer del análisis comparativo de la normativa vigente en España y la Cuarta Directiva, y que recordemos consisten en rebajar el umbral de las operaciones afectadas en establecimientos y operadores (por ej. de juego *online*) diferente a los casinos de 2.500 euros a 2.000 euros, así como incrementar el elenco de operaciones afectadas a todas las posibles y no solo al pago de premios (pensando especialmente en la realización de apuestas de dinero) no son precisamente de pequeño calado.

Es cierto que rastrear desde el principio de las operaciones el movimiento de dinero y no esperar al pago de premios, como ya se viene exigiendo para los casinos al regular la Ley antiblanqueo española que la compra y venta de fichas por importe igual o superior a 2.000 euros debe ser objeto de aplicación de las medidas correspondientes de PBC/FT, permite ganar un mayor control sobre los movimientos de dinero. Ahora bien el peligro seguirá estando precisamente en que en la práctica, la realización de pequeñas transacciones por separado (ej. apuestas de dinero) será difícilmente objeto de control y no permitirá comprobar que se ha superado el umbral de los 2.000 euros, pese a que se aclare expresamente en el artículo 11.2 de la Directiva que las transacciones objeto de control son aquellas que superen el referido umbral, “ya se lleven a cabo en una operación o en varias operaciones entre las que parezca existir algún tipo de relación” (en línea con la Ley sobre los pagos en efectivo). Es obvio que cuanto más bajo sea el umbral de transacciones objeto de control mejor para la PBC/FT, pero hay que partir de la base de que no se puede controlar absolutamente cualquier importe porque sería un obstáculo enorme para la prestación del servicio de juego. Por otra parte, la dificultad de control también se da en el juego *online* como todas las materias del derecho vinculadas a lo electrónico, por mucho que se limite el umbral de las transacciones. Resulta por ej. difícil controlar si una misma persona está haciendo operaciones desde cuentas diferentes, etc... Aun así y partiendo de la base de la Ley antiblanqueo que supuso un antes y un después

en esta materia, todos son pasos importantes para lograr un mayor control de las operaciones sospechosas y no es diferente en el sector del juego.



EL PAGO DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN LOS DENOMINADOS “CONCURSOS SIN MASA”

WORK CREDIT'S PAYMENT IN SO-CALLED “CONCURSOS SIN MASA”

DR. EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI
Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo.
Universidad Internacional de la Rioja
eduardo.talens@uv.es

RESUMEN: La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal, entre otros muchos aspectos, introdujo una nueva prelación de créditos cuando el concurso concluye por insuficiencia de bienes para sufragar las deudas contra la masa. Son los denominados como “concurso sin masa”. En las siguientes líneas abordaré el régimen jurídico de los créditos laborales dentro de esta circunstancia especial.

PALABRAS CLAVE: procedimiento concursal; pago; crédito laboral; créditos contra la masa; liquidación de bienes.

ABSTRACT: Law 38/2011, of 10 October, amending Law 22/2003, Bankruptcy, among many other aspects, introduced a new credit priority when the state of insolvency concludes insufficient assets to cover debts against the bulk. There are so-called “concurso sin masa”. In the following lines I will discuss the legal regime of workers credits in this context.

KEY WORDS: bankruptcy proceeding; payment; work credit; credits against the bulk; liquidation of assets.

FECHA DE ENTREGA: 22/12/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017.

SUMARIO: 1. Introducción: “los concursos sin masa” como una nueva forma de ordenación crediticia.- 2. El papel que juegan los créditos de los trabajadores dentro de esta prelación singular.- 3. Conclusión.

1. Una de las novedades normativas -una de tantas- que instauró la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, fruto de la fuerte crisis que asolaba nuestra economía, consistió en incorporar una serie de previsiones especiales para regular los comúnmente denominados como “concursos sin masa” (o “concurso del concurso” como aparece referenciado, en este caso, por la STS de 10 de junio de 2015)¹. Formalmente, por la referida Ley se introdujo el artículo 176 *bis* LC, totalmente nuevo hasta dicha reforma, y que responde al título de “especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa”. Como es de esperar, dicho precepto “bis” precede a otro, el artículo 176 LC, que viene encabezado bajo la expresión “causas de conclusión”. Desde la propia Exposición de Motivos de la referida Ley 38/2011 se explica el establecimiento de este nuevo precepto como “la fijación de un orden de pago de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa activa, lo que conecta directamente con una regulación más detallada de la insuficiencia de la masa (concursos sin masa), que la experiencia ha demostrado que constituye una forma extendida de conclusión del concurso”. En consecuencia, desde estas líneas me atrevo a afirmar que la incorporación expresa dentro del texto normativo de ciertas reglas de actuación para los casos de los denominados “concursos sin masa” obedece, en puridad, a una realidad práctica que es el resultado directo de una ingente crisis económica que supuso que muchas empresas entraran dentro del proceso concursal sin ninguna solución de continuidad, cuestión que, de otro lado, el legislador de 2003 ciertamente no previó. Esto es así porque la lógica de la institución concursal venía pensada en sus orígenes en empresas con una gran cantidad de débitos, inmersas en una situación insolvencia, pero con una importante capacidad de pago y serias posibilidades de salvación. No en vano, la fuerte depresión económica de los años venideros a la promulgación de la Ley Concursal invirtió este panorama práctico -o más bien idílico- aumentando exponencialmente aquellos casos de empresas avocadas al cierre y sin poseer masa activa suficiente para satisfacer, siquiera, sus deudas más básicas e inmediatas. De este modo, tal y como establece el propio artículo 176.1 *bis* LC procederá la conclusión del concurso cuando “el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente”. Junto con ello, tampoco ha de ser previsible ninguna acción de reintegración que pudiera engrosar la masa activa del concurso, de impugnación o responsabilidad de terceros ni la calificación de concurso como culpable, en cuyos casos tampoco se podría cerrar el concurso por esta vía.

¹ STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ 2015, 3775).

La solución que brinda el legislador ante estas situaciones ya ha sido anticipada al parafrasear su voz a través de la reproducción de un apartado de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011. En esencia, supone la regulación de una nueva ordenación de pagos para los créditos devengados contra la masa. En concreto, el artículo 176.2 *bis* LC se encarga de enumerar la prelación crediticia para estos casos particulares, incumbiendo a la propia administración concursal la tarea de satisfacer a los acreedores conforme al orden establecido por dicho precepto y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo para aquellos créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Esta normativa sustituye a la previsión contenida en el anterior artículo 154.3 LC que especificaba que, en caso de insuficiencia de masa activa, los créditos contra la masa se debían de satisfacer a sus respectivos vencimientos. Ahora, bajo la normativa vigente, tendrán que ajustarse al orden de prelación contenido en este artículo 176.2 *bis* LC, al margen de cuál sea su vencimiento². En este sentido, la ordenación crediticia para estos supuestos, según dispone el precepto referenciado, sería la siguiente:

1º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5º Los demás créditos contra la masa.

Las primeras conclusiones que se extraen de esta sistemática son las consiguientes:

En primer lugar, lo que el artículo 176 *bis* LC viene a configurar es una lista cerrada de créditos que deben de satisfacerse únicamente en los casos en los que proceda la apertura de la liquidación por ausencia de masa activa suficiente. De este modo, únicamente los representados en estos cinco ordinales, junto con los créditos necesarios para llevar a cabo la liquidación, van a ser los que puedan verse resarcidos. Por lo tanto, la lista dispuesta por este precepto debe recibir el tratamiento propio de las conceptualizadas como *numerus clausus*, no pudiendo entrar en la misma otro crédito distinto que no esté reflejado expresamente en el citado precepto, cuestión que en cierto sentido es bastante lógica cuando la conclusión del concurso deviene precisamente por no tener activo siquiera para pagar a las deudas contra la masa.

En segundo lugar, que el legislador ha optado por administrar un orden cronológico a los ordinales presentados en dicho precepto, rompiéndose en cierto modo con el principio general de ordenación concursal basado en la *par conditio creditorum*. Consecuentemente, los

² En este sentido, STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ 2015, 3775).

créditos contemplados en esta lista no van a poder cobrarse a prorrata, sino que cada partida crediticia no lo hará hasta que se hubiera satisfecho previamente el crédito correspondiente con el ordinal que le antecede. De esta forma, primero se pagarán todos los que correspondan con el ordinal primero, después los que pertenezcan al segundo y así sucesivamente hasta concluir con el quinto y último, que se presenta como una suerte de cláusula de cierre del sistema puesto que engloba a “los demás créditos contra la masa” que, en estos casos, definitivamente, y si sobrara algo, sí que se repartirían a prorrata. No obstante, cabe matizar, que por delante de esta clasificación ordenada y numérica tendrían que abonarse aquellos gastos ineludibles para llevar a cabo la liquidación.

En tercer lugar, surge una duda inmediata sobre la naturaleza jurídica de esta lista de créditos, en el sentido de si es autónoma e independiente o si por el contrario debe de compaginarse con la prelación de pagos genérica. Esta cuestión ha sido resuelta recientemente por parte del Tribunal Supremo, que ha interpretado que el artículo 176 *bis* va dirigido a establecer un orden de prelación en el pago de créditos contra la masa cuando los bienes y derechos que la integran son insuficientes. En consecuencia, “deja de operar la regla contenida antes en el art. 154.2 LC y ahora en el art. 84.3 LC”³. Por ello, en caso de insuficiencia de la masa activa, el administrador concursal no puede hacer uso de tales facultades y debe de sujetarse al nuevo orden de prelación del pago fijado en el citado artículo 176 *bis* LC, que presenta en este sentido un carácter autónomo y separado respecto de los restantes preceptos de la Ley Concursal.

En último lugar, cabe esgrimir que esta nueva ordenación afecta tanto a los créditos contra la masa pendientes de pago, es decir, a los ya vencidos, así como a los que pudieran vencer con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa (que es el presupuesto legal para opere el orden de prelación del artículo 176.2 *bis* LC)⁴.

2. El interés de esta institución para la protección de los trabajadores es bastante notorio, ya que, si volvemos a observar la lista *numerus clausus* dispuesta por el ya conocido artículo 176 *bis* LC, prontamente reparamos en la misma sobre la presencia de bastantes créditos de naturaleza laboral. Además, cabe indicar que los créditos de los trabajadores vienen representados en las posiciones más avanzadas dentro de este precepto, en concreto, aparecen en los ordinales 1º y 2º, por lo que, *de facto*, este tipo de créditos vendrían realizados por delante de cualquier otro (excepto de aquellos créditos necesarios para concluir con la liquidación de los haberes del concursado).

De forma resumida, el primer crédito que parece en esta lista es el correspondiente con los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (en adelante SMI). Como podrá fácilmente colegirse, el artículo 176.1.1º *bis* LC reproduce con exactitud el tenor del artículo 84.2.1º LC, que contiene el conocido como “superprivilegio salarial” (que viene referido, como es de

³ STS de 2 de julio de 2014, rec. casación 1281/2013 (RJ 2014, 4003).

⁴ Así lo ha considerado la STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 2015, rec. casación 1644/2013 (RJ 2015, 3775).

esperar, a estos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso). La inclusión del término “efectivo” por la reforma de la Ley Concursal del año 2011 terminó con las posibles dudas interpretativas que existían con anterioridad a dicho cambio sobre si esos 30 días tenían que ser los inmediatamente anteriores a la declaración del concurso, es decir, contando exclusivamente 30 días hacía atrás o si cabía incluir los efectivamente trabajados aunque no fueran justo en los días anteriores. La primera interpretación suponía dejar fuera aquellos supuestos de trabajadores con el contrato suspendido por cualquier motivo, extinguido o con contratos temporales o fijos discontinuos. Ahora, por dicción literal del precepto concursal, entran los salarios que adeude el empresario a sus trabajadores por los últimos 30 días trabajados, con independencia de que éstos coincidan o no con los 30 días anteriores y contados hacía atrás desde la declaración del concurso. Otro de los elementos configuradores de este crédito lo represente el hecho de que solamente cabe satisfacer por esta vía los salarios adeudados, por lo que no entran dentro del tipo normativo otros conceptos, tales como las partidas “extrasalariales”, así como cualquier clase de indemnización a favor del trabajador todavía no satisfecha. En último lugar, por lo que respecta al límite cuantitativo, esta posición preferente solamente alcanza al *quantum* que no sobrepase el doble del SMI. El SMI debe ser el existente en el momento de la declaración del concurso y en su sentido estricto, es decir, sin incluir las pagas extraordinarias (al contrario de lo que sucede con el límite de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial).

Para el caso de que estos salarios por los últimos 30 días de trabajo efectivo deban de clasificarse en el supuesto del “concurso sin masa”, además, cabría apuntar las siguientes especialidades. La primera de ellas correspondería con el hecho de que en el presente supuesto el importe que exceda del límite del duplo del SMI considero que sería transitable dentro del artículo 176 *bis* LC y, en concreto, pasaría a cobrarse entre los créditos reflejados en el artículo 176.1.2º *bis* LC, que recoge aquéllos que se adeudan por salarios e indemnizaciones hasta el triple del SMI. La forma de proceder sería un tanto análoga a la predispuesta en las situaciones “normales” donde el exceso de este cálculo también pasaría a formar parte de otra clasificación. Si bien, este último tránsito es mucho más significativo pues supone pasar de un crédito contra la masa a un crédito concursal, que si bien estará dotado con un privilegio general tendría que esperar mucho más tiempo (puesto que los créditos concursales se han de comunicar, clasificar y ordenar y satisfacerse a través de convenio o liquidación). En el supuesto del artículo 176 *bis* – “concursos sin masa”- pasaría el siguiente renglón más o menos dentro de un mismo momento de cobro. La segunda de ellas es que, si recordamos, los salarios por los últimos treinta días de trabajo no son estrictamente créditos contra la masa, en el sentido de que ni son pagaderos a su respectivo vencimiento, ni son ocasionados tras la declaración del concurso. Más bien son créditos anteriores al concurso sobre los que el legislador ha dotado a través de una ficción legal la condición de créditos contra la masa, con la peculiaridad añadida de que, además, los ordena pagar inmediatamente, de ahí que la doctrina haya venido utilizando el citado término de “superprivilegio” para denotar a los mismos. Por consiguiente, es dable pensar que cuando la conclusión del concurso por ausencia de masa activa se produce ya avanzado el proceso concursal estos créditos ya hayan sido satisfechos por el administrador concursal de turno, siendo por consiguiente bastante probable que ya estén liquidados. En estos casos, el orden de prelación del

artículo 176.2 *bis* LC comenzaría directamente por el ordinal segundo. Así, la presencia de deudas por salarios por los 30 días anteriores a la declaración de concurso es mucho más probable que se dé en aquellos casos, también posibles, en los que en la propia declaración del concurso el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni, paralelamente, resulta predecible el ejercicio de ninguna acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. En tales supuestos, los primeros créditos en abonarse serían los devengados a favor de los trabajadores, precisamente, por estos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración del concurso y siempre hasta el duplo del SMI.

Mayores problemas interpretativos origina el ordinal segundo de este precepto que, de nuevo, viene referido a créditos derivados del contrato de trabajo. En concreto, el precepto se refiere a los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago. Aquí no entran simplemente los salarios, sino que el precepto se refiere expresamente y de manera evidente, también a las indemnizaciones laborales. El hecho de que no se refiera, como así se hace en otros pasajes de la Ley Concursal, expresamente a las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo abre la puerta a que por esta vía puedan satisfacerse indemnizaciones laborales de cualquier clase. Ahora bien, el tenor del artículo 176.1.2º *bis* LC plantea un problema en este punto no exento de dudas, el cual radica en que el legislador parece meter en un mismo saco a los salarios y a las indemnizaciones, situación que segrega dos posibles interpretaciones doctrinales al respecto.

Una primera tesis, estrictamente literal, interesaría a ciertos sujetos, entre los que podríamos incardinar a los acreedores contra la masa que se sitúan en los ordinales precedentes, al FOGASA por cuanto vendría a asumir un crédito menor, así como, dependiendo de los casos, también al propio empresario en concurso. Esto es así porque una lectura textual del precepto en cuestión invita a un tratamiento conjunto de los salarios y las indemnizaciones en lo que se refiere al límite marcado por el mismo. Parece, por ende, que de acogerse esta tesis el límite coincidente con el triple del SMI debería de aplicarse indistintamente a los salarios y a las indemnizaciones pendientes de pago. Así, la forma de operar según esta interpretación pasaría por sumar los créditos por salarios y los créditos por indemnizaciones laborales adeudados, siendo solamente objeto de cobro aquél importe que conjuntamente quede por debajo del límite señalado. Apoyaría esta tesis el hecho de que el sistema de prelación dispuesto para resolver los supuestos de concurso sin masa, establecido *ex novo* tras la aprobación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, es de carácter autónomo y alberga un régimen separado respecto al predicado para el resto de los artículos de la Ley Concursal, donde también se contienen reglas sobre prelación de créditos. En este sentido, la defensa de esta primera interpretación no permitiría acudir al artículo 91.1 LC para diferenciar los créditos por salarios con las indemnizaciones, porque ambos preceptos responderían a finalidades distintas. Así es, el artículo 91.1.1º LC delimitaría un grupo de créditos señalados como concursales, en concreto, con privilegio general, mientras que el artículo 176. 2.2º *bis* LC establecería un orden de prelación entre créditos contra la masa cuando por las circunstancias

empresariales no van a poder ser satisfechos todos, por lo que no existiría suficiente identidad entre ellos.

El resultado contrario vendría amparado por una lectura sistemática del precepto, opción que naturalmente interesaría a los propios trabajadores a los que va destinada dicha norma jurídica. Se trataría, en suma, de una exégesis que llevaría a considerar que el artículo 176.2.2º *bis* LC deslinda por un lado los salarios, a los que se les deberá de aplicar el triple del SMI, de las eventuales indemnizaciones, a las que nuevamente se les deberá de limitar con el triple del SMI.

Por lo tanto, situado el problema en estos términos, la cuestión que se debate es estrictamente jurídica y se centra en si se debe aplicar la dicción literal del artículo 176.2.2º *bis* o si por el contrario conviene realizar una aplicación analógica sobre lo dispuesto por el artículo 91.1 LC y otra serie de preceptos concursales. En defensa de esta segunda tesis jugaría el distinto origen y finalidad de los créditos salariales e indemnizatorios que, por más que en este precepto parezcan ir de la mano, son claramente de diferente naturaleza. En este sentido, el primero concepto consiste en una retribución dineraria por la prestación de unos servicios (trabajo dependiente y por cuenta ajena) que en un momento dado dejaron de abonarse. El segundo, es decir, las indemnizaciones, tienen su razón de ser en una compensación, bien por la pérdida del puesto de trabajo o bien por cualquier otra vicisitud admitida por la normativa laboral y que merezca un resarcimiento económico.

En este orden de cosas, cabe tener especialmente en cuenta que, recientemente, el Tribunal Supremo, a través de su sentencia de 2 de julio de 2014⁵ se ha posicionado a favor de esta segunda tesis, sirviéndose para ello de éste y de otros argumentos a los que de seguido pasaré a hacer referencia. Por ejemplo, extraído del pronunciamiento de instancia, se puede leer en la citada sentencia que el hecho de tratar conjuntamente a ambos créditos llevaría a soluciones completamente desfavorables para el trabajador, puesto que ello supondría una “limitación inadmisibles en el supuesto que la empresa en concurso hubiera satisfecho a sus trabajadores todos los salarios generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (art. 84.2.5º), puesto que, conforme a la interpretación que contiene la sentencia [de instancia], dichos trabajadores no tendrían derecho a indemnización alguna porque al no existir salarios pendientes no cabría aplicar el tope del triple del SMI para los salarios ni tampoco para las indemnizaciones”. Este argumento merece un comentario aparte por lo absurdo de su aseveración. Significaría que una interpretación literal supondría que los salarios y las indemnizaciones actuaran de forma tan hermanada que, *de facto*, la ausencia de uno de estos créditos ya haría por sí mismo impracticable su cobro. Es decir, que, aplicando una interpretación literal, si un empresario debiera ciertos salarios pero ninguna indemnización, o viceversa, no cabría aplicar el tope para ninguno de estos conceptos. La extravagancia de dicho argumento para hacer decaer la tesis literal del precepto cae por su propio peso, puesto que lo que se deduciría de una lectura literal, la cual desde estas líneas no se propone, sería en todo caso que si se adeudan tanto salarios como indemnizaciones

⁵ STS de 2 de julio de 2014, rec. casación 1281/2013 (RJ 2014, 4003).

su importe se tendría que sumar a los efectos de obtener el importe concreto a abonar, que exclusivamente vendría dado por el resultado que quede por debajo del triple del SMI. Ahora bien, qué duda cabe de que, aunque se sostuviera una interpretación literal y se mantuviera uno de estos dos créditos únicamente, éste pasaría a pagarse hasta el límite señalado.

Más convincentes son aquellos argumentos utilizados por el TS y que conjugan sistemáticamente otros preceptos concursales. Así, por ejemplo, podemos acudir al artículo 84.2.5º LC para observar como en su seno se hace expresa referencia a las indemnizaciones cuando incluye entre los créditos laborales contra la masa “las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo”. Pero, además, el párrafo segundo del propio ordinal 5º del artículo 84.2 (introducido también por la Ley 38/2011) señala que “los créditos por indemnizaciones derivados de la extinción de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento”. De ellos podría deducirse que el crédito indemnizatorio por resolución del contrato de trabajo merece una mención específica y distinta respecto del crédito salarial. Asimismo, el TS sigue fijándose en otro precepto concursal para denotar tal distinción, y este no es otro que el artículo 91.1 LC, que, aunque viene referido a los créditos concursales dotados con privilegio general, contiene de forma diáfana una separación entre créditos laborales, distinguiendo claramente en su redacción los salarios de las indemnizaciones. En el anterior precepto se expresa que los créditos por salarios tendrán naturaleza privilegiada en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago y acto seguido cita a las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos y las sitúa también en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional.

En este sentido, pese a la literalidad del precepto (artículo 176 *bis* LC), y pese a que la ordenación contenida para los casos de concurso sin masa es autónoma e independiente del resto del articulado, no puedo desde estas líneas más que proponer una interpretación sistemática a la luz de otros preceptos concursales y en la que se tiene en consideración la distinta naturaleza jurídica de estos créditos laborales para asentir que éstos deben de actuar por separado. Esta interpretación, además de ser conforme a derecho y quedar exenta de cualquier viso de voluntarismo jurídico, sería un tanto más favorable para los intereses de los trabajadores y con ello estaríamos llevando una suerte armonización con el principio *in dubio pro operario*, tan en desuso en nuestros días y que la jurisprudencia escasamente hacer valer. En conclusión, la citada STS de 2 de julio de 2014 termina sentando doctrina en el sentido siguiente —que ha sido compartido desde estas líneas: “los créditos por salarios e indemnizaciones, a que se refiere el artículo 176.bis. 2.2º LC deben integrarse como dos categorías autónomas e independientes, sin que proceda aplicar el límite cuantitativo para su pago como si fuera un solo crédito, y, consecuentemente, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado”⁶.

⁶ Esta tesis ha sido acogida posteriormente por algún tribunal inferior. Puede verse la discusión de este problema y la adopción de esta interpretación en la SAP de Guipúzcoa de 12 de febrero de 2015, rec.

Merece la pena destacar que, al contrario de lo que sucedía con el cómputo del límite legal del duplo del SMI de los créditos por los 30 últimos días de trabajo efectivo, aquí los excesos no podrán satisfacerse de ningún modo. En el caso de los créditos laborales dotados con privilegio general, contemplados en el artículo 91.1.1º LC, la cuantía que sobrepasaba el triple del SMI entra a formar parte de los créditos ordinarios y, en consecuencia, a pagarse según las reglas propias de estos últimos. Ahora bien, en los denominados “concursos sin masa” ya no existen créditos ordinarios. Estamos, por tanto, ante un escenario bien distinto, marcado por la conclusión del concurso por no disponer el deudor de activos suficientes siquiera para pagar las deudas contra la masa, por lo que perceptiblemente la ordenación dispuesta en por el artículo 176 *bis* LC no va a contener créditos concursales privilegiados, ordinarios o subordinados, sino que su finalidad va a ser única y exclusivamente satisfacer los débitos expresamente allí dispuestos –todos contra la masa-. En este sentido, los ordinales tercero y cuarto del citado precepto nada tienen que ver con créditos relacionados con los trabajadores, sino que lo ocupan otros de naturaleza bien distinta. En consecuencia, si el excedente del ordinal primero ha podido reconducirse al ordinal segundo, precisamente por estar en ambos casos ante créditos a favor de los trabajadores, no podemos hacer lo propio con el excedente que esta vez supere el triple del SMI, puesto que el siguiente escalafón, según la prelación del artículo 176 *bis* LC, no guarda ninguna relación con los devengados por los trabajadores. En cualquier caso, considero que el exceso del crédito laboral que supere el triple del SMI sí que podría caer dentro del ordinal quinto, donde se contiene una cláusula de cierre del sistema en virtud de la cual se recogen a prorrata los restantes créditos contra la masa, sin hacer ninguna distinción entre ellos. Por lo tanto, una interpretación favorable para los intereses de los trabajadores pasaría por considerar que la cantidad que excede de los límites fijados en el número segundo pase a entremezclarse con todos aquellos créditos contra la masa cuya satisfacción debe ser proporcional con el remanente y tras practicar todos los pagos reivindicados en los numerales anteriores.

3. En conclusión, cuando el deudor no cuenta con bienes suficientes como para satisfacer sus deudas contra la masa, el concurso puede concluirse por la vía del artículo 176 *bis* LC. Esta forma de conclusión supone una especialidad respecto de las formas habituales de terminación del concurso. En estos supuestos, la casusa radica en que el patrimonio del concursado no es presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. Bajo este escenario, la prelación de créditos varía sustancialmente respecto de las situaciones “normales” y pasa a regularse de forma autónoma y separada. En estos casos habrá que atender exclusivamente a la ordenación dispuesta en el artículo 176. 2 *bis* LC. Dentro de la misma, los créditos laborales irrumpen en un lugar privilegiado, pues ocupan las posiciones más delanteras. Los primeros créditos en pagarse, una vez satisfechos aquéllos indispensables para llevar a cabo la liquidación de los bienes empresariales, serán los representados por los últimos 30 días de trabajo “efectivo” a favor de los trabajadores hasta la cantidad que no supere el doble del SMI. Una vez satisfechos, los siguientes créditos en pagarse serían los devengados por los trabajadores por los salarios pendientes

de pago hasta el triple del SMI o por indemnizaciones adeudos a este colectivo (entiéndase todos ellos como devengados contra la masa, es decir, después de la declaración del concurso). Posteriormente vienen los créditos por alimentos del artículo 145.2 LC, los créditos por costas y gastos judiciales del concurso y en último lugar, en clave de cláusula de cierre, todos los demás créditos contra la masa, donde, nuevamente, podrían llegar a tener cabida otra serie de débitos laborales distintos a los reflejados en los ordinales primero y segundo, esta vez a repartir a prorrata entre todos los deudores.



LA NECESARIA CORRECCIÓN DE LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE
CONTRATOS O RELACIONES DE SERVICIO DE DURACIÓN DETERMINADA
A LA VISTA DE LA NUEVA DOCTRINA DEL TJUE*

THE NECESSARY CORRECTION OF THE ABUSIVE TEMPORARY CONTRACTS AND SHORT-
TERM SERVICE PROVISION RELATIONS IN THE LIGHT OF NEW EUROPEAN COURT OF
JUSTICE RULINGS

DR. ENRIQUE LALAGUNA HOLZWARTH
Profesor Contratado Doctor Interino
Universitat de València
enrique.lalaguna-holtzwarth@uv.es

RESUMEN: *El presente estudio tiene como objeto el análisis de una reciente doctrina comunitaria del TJUE a raíz de sus sentencias 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-16/15, C-184/15, C-197/15 y C-596/14). En dichos pronunciamientos el TJUE estima contraria al Derecho de la Unión la utilización de nombramientos de duración determinada sucesivos para atender necesidades permanentes en el sector de los servicios de salud. Asimismo, señala que la normativa española debe establecer medidas efectivas para evitar los abusos en lo referente a las relaciones de servicio de duración determinada al margen de su regulación a través del Derecho laboral o administrativo. Finalmente, se analiza la cuestión de si determinados contratos de duración determinada deben recibir a su finalización una indemnización equivalente a la que actualmente perciben los trabajadores fijos. En suma, el TJUE tratando distintos aspectos vinculados a la contratación temporal en nuestro país considera que la legislación nacional es contraria al Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999, que integra la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre trabajo de duración determinada.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal de Justicia de la Unión Europea; contratación temporal; Administración Pública; Derecho laboral; principio de no discriminación; despido; indemnización.*

ABSTRACT: *The specific subject of study is based on recent Court of Justice of the European Union judgments of 14 September 2016 (Case- C-16/15, C-184/15, C-197/15 y C-596/14). In these rulings the Court of Justice of the European Union considers contrary to the European Union law the renewal of successive fixed-term employment contracts in the public health sector in order to ensure the provision of certain services when those needs are fixed and permanent. Likewise, declares that the Spanish legislation should create effective measures in order to avoid abuses regarding fixed-term services relations apart from the administrative or labour regulation of these relations. Finally, examines whether some temporary labour contract should receive the same compensation upon their termination than the Spanish legislation provides to the fixed employees. In sum, the Court of Justice of the European Union dealing with different aspects related to the temporary contracts in our country concluded that Spanish*

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las relaciones laborales internacionales: jurisdicción competente y ley aplicable en materia de contrato individual de trabajo, derechos colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

legislation breach the Framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, 18 march 1999 that incorporates the Council Directive 1999/70/EC, 28 June 1999.

KEYWORDS: Court of Justice of the European Union; temporary contracts; Public Administration; Labour law; principle of non-discrimination; dismissal; employees compensation.

FECHA DE ENTREGA: 23/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.- 2. Los nombramientos sucesivos del personal estatutario temporal no pueden servir para el desempeño de funciones permanentes.- 3. La legislación estatal no puede establecer distintos grados de protección a la finalización de las relaciones de servicios en virtud de que dichas relaciones se rijan por el régimen jurídico laboral o por el administrativo.- 4. Trabajadora interina tiene derecho percibir una indemnización equivalente a la de un trabajador indefinido despedido por causas objetivas.- 5. El hecho de que los trabajadores con contrato de interinidad no perciban indemnización alguna a la finalización de sus contratos contraviene la normativa comunitaria.- 6. Las posibles diferencias de trato entre los diversos tipos de contratos temporales de nuestra legislación no están incluidas en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada.- 7. El TJUE parece confundir los presupuestos extintivos de los artículos 52 y 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

1. No cabe duda de que entre las cuestiones que en el marco de las disfunciones sobre contratación en nuestro país requiere, tanto por las proporciones cuantitativas del problema, como por su reciente afectación a través de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), especial atención, es la relativa a la utilización abusiva de contratos temporales o de relaciones de servicios de duración determinada al servicio de las Administraciones Públicas.

Desde luego, pese a la actualidad de la cuestión, es de sobra conocido el hecho de que las prácticas de contratación temporal abusiva en las Administraciones Públicas y la excesiva precariedad del empleo público en nuestro país no constituyen una problemática reciente. En efecto, junto a la conocida problemática del fraude en la contratación por encadenamiento de contratos temporales de forma irregular o la utilización de modalidades contractuales erróneas que dio lugar a la figura jurídica del “indefinido no fijo” y a los consabidos problemas interpretativos y cambios jurisprudenciales en cuanto a su régimen indemnizatorio por extinción del contrato, se plantean ahora -tras las de sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (asuntos C-16/15, C-184/15, C-197/15 y C-596/14)-, distintas cuestiones vinculadas a la utilización abusiva de la contratación de duración determinada por parte de las Administraciones Públicas.

Con carácter previo a la exposición de las líneas esenciales que reseñan dichos pronunciamientos, y al margen de la reciente atención mediática por estos recibida, lo que resulta indudable es que lo señalado por el TJUE hace prever un significativo impacto -al menos, en términos de debate jurídico y posiblemente legislativo- en el ámbito administrativo público y en el régimen indemnizatorio de la contratación temporal en general.

2. En primer lugar, la sentencia del TJUE de fecha 14 de septiembre de 2016 (asunto C 16/15, Pérez López / Servicio Madrileño de Salud), aborda la situación temporal de una

persona sometida a régimen estatutario a la que resulta de aplicación la normativa específica de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en tanto en cuanto no se trata de una relación contractual laboral común conforme al artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). En este sentido, conviene tener en cuenta que el artículo 1.3 del ET en su apartado a), señala que “se excluyen del ámbito regulado por esta ley: a) la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público cuando, al amparo de la ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”.

Por su parte, la Ley 55/2003 que resulta de aplicación a la trabajadora justifica la necesidad de una normativa específica para este tipo de personal al señalar en su Exposición de Motivos que la normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud. De este modo, a través de la Ley 55/2003 se establecen las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal.

Así, el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 55/2003 comprende al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios del Administración General del Estado y a su vez, al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y, si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma.

En la sentencia objeto de esta primera parte del análisis, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid, que conoce del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una enfermera que fue nombrada para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Concretamente, la sentencia analiza el caso de dicha trabajadora que tras haber prestado servicios para el hospital universitario de Madrid como personal estatutario temporal eventual a través de un primer nombramiento de fecha de 5 de febrero de 2009, siguió prestando servicios para el mismo empleador a través de sucesivos nombramientos (siete en total) hasta el 31 de marzo de 2013. Es en dicho momento cuando la Administración le notificó, en paralelo, su cese inmediato y su nuevo nombramiento, de manera que dicha trabajadora prestó servicios de forma ininterrumpida para el mismo empleador desde febrero de 2009 hasta junio de 2013. A resultados de lo acontecido, y tras la desestimación por silencio administrativo del su recurso de alzada

contra el cese, se interpuso recurso Contencioso-Administrativo en el que la recurrente alega que los sucesivos nombramientos “no tenían por objeto responder a necesidades coyunturales o extraordinarias de los servicios de salud, sino que en realidad correspondían a una actividad permanente. En consecuencia, la sucesión de nombramientos de duración determinada incurre en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse”.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que conocía de dicho recurso, solicitó al TJUE que dilucidase si la Ley 55/2003, que permite la renovación de nombramientos de duración determinada en el sector de los servicios de salud es contraria al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE, y el CEEP, de 18 de marzo de 1999, que recoge la Directiva 1999/70/CE, en virtud del cual los Estados miembros deberán introducir medidas para prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y evitar de este modo la precarización de la situación de los trabajadores por cuenta ajena. En este sentido, el juzgado plantea dudas sobre las razones objetivas que pueden justificar la renovación de estos nombramientos.

Al respecto, el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, impone a los Estados miembros regular en su normativa, al menos una de las tres cuestiones siguientes mediante cualquier medio de su elección: 1) las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos, 2) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y 3) el número de sus renovaciones.

Por su parte, la norma de derecho interno que parece entrar en conflicto con lo previsto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada que recoge la Directiva 1999/70CE, resulta ser el artículo 9 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, que en relación con el personal estatutario temporal señala que:

“1. Por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal. Los nombramientos de personal estatutario temporal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

2. El nombramiento de carácter interino se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones.

Se acordará el cese del personal estatutario interino cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada.

3. El nombramiento de carácter eventual se expedirá en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria.
- b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios.
- c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Se acordará el cese del personal estatutario eventual cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron.

Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

4. El nombramiento de sustitución se expedirá cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza.

Se acordará el cese del personal estatutario sustituto cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

5. Al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo”.

Por tanto, a la vista de lo que, de un lado, establece el Acuerdo marco en relación con las obligaciones reguladoras de los Estados miembros a fin de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada y de otro lado, de lo que señala el artículo 9 de la Ley 55/2003 en relación con las previsiones para los nombramientos del personal estatutario temporal, la duda estriba, esencialmente, en dilucidar si a la vista de la redacción del artículo 9 de la Ley 55/2003, concurren razones objetivas que justifiquen la renovación de los sucesivos contratos de la recurrente, y si dicha redacción del derecho interno español se contrapone al mandato exigible a los Estados Miembros de encomienda reguladora acorde con los propósitos del Acuerdo marco.

En este sentido el TJUE recuerda que la cláusula 5 del Acuerdo marco que establece directrices generales a fin de que los Estados puedan alcanzar – a través de amplios márgenes para la elección de los medios que consideren más adecuados para ello- el objetivo de evitar la precarización de los asalariados mediante estrategias empresariales como, por ejemplo, la sucesión injustificada de contratos temporales, señala que los contratos de duración determinada deben responder a razones y necesidades de tipo

circunstancial y carácter objetivo, esto es, que las razones que justifican las contrataciones de tipo eventual o temporal deben responder a necesidades objetivas y tasadas.

Asimismo, y echando mano de su doctrina el TJUE, vuelve a recordar, en este sentido, que dichas causas o razones objetivas se refieren “a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”. A este respecto, conviene aclarar que dichas circunstancias podrían ir referidas a la particular naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y que éstas podrían incluso responder a la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un determinado Estado miembro. Sin embargo, no sería admisible una norma que, al respecto, otorgase carta de naturaleza a la posibilidad de utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada de forma general o abstracta ya que ello podría conllevar un riesgo cierto de uso abusivo de este tipo de contrataciones lo que, a todas luces, resultaría incompatible con el objetivo primordial que persigue el Acuerdo marco.

Así, a resultas de lo que reseña el artículo 9 de la Ley 55/2003, el TJUE concluye, en primer término, que tal disposición no establece una autorización general y abstracta para la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, dado que en determinados sectores, como en este caso sanitario, las circunstancias específicas y concretas que caracterizan esta actividad pueden llegar a justificar la existencia de una amplia tasa de rotación laboral que responda a necesidades de este tipo de servicios, sobre todo, habida cuenta de la imponderabilidad en la variación constante del número de pacientes y la necesidad de adecuar las necesidades de prestaciones de servicios de los centros sanitarios a través de contrataciones temporales en aquellos momentos puntuales en los que, coyuntural y provisionalmente, se hayan de satisfacer las mismas.

Sin embargo, a continuación, y con buen criterio, el TJUE señala que, pese a lo anterior, lo que en todo caso resulta inadmisibles es el hecho de que, tal y como prevé la norma de derecho interno en conflicto, se puedan establecer nombramientos de duración determinada para “desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo”. En efecto, la posibilidad de que la renovaciones de los contratos de duración determinada se justifiquen en el Estatuto marco mediante la cobertura de necesidades permanentes y continuadas, -entendiendo como tales las que de modo general debe desarrollar el personal fijo de dichos centros- contradice el objetivo del Acuerdo marco, sobre todo, si se tiene en cuenta que ello entraña el riesgo de que ese margen de flexibilidad en los nombramientos de duración determinada que habilita el artículo 9.3 de la Ley 55/2003 devenga en una utilización abusiva de contratos temporales para cubrir puestos de trabajo permanentes y estables, desoyéndose así la finalidad del Acuerdo marco de que la relaciones de trabajo de duración indefinida constituyan la forma más común (o la relación laboral tipo) de contrato de trabajo en el mercado laboral de los Estados miembros, y no al contrario.

En este punto, conviene traer a colación que el juzgador nacional solicitó en su momento la tramitación acelerada del procedimiento al TJUE, justificando dicha petición sobre la

base de que “el nombramiento del personal estatutario temporal es un mal endémico de la sanidad pública española, pues aproximadamente un 20% o un 25% de las plazas están ocupadas por personal nombrado con carácter eventual, con una duración media de cinco o seis años, llegando algunos de ellos a rebasar los 15 años de prestación ininterrumpida de servicios. El órgano jurisdiccional remitente precisa que, en el presente auto, el factor del número potencial de afectados por el planteamiento de la cuestión prejudicial se ve agravado, por un lado, por el hecho de que miles de familias se encuentran indudablemente en una situación laboral de precariedad, lo que conlleva serias dificultades para afrontar su proyecto de vida-como el acceso a una vivienda en propiedad o la educación para sus hijos- y, por otro lado, por el hecho de que esta situación de precariedad incidirá negativamente la calidad de un servicio público de base, como es la sanidad”.

En definitiva, tras el examen de los aspectos anteriormente reseñados, el TJUE concluye que, efectivamente, la normativa nacional que establece el artículo 9.3 de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud es contraria a la normativa comunitaria por cuanto contradice lo establecido en las cláusulas tres a cinco el Acuerdo marco CES-UNICE-CEEP sobre trabajo de duración determinada recogido en el anexo de la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999, que como es sabido, tiene por objeto, precisamente, aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo un contrato de duración determinada celebrado el 18 de marzo de 1999 entre organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE-CEEP Y CES).

Con todo, parece lógico que el juzgado de lo Contencioso Administrativo plantease la mencionada cuestión prejudicial, dado que tras la atenta lectura del precepto se deduce que la norma no parece amparar la existencia de un límite efectivo a las prestaciones de servicios de duración determinada. Asimismo, junto al hecho de que, de un lado, no se fije la duración máxima total para los sucesivos nombramientos de carácter eventual, ni un número máximo de renovaciones de los mismos y, de otro lado, la Administración se reserve la potestad de crear plazas estructurales en los términos del párrafo tercero del artículo 9.3 del Estatuto marco, pudiendo ésta, asimismo, cubrir dichas plazas a través del nombramiento de personal estatutario temporal interino parece entrar en contradicción con el propósito finalista del Acuerdo marco. En definitiva, y pese a que la sentencia del TJUE reconoce que la sustitución temporal de trabajadores para atender necesidades de duración transitoria puede constituir una razón objetiva, señala por contra, que los nombramientos de duración determinada no pueden renovarse para desempeñar funciones permanentes y estables incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Así, el TJUE declara que el Derecho de la Unión se opone a la mencionada Ley 55/2003 (concretamente al artículo 9.3 de dicho Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud), que permite la renovación de nombramientos temporales para atender necesidades temporales en materia de personal, cuando estas necesidades son en realidad permanentes.

Conviene, asimismo, señalar que el Acuerdo marco engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno.

En este sentido, la trabajadora demandante, que forma parte del personal estatutario temporal eventual de un servicio público de salud se encuentra incluida en su ámbito de aplicación.

Al respecto, una de las cuestiones capitales que no ha de pasar inadvertida es el hecho de que, pese a que en el caso enjuiciado la trabajadora afectada no está sometida a una relación jurídico contractual de tipo laboral, lo señalado por la sentencia del TJUE en relación con la aplicación del Acuerdo marco CES-UNICE-CEEP resulta extrapolable tanto a los trabajadores que desarrollen su prestación de servicios en virtud de un contrato laboral, como aquellos otros que, como en el caso enjuiciado, la desarrollen en virtud de una relación contractual regulada por normas administrativas o estatutarias.

3. Por su parte, en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, el TJUE plantea resolver dos autos de 9 de marzo de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En ambos litigios, y pese a la diferente naturaleza de la prestación de servicios desarrollada por cada uno de los trabajadores de las diferentes sentencias se plantean nuevamente problemas vinculados a actuaciones abusivas de la Administración en cuanto a los nombramientos y relaciones de servicio de duración determinada de los afectados.

Así, mientras en el asunto C-184/15 (Martínez Andrés/Servicio Vasco de Salud) viene referido al nombramiento como personal estatutario temporal eventual y posteriores prórrogas (hasta 13) al amparo de la Ley 55/2003, el asunto C-197/15 (Castrejana López/Ayuntamiento de Vitoria) versa sobre la celebración de un contrato de duración determinada al que le siguió un nombramiento como funcionario interino para llevar a cabo la misma tarea que la prevista en el contrato temporal y hasta la finalización del programa previsto, habiendo prestado servicios bajo este tipo de relación jurídica durante 14 años. Al respecto, y pese a quedar ambos litigantes incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE se plantea si, ante la actuación no conforme a derecho de la Administración en ambos casos, la disparidad en cuanto a la protección de los trabajadores a la finalización de sus prestaciones de servicios podría suponer una vulneración de la cláusula 5.1 del Acuerdo marco por la distinta naturaleza de su respectiva relaciones jurídicas (una laboral y otra estatutaria).

En este sentido, ante la pregunta de si en atención a la normativa comunitaria es posible establecer distintos grados de protección frente a la utilización abusiva de la contratación o de los nombramientos en caso de finalización de la relación, en función de que el trabajador que preste sus servicios lo haga en virtud de un régimen jurídico laboral o administrativo, el TJUE señala que han de ser los Estados los propios responsables de la adopción de las medidas que corrijan el uso abusivo de la contratación, y aunque el Acuerdo marco no determina sanciones específicas para estos supuestos, señala en cambio que las normas que se dicten no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno conforme al principio de equivalencia. Asimismo, señala que no se ha de hacer imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de

los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión en atención al principio de efectividad. Por tanto, en definitiva, se precisa en la sentencia que las autoridades nacionales deben establecer medidas adecuadas suficientemente efectivas y disuasorias para prevenir y sancionar los abusos constatados, tanto en lo que atañe a las relaciones de servicio de duración determinada regidas por el Derecho laboral como a aquellas regidas por el Derecho administrativo.

4. Finalmente, por cuanto hace al asunto C-596/14 (de Diego Porras/ Ministerio de Defensa), conviene adelantar que de todas las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE, ésta ha sido, sin duda, la que mayor atención mediática ha recibido, tanto por la formulación de algunas de las preguntas en las que se basa la cuestión prejudicial, como por las diversas interpretaciones (en algunos casos partidistas en mayor o menor medida) que los últimos meses se han ido sucediendo en torno al análisis de este pronunciamiento comunitario por parte de distintos medios del ámbito jurídico y laboral y de otros divulgativos e informativos de carácter más genérico.

La razón de este revuelo es deudora a todas luces, no ya tanto del hecho de que el tribunal nacional haya asumido el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sentido de reconocer el derecho de la trabajadora en cuestión a recibir a la finalización de su contrato de interinidad una indemnización equivalente a la que correspondería a un empleado indefinido despedido por causas objetivas, sino más bien, al hecho de que la respuesta del tribunal comunitario permitiría sostener la tesis de que la extinción de cualesquiera contratos temporales podrían constituir situaciones equiparables a la del caso enjuiciado, habilitándose así una vía para aseverar que las extinciones objetivas de los contratos de duración determinada son merecedoras en su conjunto de la misma indemnización que correspondería a la que actualmente perciben los trabajadores fijos comparables en tales circunstancias extintivas. Es por tanto la afectación indirecta de este pronunciamiento con respecto a las cuantías indemnizatorias de los contratos temporales en nuestro país y su posible alcance e impacto en términos reformistas y legislativos el principal causante de la polémica, sobre todo, habida cuenta de que la redacción de la sentencia plantea ciertas dudas interpretativas sobre las que conviene reflexionar detenidamente.

A tal efecto, resulta obligado adelantar que en el asunto C-596/14 (de Diego Porras/ Ministerio de Defensa) se solicita por parte del TSJ de Madrid que el TJUE entre a valorar un litigio que versa, en esencia, sobre la calificación de una relación jurídica laboral de interinidad y el posible abono de una indemnización como consecuencia de la extinción de dicha relación. A tal fin, el TSJ de Madrid, habiendo reconocido que la contratación en régimen de interinidad de la litigante, de un lado, y la existencia de una razón objetiva que justificaría la extinción de la relación, de otro, se ajustan a derecho, plantea que “en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días

de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa”.

Al respecto, resulta conveniente recordar que el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de que el contrato de trabajo pueda concertarse por tiempo indefinido o ser de duración determinada, estableciéndose asimismo la posibilidad de que –tal y como ocurre en el caso de la interinidad de la recurrente- se celebren contratos de duración determinada cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que el contrato de trabajo especifique el nombre del sustituido la causa de la sustitución.

En efecto, en el supuesto de la sentencia la trabajadora afectada sustituyó, a través de un contrato de interinidad a una liberada sindical por un periodo (ciertamente prolongado) de siete años. Así, tras la reincorporación de la liberada sindical sustituida la trabajadora interina fue despedida a consecuencia de dicha reincorporación. En este sentido, conviene recordar que el objeto del contrato temporal de interinidad consiste en la sustitución de un trabajador o trabajadora con derecho a reserva del puesto de trabajo en virtud de una norma, convenio colectivo acuerdo individual con el empresario, y que de conformidad con el artículo 8. 1 c) del Real Decreto 2720/1998, la extinción de dichos contratos se producirá, entre otras causas, por la reincorporación de la persona sustituida. Junto a ello, el 49 ET señala, por su parte, que a la finalización del contrato, excepto en los casos de interinidad y en los de contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 12 días de salario por año de servicio. Por tanto, resulta cierto que en la normativa laboral española los contratos de interinidad no tienen prevista una indemnización a la finalización del contrato.

En este sentido, el TSJ de Madrid, plantea diversas cuestiones a fin de determinar si la formulación del régimen indemnizatorio de la ley española respecto de los contratos de duración determinada frente a la de los contratos fijos aboca al pernicioso efecto de que trabajadores con idéntica antigüedad y que realicen similar trabajo son tratados de manera divergente cuando el contrato se extingue.

Así, en primer lugar, solicita que se aclare si el concepto de “condiciones de trabajo” (apartado 1, Cláusula 4 del Acuerdo marco) incluye también la indemnización que un empresario ha de abonar a un trabajador a la finalización de su contrato de duración determinada. En este sentido, el Acuerdo Marco señala que “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

A este respecto, el TJUE respondiendo a esta cuestión de forma separada señala que “estas consideraciones pueden ser íntegramente traspuestas a una indemnización como la

controvertida en el litigio principal. Como quiera que la indemnización se concede al trabajador por razón de la finalización del contrato de trabajo que le vincula a su empresario...” y la indemnización “...está por ende quede incluida en el concepto de condiciones de trabajo”.

En segundo lugar, sigue el TSJ de Madrid pidiendo que se dilucide si en caso afirmativo, los trabajadores con un contrato de trabajo o una relación laboral, concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, han de percibir a la finalización del contrato la misma indemnización que correspondería a un trabajador con contrato de duración indefinida comparable cuando el contrato de éste se extingue por causas objetivas. En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, si de tener derecho el trabajador a percibir la misma indemnización que corresponde a un trabajador indefinido al producirse la extinción por causas objetivas, ha de entenderse que el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores ha transpuesto adecuadamente la Directiva 1999/70, o, si por el contrario es discriminatorio y vulnera su objetivo y efecto útil.

Finalmente, y de entenderse cierto que no existen razones objetivas para excluir a los trabajadores interinos del derecho a percibir una indemnización por la finalización de su contrato temporal, se plantea la duda por parte del TSJ de Madrid de si la distinción que el Estatuto de los Trabajadores establece entre las condiciones de trabajo de estos trabajadores interinos, tanto frente a las condiciones de los trabajadores indefinidos (de un lado), como frente a las reconocidas al resto de los trabajadores temporales (de otro lado) resultaría discriminatoria.

Por tanto, lo que aquí se cuestiona por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es, de un lado la posible contravención de la normativa comunitaria en atención al hecho de que, de conformidad con el artículo 49.1 c) del ET, los trabajadores con contrato de interinidad no perciban (a diferencia del resto) indemnización alguna a la finalización de sus contratos, y de otro lado, en atención a la diferencia en el tratamiento indemnizatorio que perciben los trabajadores fijos frente a los temporales en general.

Pues bien, secuenciando las respuestas del TJUE, y en atención a la segunda y tercera cuestiones formuladas, razona éste que, en efecto, ambas situaciones son comparables dado que la trabajadora “efectuaba el mismo trabajo que la persona a la que reemplazó de forma permanente durante este largo período de tiempo, aplicándosele también las mismas condiciones de trabajo”. Junto a ello, el TJUE, considera que no concurre razón objetiva alguna que pudiese justificar un trato diferenciado y que por tanto, “ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas”.

En definitiva, el TJUE considera que la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador a la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada

queda subsumida en el concepto de las condiciones de trabajo, señalando, asimismo, que las disposiciones del Acuerdo marco son contrarias a la normativa nacional, dado que se “deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización”.

5. En suma, tal y como señala el TJUE, en el caso de autos, procede declarar que existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que, a diferencia de los trabajadores con contrato por tiempo indefinido, los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de su duración de los servicios prestados. Asimismo, señala que la diferencia de trato alegada, relativa a la concesión de una indemnización por finalización de contrato de trabajo, sería contraria a la cláusula cuatro del Acuerdo marco salvo en el supuesto de que las funciones desempeñadas por un trabajador como la recurrente en el litigio principal en el marco de los diferentes contratos de duración determinada no correspondieran a las de los trabajadores fijos, dado que dicha diferencia de trato estaría vinculada a situaciones diferentes.

A continuación, el TJUE, pese a señalar que corresponde al tribunal remitente (Tribunal Superior de Justicia de Madrid) determinar si en el caso en cuestión, la trabajadora ejercía efectivamente funciones de secretaria en el Ministerio de Defensa en el marco de diferentes contratos de interinidad encontrándose en situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido y a través del mismo empleador durante un mismo periodo de tiempo, señala, asimismo, que en el caso de autos se desprende que la recurrente efectuaba un trabajo análogo idéntico al de un trabajador fijo. Junto a ello, el TJUE señala que el propio hecho de que la mencionada recurrente ocupará durante siete años consecutivos el mismo puesto de una trabajadora en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculadas a su condición sindical, no sólo permite concluir que la interesada cumplía los requisitos de formación para acceder al puesto de trabajo de que se trata, sino también que efectuaba al mismo trabajo que la persona que reemplazó de forma permanente durante este largo periodo de tiempo, aplicándose también las mismas condiciones de trabajo.

En definitiva, en respuesta a la cuestión de si existe contravención de la normativa comunitaria en atención al hecho de que, de conformidad con el artículo 49.1 c) del ET, los trabajadores con contrato de interinidad no perciban (a diferencia del resto) indemnización alguna a la finalización de sus contratos, el TJUE considera que pese a que nuestro ordenamiento laboral permita esta diferencia de trato para con los trabajadores interinos ello no implica que dicha situación sea acorde con la normativa comunitaria. Y ello porque en el caso de la trabajadora afectada se venía desempeñando un trabajo con

idénticas funciones a las que desempeñaban trabajadores fijos comparables, pero sobre todo, porque por mucho que la normativa nacional pueda considerar que la formulación jurídica de un vínculo laboral en régimen de interinidad debe quedar integrada en el conjunto de la tipología contractual temporal, o de duración determinada, el hecho de que, como en el caso de la sentencia, se desarrolle la misma prestación durante siete años seguidos obliga a cuestionarse la coherencia de dicha normativa interna y la verdadera justificación de dicho carácter temporal ante tan prolongado periodo de prestación de servicios.

Por tanto, y de conformidad con lo anterior el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada se opone a la normativa nacional en tanto en cuanto excluye la percepción de cualquier indemnización para los trabajadores interinos, permitiendo en cambio la existencia de indemnizaciones para trabajadores fijos comparables. En otras palabras, el hecho de que la trabajadora afectada haya desarrollado su prestación de servicios a lo largo de dicho período de siete años en virtud de un contrato formulado en régimen de interinidad no puede considerarse un motivo legítimo o razonable que sirva para justificar la denegación de su derecho a percibir una indemnización a la finalización de su contrato. En este sentido, las previsiones normativas sobre la forma y efectos de la extinción por causas objetivas del Estatuto de los Trabajadores establecen la obligación de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades.

6. Ahora bien, siendo esta es la solución que aporta el TJUE en torno a la consulta del TSJ de Madrid sobre si la falta de indemnización en la normativa española para los trabajadores con contrato de interinidad -en concreto y en circunstancias análogas a las de la trabajadora afectada- vulnera o no el Acuerdo Marco, queda ahora por dilucidar si esa diferencia de trato a efectos indemnizatorios entre fijos e interinos, resulta igualmente discriminatoria entre los trabajadores fijos y los trabajadores temporales en general. Sobre todo, porque como ya se dijo anteriormente esta ha sido la cuestión que mayor revuelo mediático ha causado llegando a motivar distintas reuniones por parte del Ministerio de Empleo con los agentes sociales, comunidades autónomas y agrupaciones políticas a fin de encontrar una solución de encaje que diese respuesta a la incertidumbre generada por el posible alcance del pronunciamiento comunitario.

Pues bien, al respecto, el apartado 38 de la sentencia señala que “las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco”.

De este modo, y aun formulándose de forma indirecta se señala que el resto de contratos de duración determinada no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del

principio de no discriminación que establece el Acuerdo Marco. En este sentido, conviene recordar que dichos contratos temporales sí tienen fijada en nuestra legislación una indemnización por la extinción del contrato debida a la llegada del término convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato para el que fueron previstos (12 días de salario por año de servicio).

7. Asimismo, conviene tener presente que una cosa es la extinción de un contrato temporal de interinidad porque se produzca el cumplimiento de la condición que dio origen a su celebración (la reincorporación del trabajador sustituido) y otra distinta que se produzca la extinción de cualquier contrato temporal con anterioridad a la llegada de su término por concurrir causas económicas, técnicas, organizativas reproducción que determinen el despido objetivo del trabajador. En este último caso y con independencia de que el contrato sea temporal o indefinido, el abono de la indemnización para trabajadores con contratos de duración determinada y con contratos de duración indefinida resulta idéntica. En otras palabras, la sentencia del TJUE parece confundir la extinción por causas objetivas del artículo 52 del ET que prevé el mismo tratamiento indemnizatorio al margen de la temporalidad o la fijeza de la relación contractual con la finalización de un contrato temporal de interinidad a consecuencia del cumplimiento de una de la causa suspensiva a la que se encuentra sometido el contrato (la reincorporación de la persona sustituida) y que determina el vencimiento del mismo (artículo 49.1 c) ET).

De este modo, y a la vista de lo anteriormente expuesto, dos son las conclusiones que cabría extraer del pronunciamiento comunitario. De entrada, que no cabría interpretar que todos los contratos de duración determinada deben contar con la misma indemnización en la normativa española ya que el propio TJUE entiende que esas diferencias de trato indemnizatorio no resultan afectadas por el principio de no discriminación que reseña del Acuerdo marco, por lo que, en puridad, no resultaría exigible que un contrato de interinidad tuviese prevista nuestra legislación una indemnización equiparable a la del resto de los contratos temporales que sí la tienen.

En segundo lugar, tampoco resulta posible afirmar que de conformidad con esta sentencia sería necesario alterar las previsiones normativas de nuestra legislación a fin de que cuando se produce una extinción por causas objetivas, los contratos fijos y los de duración determinada perciban la misma indemnización, dado que esta circunstancia ya se contempla actualmente. En efecto, lo que en realidad cabría interpretar a la luz de la sentencia es que ante un supuesto de hecho como el que concurre en este caso, o en aquellos otros en los que se apreciase identidad de razón en las circunstancias extintivas reseñadas, no cabría entender como válida la vía de la resolución del contrato que ofrece el artículo 49 ET, sino que sería necesario acudir a la vía del despido objetivo del artículo 52 que con independencia del carácter indefinido o temporal del vínculo contractual otorga una indemnización al trabajador afectado de 20 días de salario por año de servicio.

Por tanto, al entender del autor estas líneas el alcance que debiese tener este último pronunciamiento analizado debería quedar circunscrito a supuestos de hecho equivalentes

a los que se reseñan en la sentencia, no pudiendo extrapolar su resultado a interpretaciones que sostengan la necesidad de una necesaria reforma del régimen indemnizatorio sobre el conjunto de los contratos temporales o de duración determinada que contempla nuestra legislación laboral.

No obstante, será necesario esperar a futuros pronunciamientos de nuestros tribunales nacionales para constatar la interpretación de estas sentencias del TJUE para advertir el verdadero impacto (sobre todo en términos de litigiosidad) sobre las extinciones de distintos tipos de contratos. Asimismo, no resulta aventurado pensar que el revuelo mediático generado parece haber servido para abonar el terreno de cara a posibles reformas legislativas que sirvan para mejorar el encaje de nuestra normativa interna con la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

Sin duda, el hecho de que, al margen de una correcta o incorrecta interpretación de los pronunciamientos del TJUE, se haya generado un debate social sobre la posible necesidad de equiparación de los niveles de protección de los trabajadores temporales a la finalización de sus contratos con los trabajadores fijos o indefinidos parece abrir la puerta a predisponer una sosegada reflexión por parte los protagonistas del mercado de trabajo al respecto.

En efecto, quizá vaya siendo hora de que el gobierno y los agentes sociales se sienten a negociar una posible mejora de la cuestión planteada desde la perspectiva del consenso. No obstante, conviene tener en cuenta que pese a que apriorísticamente, una posible equiparación de dichos niveles de protección a la finalización de los contratos para fijos y temporales parezca sugerir una lectura positiva para con la protección de los trabajadores temporales, conviene ser consciente -sobre todo habida cuenta de la actual inestabilidad política reinante- que ante las necesidades de una reordenación de las cuantías indemnizatorias entre trabajadores fijos y temporales, ello pudiese conducir a una decisión reformadora a la baja, reduciéndose las indemnizaciones tanto para los indefinidos como para los temporales e incrementándose así la precariedad laboral en términos globales. Posiblemente, y ante las posibles consecuencias negativas de posible equiparación de las indemnizaciones de los contratos temporales y fijos, sería quizá más razonable -sobre todo habida cuenta de la total ausencia de indemnizaciones para los trabajadores interinos a la finalización de sus contratos-, que dicha equiparación se plantease para los contratos de interinidad en relación con el resto de contratos temporales.

En suma, convendría ser conscientes de la necesidad de una verdadera reforma consensuada que tratase junto a los anteriores problemas tan arraigados en nuestra sociedad como el estancamiento en el uso abusivo de la contratación temporal. Las altas tasas de temporalidad dan fe de ello sin necesidad de recurrir a mayores datos para su confirmación que el análisis comparativo de este tipo de contratación con otros países de nuestro entorno. Mientras dentro de nuestras fronteras la tasa de temporalidad se sitúa, en torno al 25% con respecto al volumen global de la población asalariada, la media europea no llega a alcanzar el 12%.

Nuestro tejido empresarial se obstina en considerar que la existencia de una amplia proporción de contratación temporal sus plantillas comporta una eficaz herramienta de la gestión de sus necesidades de flexibilidad. Sin embargo como contrapartida se generan modelos de crecimiento deficitario donde predominan sectores productivos con escasa inversión en términos de capital humano, altas tasas de rotación laboral, pobres resultados productivos Y una más que considerable merma de la competitividad empresarial. De otro lado, los trabajadores asistente a la progresiva desaparición de sus perspectivas de consolidación laboral y estabilidad del empleo, al progresivo aumento de las baja cualificación profesional y la escasa consideración a su formación y talento profesional, así como la reducción de los niveles retributivos y el paulatino debilitamiento de la eficacia de la representación sindical en las empresas.

Todo ello, comporta a su vez una evidente pauperización del gasto público por cuánto afecta el desempleo, así como una indudable tendencia a la contención en el consumo de la población y en fin, al descenso de la calidad de vida y el empobrecimiento social.



LA UNIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN
(NOTAS AL ART. 45 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BOLIVIANO)

THE UNIFICATION OF REPRESENTATION
(NOTES TO THE NEW BOLIVIAN CIVIL PROCEDURAL CODE, ARTICLE 45)

DR. ALEX PARADA MENDÍA
Profesor titular de Derecho Civil y Procesal Civil
Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Bolivia)
Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria y Comercio de
Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
alex@paradaabogados.com

RESUMEN: Estas notas comentan el artículo 45 del nuevo Código Procesal Civil boliviano, promulgado el 19 de diciembre del 2013, pero que entró en vigencia solo el 6 de agosto del 2016. El art. 45 regula la unificación de la representación. Un mecanismo procesal por el que se busca mayor celeridad en el proceso, pero que entra en conflicto con el derecho fundamental a la defensa.

PALABRAS CLAVE: unificación; representación; Código Procesal Civil boliviano.

ABSTRACT: This notes comment article 45 of the new Bolivian Civil Procedural Code, enacted December 19, 2013, but in force since August 6, 2015. Article 45 rules unification of representation, a procedural mechanism thought to speed up the proceedings, but in conflict with the constitutional right of defense.

KEY WORDS: unification; representation; Bolivian Civil Procedural Code.

FECHA DE ENTREGA: 21/12/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 09/01/2017

SUMARIO: 1. Antecedentes.- 2. Legitimación.- 3. Momento procesal.- 4. Requisitos.- 5. Procedimiento.- 6. Revocación.- 7. Efectos.

1. El nuevo Código Procesal Civil Boliviano (en adelante CPC) dedica el art. 45 a la unificación de la representación. Mecanismo procesal por el cual, en atención a la economía procesal, se insta a las partes a defenderse mediante un representante único.

La norma es útil para simplificar el curso del proceso, sobre todo cuando alguna de las posiciones (demandante o demandado) está compuesta por más de una persona. Sin embargo, parafraseando a Marcial González, quien comenta su homónimo en el Código Procesal Civil paraguayo, el art. 45 CPC “incurre en un claro exceso pues, en el marco de un sistema republicano y democrático, no es razonable que quien ejerce el poder público, en este caso el juez, tenga injerencia en la elección de cada ciudadano (...) [respecto de quien lo represente]. Debe recordarse que (...) [tal decisión] es personalísima dada las implicaciones y los intereses en disputa” [MARCIAL GONZÁLEZ, R.: “Comentario al art. 65 CPC paraguayo”, en AA.VV.: *Código Procesal Civil Comentado* (dir. TELLECHEA SOLÍS, A.), Tomo I, La Ley, Asunción, 2015, p. 212].

Pero, dado el nexo que el artículo bajo comentario tiene con el derecho a la defensa, es importante determinar con claridad su alcance, ya que plantea algunas cuestiones que deben ser resueltas antes de aplicar dicha unificación: por ejemplo, si procede de oficio, contra la voluntad de las partes o, cuáles son las condiciones para dicha unificación de representación. Por ello, en estas notas veremos algunos aspectos, como ser: (1) la legitimación, (2) el momento procesal, (3) requisitos, (4) procedimiento, (5) revocación y (6) efectos.

2. El legislador estableció que la unificación de la representación pueda intentarse de oficio o a instancia de parte. Pero sin distinguir si, en este último caso, se trata de su propia representación o la del contrario.

En cuanto a la legitimación “a instancia de parte”, debemos comenzar recordando que en la representación existen, como mínimo dos sujetos, el representante y el representado y que -en ambos- la autonomía de la voluntad juega un rol determinante, sobre todo en un contexto en el que el representado tiene plena capacidad obrar.

Por otro lado, cuando el art. 45 CPC indica que la unificación procederá a instancia de parte, deberá entenderse esta como la legitimación de aquellas para instar o activar dicha unificación. Esto significa, en primer lugar, que -y aunque el art. 45 CPC no existiera- cualquiera de las partes tiene libertad de elegir si litiga por sí o mediante representante, como también si varias personas que conforman una posición procesal (demandante o

demandado) lo hacen mediante un representante único. De esto no cabe la menor duda, dado el carácter amplio y general del art. 35 CPC.

Dicho esto, se entiende mejor que el art. 45 CPC, cuando se refiere a la instancia de parte, se está refiriendo, principalmente, a la solicitud del contrario para que aquella unifique su representación, ya que quienes conforman una determinada posición procesal no necesitan instar nada para unificar su propia representación, sino simplemente así manifestarlo conforme las formalidades del CC y del CPC.

La unificación de la representación procede por iniciativa de parte la que, a su vez, podrá ser (1) inicial (con la demanda o contestación) o (2) sobrevenida. Ambas serán siempre voluntarias. Y la segunda, podrá ser producto de una iniciativa de las propias partes que litigan en conjunto o solicitada por la parte contraria. Esta distinción es relevante a fin de comprender que el auténtico procedimiento de unificación de representación, a instancia de parte, ex art. 45 CPC, será aquel en la que la parte solicita al juez se intime al contrario a unificar su representación.

Sin embargo, la unificación de motu proprio, sea esta inicial o pendiente el proceso, si bien no requiere la activación del procedimiento del art. 45 CPC, también debe cumplir con los requisitos exigidos por dicha norma (pluralidad de partes, interés común y acuerdo sobre el representante). Por ello, la diferencia entre ambas no está en su esencia, requisitos o contenido, sino tan solo en el camino para lograrla.

Por último, hay que insistir en que la representación se refiere a quien ejercerá, de hecho, la defensa de los derechos del representado en el proceso. Por la relevancia de la proscripción constitucional de indefensión, no es posible obligar a la parte a que su defensa la haga a través de quien no goza de su confianza o en quien él expresamente no delegó tal facultad. Y esto porque el principal efecto de la representación procesal es la vinculación de los actos del representante como manifestación de voluntad del representado. Por ello, no parece correcto el imperativo utilizado por el legislador: “deberán”, ya que pareciera que no se trata de una facultad. Sin embargo, a pesar del término utilizado por el CPC la unificación de la representación no es obligatoria, sino más bien facultativa para las partes y siempre voluntaria.

El legislador también otorga al juzgador legitimación para instar “de oficio” la unificación de la representación de las partes. Esto quiere decir dos cosas: (1) a pesar del silencio de las partes, el juez podrá hacerlo de oficio y, (2) la legitimación es para proponerla, no para imponerla.

En relación al primer aspecto, el juez podrá notar la conveniencia procesal de que determinadas personas litiguen en conjunto bajo un representante único. Si las personas que componen una posición procesal estuviesen litigando por separado, o si la parte contraria no instase la unificación, el art. 45 CPC autoriza al juez a hacerlo de oficio. Esta legitimación no pone en riesgo su imparcialidad si se la entiende en sus verdaderos límites: una vez “sugerida” por el juez, son las partes las que, en último caso, deciden si la unifican o no.

Sobre el segundo aspecto, el CPC utiliza el verbo intimar, cuyo significado no es otro que el de “requerir, [o] exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo” (RAE). Lo que lleva a pensar que, a pesar de la negativa de las partes, el juez podrá imponer u obligar esta unificación. Pero dos razones nos llevan a afirmar lo contrario. En primer lugar, el art. 45.II CPC establece, si bien limitado al proceso ordinario, que la unificación no podrá disponerse si las partes no llegasen a un acuerdo sobre quien asumirá la representación única. Con lo que la voluntad de las partes, por lo menos en este tipo de proceso, es determinante para la unificación. La segunda razón es de más peso y tiene que ver con el derecho a la defensa; y es que, por más que el juez intime, las partes son libres de escoger la defensa que mejor se acomode a sus intereses. Obligar a una unificación de representación, designando incluso al representante, contra la voluntad de las partes, vulnera directamente esta libertad de defensa ya que, se estaría obligando a que una persona acepte por defensa no aquella que él considera más conveniente, sino la de una persona que le ha sido impuesta, ya que los actos del representante obligan al representado, y lo más grave es que, en este caso, se hará a pesar de su negativa de ser representado, es decir, contra su voluntad.

Respecto a la legitimación procesal del juez, al igual que lo indicado en el epígrafe anterior, hay que partir de la voluntariedad de la unificación de la representación y en ningún caso la imposición de un representante a las partes, *ex art. 45 CPC*.

Por último, desde la perspectiva del representado, la unificación también debe ser voluntaria y nunca obligada. No nos olvidemos que la representación solo se perfecciona con su aceptación (art. 806 CPC), se presume onerosa (art. 808 CC) y, genera, con relación al representado, un régimen de responsabilidad civil que le obliga a resarcir el daño causado (art. 814 CC). Es decir, el representante asume un conjunto de obligaciones y responsabilidades con relación al representado, la que en ningún caso le podrá ser impuesta, máxime si ambas partes gozan de plena capacidad de obrar.

En resumen, la representación será siempre voluntaria, respecto del representante y del representado.

3. En cuanto a los límites temporales, el art. 45 CPC establece el *dies a quo* posterior a la contestación de la demanda, pero no fija el *dies ad quem*.

Sobre el *dies a quo*, de la lectura del art. 45.I CPC se puede concluir que la unificación de la representación a instancia de parte solo procederá “después de contestada la demanda”. Sin embargo, considero que, a pesar del tenor literal de la norma que comentamos, la unificación de la representación, cuando promovida por la parte, es perfectamente posible antes de la contestación. Es decir que esta puede intentarse en cualquier momento, desde el inicio del proceso -e incluso antes de la demanda- hasta antes de su conclusión. Por ejemplo, cuando las partes realicen esta unificación de “motu proprio” al hacer una petición de cautelares *ante causam* o alguna solicitud de medidas preparatorias de demanda. En este supuesto es absurdo negar esta representación bajo el argumento que habrá que

esperar la contestación de la demanda para decidir sobre dicha unificación. Y esto por la sencilla razón que esta unificación es producto de la voluntad de las partes y no de la voluntad del juez.

Ahora bien, se podría pensar en un supuesto en que una de las posiciones del proceso (demandante o demandado) esté ocupada por más de una persona y que, una de estas, unificando su representación tengan pretensiones contrapuestas. En este caso la raíz del problema no estará propiamente en la representación sino más bien en la contradicción de la demanda, contestación o reconvención. Por lo que, solucionado este problema, se soluciona también el de la representación única.

Cuando la unificación es promovida por el juez, guarda todo sentido el hecho que éste deba esperar a la contestación a la demanda para comprobar si se cumplen los requisitos exigidos por la norma para sugerir la unificación de la representación. Y es que, solo desde la contestación, la autoridad judicial podrá comprobar si existe un interés común entre los litigantes, si la unificación no causará más perjuicios que beneficios al proceso y, sobre todo, si no se afecta el derecho a la defensa de los litigantes.

Por su parte, el momento final será, al igual que la promovida directamente por las partes, hasta antes de la conclusión del proceso, vencido el cual, carecería de todo sentido.

4. El legislador deja en claro, desde la primera línea del artículo 45.I CPC que la unificación de la representación solo procederá si se cumpliesen ciertos requisitos exigidos por la norma procesal ya que, el primer término utilizado por el artículo citado es el condicional “cuando...”. Esto es relevante a tiempo de observar que tal unificación no debe proceder de un capricho de las partes o de una manifestación autoritaria y/o despótica del juzgador. El sometimiento a la Ley exige que la autoridad judicial funde su decisión en la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma.

Por otro lado, la norma que comentamos exige, para acordar la unificación de la representación, que estos requisitos estén presentes de modo concurrente. En concreto se exige: (1) pluralidad de partes, (2) comunidad de intereses y (3) acuerdo sobre el representante.

Siguiendo el tenor literal de la norma en comentario el primer requisito es la existencia de pluralidad de partes en alguna de las dos posiciones procesales. El art. 45.I CPC exige, como condición, que en el proceso actúen “diversidad de personas”.

Ahora bien, si partimos de distinguir que cualquier proceso está compuesto por dos posiciones (demandante y demandado) y cada una de estas podrá estar integrada por una o más partes (personas), el sentido común nos indica (además de la propia norma) que la unificación de la representación solo tiene sentido cuando una de estas posiciones está ocupada por más de una parte (más de una persona).

Si la posición del demandante o del demandado está compuesta por una sola persona la unificación, en el sentido del art. 45 CPC será innecesaria e imposible.

El segundo requisito exigido por el legislador es la “comunidad de intereses”. Es decir, que las personas sobre las que se intente esa unificación, busquen lo mismo en el proceso. El interés común guarda íntima relación con el objeto del proceso. Por lo tanto, las pretensiones deben ser las mismas o, por lo menos, no contradictorias.

El mismo art. 45.I CPC ejemplifica claramente qué debe entenderse por interés común, cuando habla de (1) compatibilidad, (2) mismo derecho o fundamento de la demanda o, (3) iguales defensas.

Por último, no basta que las partes tengan intereses comunes en el litigio. Es necesario también que concurra la voluntad de todas ellas de litigar de esa manera. Para ello, deberán ponerse de acuerdo sobre la persona concreta de asumirá dicha representación.

La norma resguarda un derecho de rango constitucional como es el derecho a la defensa (art. 115.III CPE), ya que, una cosa es que las pretensiones de las partes sean concurrentes, y otra muy distinta la forma en la que se asumirá la defensa de ellas. Y esto porque puede suceder que, a pesar de tener unos mismos intereses, las partes tengan diferencias respecto de los mecanismos procesales a ser utilizados.

Es por esta razón que el art. 45.II CPC expresamente prescribe que, “la unificación no podrá disponerse si (...) las partes no llegaren a acuerdo sobre la persona que asumirá la representación única”. Esta norma en concreto tiene un elemento que puede dar lugar a una interpretación no conforme con el derecho constitucional antes referido: parece circunscribir la exigencia de acuerdo solo al proceso ordinario. Sin embargo, es razonable entender que el cumplimiento de este requisito debe exigirse, en todo y cualquier proceso en el que se intente unificar la representación.

5. La unificación por propia iniciativa no requiere un procedimiento especial y podrá intentarse en cualquier estado de la causa, desde la demanda hasta la conclusión del pleito.

Pero deberá partirse de la idea que, si quien busca esta unificación es la parte contraria, podrá hacerlo, por escrito o de forma verbal directamente en audiencia. En ambos casos, deberá fundamentar su petición alegando la pertinencia de ésta y el cumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para dicha unificación.

Luego, la autoridad judicial ordenará el traslado de la petición, resolviendo la solicitud conforme las reglas y exigencias del art. 45 CPC.

6. El parágrafo III del art. 45 CPC distingue dos supuestos en los que podrá darse la revocatoria de la unificación de representación: (1) por acuerdo de partes y, (2) por

decisión judicial. En el primer caso, es de entender que las partes, en el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, podrán decidir si permanecen con la indicada unificación o no; y esto independientemente de si la unificación se dio por acuerdo de partes o a instancia del juez. En todo caso, el acuerdo de partes debe ser unánime, es decir, involucrar a todas las personas que serán representadas.

En el segundo caso, la revocación judicial podrá provenir de la propia iniciativa judicial o de alguna de las partes. En este último supuesto el CPC no aclara si esta petición deberá ser de una de las partes representadas o de aquella que ocupa la posición contraria. Es decir, si el acuerdo sobre el cese de la representación es unánime estamos en el caso del párrafo anterior (cese por acuerdo de partes). Pero, si dentro de una misma posición unificada una persona no está de acuerdo en el cese, los demás deberán intentarlo vía autoridad judicial. En este caso, el CPC exige “motivo justificado”.

En nuestro criterio es un exceso que se le exija a la parte justificar algún motivo para no litigar en conjunto con alguna otra parte procesal. Si estamos hablando del derecho a la defensa, considero que es suficiente motivo la manifestación de voluntad de concluir dicha unificación. Por lo que la justificación de ello es una exigencia que sobrepasa lo razonable y, sobre todo, coarta innecesaria e indebidamente el correcto ejercicio del derecho a la defensa.

Por otro lado, la justificación del motivo será exigible a la parte contraria que esté pidiendo el cese de la unificación de representación de su adversario y, por supuesto, la exigencia también es aplicable a la autoridad judicial ya que esta no podrá disponer su cese por un mero capricho, sino que deberá indicar las razones por la que ordena el cese de la representación. Y esto por el argumento tantas veces repetido en estas breves notas: el libre ejercicio del derecho a la defensa.

7. En cuanto a los efectos de la unificación de la representación, el art. 45.IV CPC no deja lugar a dudas, en cuanto a que el representante tendrá, respecto del representado, todas las facultades y responsabilidades inherentes al mandato. Esto significa, en primerísimo lugar, que los actos del representante obligan al representado. Es decir, conforme establece el art. 42 CPC el representante podrá, en nombre del representado, “interponer y tramitar los recursos ordinarios y extraordinarios, así como las diversas instancias y etapas de aquellos, incluyendo los procesos preliminares, cautelares, de ejecución de sentencia e incidentales y, en suma, realizar todos los actos procesales, extensivo pero no limitativa, para hacer efectiva la sentencia”.

Por otro lado, a pesar de existir una representación unificada cualquier persona puede litigar por separado. Exigir que solo lo haga por medio del representante es una limitación excesiva al derecho a la defensa. Y esto, porque si la representación es siempre voluntaria, no existen razones para negar a la parte que actúe por sí misma o que designe otro representante (manteniendo o revocando al anterior) cuando así lo estime conveniente de acuerdo a su criterio y mejor estrategia de defensa.

Por último, la unificación también hace nacer, como en cualquier representación, un conjunto de responsabilidades y obligaciones respecto de quien funge como representante, así por ejemplo, los indicados en el art. 41 CPC.

BIBLIOGRAFÍA

MARCIAL GONZÁLEZ, R.: “Comentario al art. 65 CPC paraguayo”, en AA.VV.: *Código Procesal Civil Comentado* (dir. TELLECHEA SOLÍS, A.), Tomo I, La Ley, Asunción, 2015.



EL DENUNCIANTE EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE LA CNMV: LA EVENTUAL EXISTENCIA DE INTERÉS LEGÍTIMO. COMENTARIO A LA STS DE 16 DE MARZO DE 2016*

THE REPORTING PARTY IN THE CNMV SANCTIONS PROCEDURES: THE EVENTUALLY EXISTING LEGITIMATE INTEREST. COMMENTARY TO THE SUPREME COURT SENTENCE, MARCH 16, 2016

DRA. BEATRIZ BELANDO GARÍN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia
Beatriz.Belando@uv.es

RESUMEN: La citada sentencia estima el recurso de casación contra la SAN de 30 de mayo de 2013, por que se consideraba que los denunciantes que solicitaban la apertura de un procedimiento sancionador no eran interesados en el procedimiento. La sentencia analiza y delimita las obligaciones de la CNMV para desestimar una denuncia, obligando a la CNMV a abrir una investigación para que establezca mínimamente la veracidad de los hechos expuestos.

PALABRAS CLAVE: denunciante, procedimiento sancionador, CNMV, interés legítimo.

ABSTRACT: This article studies the legal implications of a person that has a legitimate interest in a CNMV sanctioning procedure. The judgement of the Supreme Court of 2016 that is analyzed, remember to the CNMV the obligation of a minimum investigation.

KEY WORDS: Sanctioning Procedure, CNMV, administrative procedure, legitimate interest.

FECHA DE ENTREGA: 02/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 07/01/2017.

* Esta publicación se enmarca en los proyectos de investigación “La CNMV y la tutela del inversor minorista: explorando nuevas posibilidades”, Ministerio de Economía y Competitividad (DER2015-67119-R) MINECOFEDER), y “La protección del inversor-consumidor: nuevos retos, nuevas herramientas”, Consellería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, GVAICO2016-066, de los cuales es directora la profesora Beatriz Belando Garín.

SUMARIO: 1. Supuestos de hecho.- 2. Doctrina.- 3. Comentario.- 3.1. Introducción.- 3.2.- La incidencia de la Ley 39/2015 en el mercado de valores- 3.3. Conclusión.

1. La sentencia de 16 de marzo de 2016 analizada (nº rec. 3041/2013), estima el recurso de casación interpuesto por dos empresas (MONESA, S.A. y DELFORCA 2008 S.V.) contra la SAN de 30 de mayo de 2013 en el que se desestima el recurso dirigido contra la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo al entender que no poseen estas empresas interés legítimo para impugnar la resolución de la CNMV de 13 de enero de 2010, por la que se acordaba archivar la denuncia de las mismas.

Las cuestiones que se derivan de esta sentencia son básicamente dos: la capacidad del denunciante de obligar a la Administración a abrir un procedimiento sancionador y la relativa al concepto de interesado.

2. La sentencia recoge la jurisprudencia más actual sobre la necesidad de que la consideración del denunciante como poseedor de un interés legítimo ha de realizarse caso por caso (SSTS de 18 de junio y 17 de julio de 2014, nº rec. 2096/2013 y 347/2013 y 20 de abril de 2015, nº rec. 1523/2012) analizando en el supuesto concreto la eventual incidencia de la resolución sancionadora en la esfera del recurrente. Se indica con claridad, “así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 2004)”.

En este pronunciamiento de 2016, el Tribunal Supremo señala con claridad la existencia del interés directo de las entidades recurrentes sin necesidad de que estas desarrollen una significativa prueba sobre tal extremo y concluye así: “Ningún esfuerzo probatorio parece necesario para poder afirmar que una eventual resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la que se afirmase que el Banco de Santander incurrió en más prácticas en sus relaciones con las entidades recurrentes, y en la que se sancionase a dicho banco por tal motivo un hecho significativo que podría tener incidencia directa en la esfera patrimonial de las recurrentes (...) (FJ.2º)”.

Por tanto, es claro para el Tribunal que las entidades ostentan la condición de interesados.

Lo que queda igualmente claro en la sentencia es la necesidad de que la CNMV realice una mínima actividad probatoria que garantice el fundamento de los hechos alegados por las empresas demandantes, cosa que no hizo la CNMV en este caso concreto. En

concreto la STS afirma: “La Dirección General de Mercados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se limita en su informe de 17 de junio de 2010, a observar que no hay indicios suficientes para presumir la existencia de posibles comportamientos no ajustados a la normativa en materia de obligación de comunicación de autocartera y de participaciones significativas, limitándose a condenar que la información suministrada por la mercantiles recurrentes es poco relevante (...) *sin realizar una adecuada comprobación de los hechos e invirtiendo el onus probandi, en dejación de las funciones que corresponden al órgano regulador, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores*”.

3. Comentario.

3.1. El estudio de la condición de denunciante exige señalar el concepto de denuncia que el nuevo art. 62.1 Ley 39/2015, define por primera vez como: “el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”. Recordando eso sí en su apartado 5, que: “La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento”. La clave no se encuentra por tanto en la denuncia si no en otras cuestiones, como son el impacto que la eventual sanción pueda tener en la esfera jurídica del denunciante.

En el mercado de valores la cuestión relativa al denunciante y su posible consideración de interesado en el procedimiento administrativo ha sido muy controvertida. En este punto la jurisprudencia más reciente viene entendiendo que con independencia de la amplitud con la que se encuentra reconocida la legitimación activa en los procedimientos administrativos generales [STS de 5 de febrero de 2003, de 28 de diciembre de 2004, SAN de 2 de febrero de 2010 (nº recurso: 165/2007), 15 de junio de 2010 (nº recurso 47/2007), 11 de octubre de 2013 (nº recurso 239/2012)], en los procedimientos sancionadores el concepto de interesado requiere que éste reporte en el ciudadano cualquier ventaja o utilidad jurídica o elimine una carga o gravamen en esa esfera. Especialmente interesante es la STS de 10 de diciembre de 2010, donde se distingue claramente “aquellos supuestos en que el denunciante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un procedimiento sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones...), de aquellos supuestos, como aquí acontece, en los que la solicitud del recurrente de que se incoase expediente disciplinario y que se impusieran determinadas sanciones a una entidad bancaria afectada en atención a las infracciones que las recurrentes denunciaban, se formula tras la intervención del Supervisor y de la efectiva indemnización-en este caso según la referida decisión arbitral el Laudo citado correspondió al codemandado-por los perjuicios causados” (citada por la SAN de 11 de octubre de 2013)”.

La cuestión que se plantea es la posibilidad de que esta jurisprudencia, volcada en el procedimiento sancionador sea trasladable al procedimiento de inspección. En este punto entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, y ello al margen del carácter autónomo del

procedimiento de inspección frente al sancionador y de su ausencia de naturaleza sancionadora. En la medida que la denuncia pretende en última instancia que tras la correspondiente inspección se abra procedimiento sancionador entiendo que debe ser trasladable la jurisprudencia volcada al hilo de la configuración de la figura del denunciante en el procedimiento sancionador. En los procedimientos de inspección, la aplicación de esta jurisprudencia lleva a la exclusión total de los denunciantes como interesados en estos procedimientos pues es difícil pensar en algún supuesto donde éste pueda obtener alguna ventaja o beneficio de este procedimiento.

3.2. La sentencia de 16 de marzo de 2016 comentada alude en su fundamentación a la Ley 30/1992 y la jurisprudencia volcada durante su vigencia, sin embargo hay que tener presente un par de cuestiones.

En primer lugar, el Texto Refundido del Mercado de Valores, incorpora ciertas previsiones en materia sancionadora pero remite lo no previsto al procedimiento administrativo general y al RD 2119/93, cuya vigencia se mantiene siempre que no sea contrario a lo establecido en la nueva ley 39/2015, de procedimiento administrativo [vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M^a Luisa: “La garantía del procedimiento administrativo: aproximación al régimen jurídico del procedimiento administrativo sancionador y al ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMV nuevos retos”, en libro colectivo, *La supervisión del mercado de valores: perspectiva del inversor-consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (en prensa)] y en el que encontramos ciertas especificidades del procedimiento administrativo sancionador.

En el caso del denunciante, el nuevo art. 64 de la Ley 39/2015, señala que en el caso de los procedimientos sancionadores con carácter general: 1. El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al inculpado. *Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean.*

La ley de procedimiento una vez más, remite a la regulación específica, en nuestro caso, al Texto Refundido del mercado de valores y al RD 2119/93, que incorpora las especificidades del procedimiento administrativo sancionador para las sanciones en el ámbito financiero y que nada establecen específicamente sobre esta cuestión.

Por tanto, a pesar de haberse producido una modificación del marco regulatorio general, en los extremos aquí examinados, denunciante e interés legítimo en el procedimiento sancionador no se ha producido diferencia significativa, más allá de que la nueva ley 39/2015, defina por primera vez el concepto de denuncia y establezca ciertas precisiones genéricas.

3.3. Es muy difícil encontrar sentencias que condenen a la CNMV a que realice mínimamente una investigación previa al archivo de una denuncia, a pesar de que no ser desconocida para otras Administraciones. En el caso de la CNMV esta sentencia de 16 de marzo de 2016 junto a la de 20 de abril de 2015, es de las pocas que recuerdan a la Administración que a pesar de que los procedimientos sancionadores se inicien de oficio ello no excluye la necesidad de una mínima carga probatoria por parte de la Administración antes de archivar dicha denuncia.

Otra cuestión es la relativa a la condición de interesado que pueda ostentar en el caso concreto el denunciante, en donde esta sentencia recuerda de nuevo la necesidad de que la hipotética sanción afecte a la esfera jurídica del denunciante o suponga el levantamiento de una carga o gravamen.

En definitiva, la interposición de una denuncia no exige a la Administración la obligación de abrir procedimiento sancionador, dado que éste siempre se realiza de oficio pero obliga a la Administración el desarrollo de una mínima verificación de los hechos y la necesidad de motivar aunque sea escuetamente las razones del archivo.



EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LOS PARLAMENTOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS DIPUTADOS: COMENTARIO DE LA STEDH DE 17 DE MAYO DE 2016. CASO KARÁCSONY Y OTROS CONTRA HUNGRÍA

THE DISCIPLINARY REGIME IN THE PARLLAMENTS AND THE FREEDOM OF EXPRESSION OF THE MEMBERS: COMMENT ON THE ECHR JUDGEMENT OF 17 MAY 2016. CASE KARÁCSONY AND OTHERS V. HUNGARY

DR. JORGE ANTONIO CLIMENT GALLART
Profesor Asociado de Derecho Internacional Público
Universidad de Valencia
jorge.climent@uv.es

RESUMEN: El TEDH, en el caso Karácsony y otros contra Hungría, ha sentado la doctrina jurisprudencial aplicable a aquellos supuestos en que a un parlamentario se le sanciona sin haberle dado la oportunidad de poder expresarse previamente, considerando la misma contraria al derecho a la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: parlamento; diputado; libertad de expresión; sanción.

ABSTRACT: In the Karácsony and others against Hungary case, the ECHR established the doctrine applicable in those cases where a parliamentarian is punished without giving him the opportunity to express himself previously, considering it contrary to the right to freedom of expression.

KEY WORDS: parliament; member; freedom of expression; sanction.

FECHA DE ENTREGA: 27/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho de la Sentencia.- 2. El test de Estrasburgo.- 3. El derecho de audiencia en el proceso sancionador como manifestación del derecho a la libertad de expresión.

1. La Gran Sala del TEDH, el pasado 17 de mayo de 2016, confirmó por unanimidad la Sentencia que había dictado su Sección Segunda, en fecha 16 de septiembre de 2014. Por primera vez se trataba el régimen sancionador en los Parlamentos, cuando su aplicación pudiera afectar a la libertad de expresión de sus miembros.

Esta sentencia tiene su origen en una serie de multas que se impusieron por el Parlamento húngaro a diferentes representantes políticos de la oposición por haber llevado a cabo distintas conductas que alteraron el normal desarrollo de la vida parlamentaria. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: desplegar un cartel y una pancarta en el propio Parlamento en los que se podía leer “FIDESZ (el partido en el Gobierno), vosotros robáis, vosotros engañáis y vosotros mentís” y “Aquí opera la mafia nacional del tabaco”. Así mismo, en otra ocasión, cuando se estaba discutiendo la proposición de ley sobre transferencia de tierras agrícolas y forestales, una representante de uno de los partidos de la oposición, tras situar una pequeña carretilla dorada llena de tierra frente al Primer Ministro, desplegó una pancarta en la que se leía “Distribución de la tierra en lugar de robarla”, mientras hablaba haciendo uso de un megáfono. Merece destacarse que, con carácter previo, los diferentes partidos, a través de sus representantes, habían tenido la oportunidad, y así lo hicieron, de expresar su oposición a las medidas legislativas propuestas por el Gobierno en sus correspondientes turnos de palabra.

Respecto de todas estas acciones a las que nos hemos referido, el Presidente del Parlamento propuso sancionar a sus autores con sendas multas, por resultar gravemente ofensivas y disruptivas del orden parlamentario, siendo, y esto es lo relevante, que los castigos se aprobaron por la mayoría de la Cámara sin un debate previo sobre la conveniencia de los mismos. Dicho de otro modo, aquellos que iban a ser multados no tuvieron la oportunidad de poder manifestarse en sede parlamentaria en relación a la sanción propuesta. Además, en los procedimientos punitivos relativos a la colocación del cartel y el despliegue de la pancarta, no se especificó por qué dichas acciones suponían una grave ofensa al orden parlamentario.

La demanda ante el TEDH se fundamentó en la vulneración de dos derechos, la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). La Corte Europea entendió que dicha libertad sí que había sido conculcada, considerando innecesario entrar a valorar separadamente el otro derecho alegado, pues, en todo caso, aquella ya se había interpretado a la luz de este.

2. Debemos partir de una idea fundamental y es que el TEDH no tiene como papel sustituir la labor jurisdiccional de los órganos internos de un país miembro del Consejo de Europa. Su función se limita a comprobar si las resoluciones adoptadas por ellos resultan compatibles o no con lo dispuesto en el CEDH, en la interpretación dada por dicho TEDH.

Para comprobar si la medida restrictiva estatal apreciada como justificada por los tribunales internos es legítima, el TEDH utiliza el llamado “test de Estrasburgo”, es decir, constata si la limitación llevada a cabo por el Estado resulta compatible con el CEDH, siendo sus requisitos los siguientes: que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH; y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que se fundamentan la mayoría de sus sentencias.

El TEDH interpreta el término “necesaria” como “necesidad social imperiosa”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir.

En aplicación del test de Estrasburgo al presente caso, el TEDH ha entendido que la medida restrictiva sí que venía prescrita en la ley, en concreto, en la sección 49(4) de la Ley del Parlamento que prevé como sancionables aquellas conductas gravemente ofensivas a la autoridad o al orden del Parlamento. Así mismo, también entendió que atendía a dos finalidades legítimas previstas en el artículo 10.2 CEDH, cuales son la preservación del orden, en concreto, al intentar evitar la disrupción en el desarrollo del trabajo parlamentario, y la protección de los derechos de terceros, en este caso, del resto de disputados.

No obstante, consideró que la medida restrictiva adoptada por las autoridades húngaras no respondía a una necesidad social imperiosa.

3. De todos los elementos que tiene en cuenta el TEDH a la hora de llevar a cabo la ponderación, nuestro análisis únicamente se va a centrar en aquel que constituye el motivo fundamental por el cual se estima la demanda. Nos referimos a la necesidad de que en el procedimiento disciplinario se respete una salvaguarda procedimental tan básica como es el derecho de audiencia del futuro sancionado.

El TEDH parte de una idea básica, cual es el reconocimiento a los políticos, junto a los periodistas, de un estatus privilegiado en el ejercicio de la libertad de expresión. Ello es lógico, puesto que, como ya indicó el TEDH en el caso *Castells c. España* (TEDH 1992,

1), entre otros, si la libertad de expresión es preciosa para todos, “lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo, pues él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar a cabo un control más estricto”. En este sentido, debemos recordar que desde sus inicios, la libertad de expresión estuvo ligada al nacimiento de las democracias liberales y al libre mercado de las ideas, propio del pluralismo político característico del sistema democrático.

Esta protección alcanza su máximo grado en sede parlamentaria. Para garantizar que dicha libertad de expresión se pueda ejercer sin ningún tipo de coacción, se ha reconocido la figura de la inviolabilidad parlamentaria, conforme la cual, los miembros de los Parlamentos están exentos de total responsabilidad por las opiniones vertidas en su calidad de representantes del pueblo, no pudiendo, por tanto, ser procesados por ello. Es lógico, si entendemos que las decisiones de las Asambleas vienen precedidas de debates, a veces muy agrios, que deben ser ejercidos en libertad. No es posible, por tanto, que se les juzgue por las opiniones vertidas, ni por los votos emitidos. El “chilling effect” que podría suponer la mera posibilidad de saber que pueden ser procesados por ejercer su libertad de expresión, ínsita a la función de representante público, desnaturalizaría la razón de ser del Parlamento.

Dicha inviolabilidad es común en el espacio europeo y ha tenido pleno acogimiento por el TEDH, por ejemplo, en el caso *A. c. el Reino Unido* (JUR 2003\50513). Para la Corte europea, este privilegio debe ser considerado única y exclusivamente en atención al cargo que se está ejerciendo, evitando aplicar esta inviolabilidad a aquellos supuestos en los que su titular hace manifestaciones al margen de su carácter de representante público, como así se encargó de recordarnos en el caso *De Jorio c. Italia* (TEDH 2004\40).

Ahora bien, este estatus privilegiado no ampara el abuso en su ejercicio, ni tan siquiera en los Parlamentos, y, por tanto, su restricción resultará justificada cuando se pretenda asegurar el funcionamiento ordenado de aquellos. Como bien señala el TEDH, la democracia constituye un elemento fundamental del orden público europeo, existiendo un nexo indisoluble entre aquella y el funcionamiento efectivo del Parlamento. El debate ordenado en el mismo sirve, en última instancia, al proceso político y legislativo, a los intereses de todos los miembros del poder legislativo, permitiéndoles participar en igualdad de condiciones, y a los intereses de la sociedad en general, representada por aquellos.

Respecto de la determinación de las normas procedimentales que regulan la actividad parlamentaria y la potestad sancionadora en caso de quebrantamiento de aquellas, la Corte Europea realiza un análisis de Derecho comparado. Como resultado, se puede constatar que tanto en el ámbito de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, como del Parlamento de la Unión Europea, como de las Cámaras de los diferentes Estados que forman parte del Consejo, se establecen este tipo de normas procedimentales y sancionadoras. Ese es el resultado de la autonomía parlamentaria. Para el TEDH, por tanto, la incompatibilidad con el CEDH no vendrá determinada por la existencia de

normas que sancionen actividades que alteren el normal desarrollo de la actividad parlamentaria, sino porque, como ahora veremos, los concretos procedimientos disciplinarios se llevaron a cabo sin dar la oportunidad previamente, a quienes podían ser sancionados, de poder expresarse al respecto.

En el presente caso, las multas no se impusieron a los diputados por sus manifestaciones oponiéndose a las medidas legislativas propuestas por el Gobierno (lo cual hicieron mediante los respectivos turnos de palabra), sino por las acciones que llevaron a cabo después (el despliegue de pancartas en sede parlamentaria, poner una carretilla con tierra frente al Primer Ministro o el uso de megáfonos). Los diputados, al llevarlas a cabo, sabían perfectamente que se arriesgaban a ser multados. Por tanto, el TEDH no aprecia que el hecho en sí de sancionar dichas acciones suponga una violación de la libertad de expresión de los políticos. Lo que sí supone tal vulneración es el modo en concreto en que se procedió a punir a los parlamentarios.

Así pues, y hete aquí el quid de la cuestión, la multa se impuso sin escuchar a quienes iban a ser sancionados. Recordemos el proceso: el Presidente de la Cámara propone por escrito la sanción y la mayoría de diputados la aprueba, sin haberse dado un debate previo sobre la conveniencia o no de la misma. Para el TEDH, en este caso, no se ha respetado el derecho de audiencia, salvaguarda procedimental fundamental característica de cualquier Estado democrático de Derecho, y, por tanto, también exigible a la normativa parlamentaria. Es precisamente la carencia de un debate, previo a la sanción, en el cual puedan ser oídos aquellos que están sujetos al procedimiento disciplinario, lo que convierte la medida restrictiva adoptada por las autoridades húngaras en vulneradora del derecho a la libertad de expresión. Nos encontraríamos ante un claro ejemplo de abuso de la posición dominante por parte de la mayoría parlamentaria que, aprovechándose de la misma, decide laminar el derecho de audiencia de los representantes de la minoría sujetos a un proceso sancionador. A mayor abundamiento, el TEDH termina recordándonos que, además, en los procedimientos sancionadores incoados por la colocación del cartel y el despliegue de la pancarta no se especificaron las razones por las que dichas acciones en concreto suponían una grave ofensa al orden parlamentario, lo cual no hace más que incidir precisamente en esa falta de garantías procedimentales a la que hemos hecho referencia.



EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA FINANCIACIÓN SOCIETARIA MEXICANA

GUARANTEE TRUSTS IN MEXICAN CORPORATE FINANCE

AARÓN LEVET V.

Socio de transacciones financieras, Santamarina y Steta

alevet@s-s.mx

RESUMEN: Existen diversas formas para garantizar el cumplimiento de obligaciones contempladas en la legislación mexicana. De entre ellas, destaca el contrato de fideicomiso de garantía que, a diferencia de otras formas tradicionales de garantizar obligaciones como la prenda e hipoteca, otorga distintas ventajas a las partes que celebran este contrato

PALABRAS CLAVE: Fideicomiso; financiación societaria; garantías; México.

ABSTRACT: There are several ways to ensure compliance with obligations under Mexican law. Among them, the guarantee trust contract which, unlike other traditional forms of guarantee obligations, such as pledge and mortgage, gives different advantages to the parties that celebrate this contract stands out.

KEY WORDS: Trust; corporate finance; guarantees; México.

FECHA DE ENTREGA: 13/12/2016 **FECHA DE ACEPTACIÓN:** 07/01/2017.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Definición y características esenciales.- 3. Función económica y estructura interna.- 4. Efectos del contrato.

1. La figura del fideicomiso contempla varias clasificaciones y objetos, dependiendo del fin con el que se constituye. En la legislación mexicana, particularmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se contempla específicamente el fideicomiso conocido como traslativo de dominio y el fideicomiso de garantía. En la práctica, se utiliza con mucha frecuencia el fideicomiso de administración y el de fuente pago, así como combinaciones entre todos estos.

El fideicomiso es un contrato mediante el cual una parte (fideicomitente) transmite a otra (la fiduciaria), la titularidad o posesión legal de bienes o derechos para llevar a cabo un fin lícito y determinado (a cargo de la institución fiduciaria) y que podrá ser a beneficio de un tercero (fideicomisario).

Es factible constituir un fideicomiso en el que el fideicomitente sea, a su vez, el fideicomisario e, inclusive, sin la designación inicial de fideicomisario, o bien, incluir la designación de varios fideicomisarios para que reciban los productos del fideicomiso ya sea simultánea o sucesivamente.

El patrimonio del fideicomiso puede constar de todo tipo de bienes (muebles e inmuebles) y derechos (ej. derechos de cobro), salvo aquellos derechos que, conforme a la ley, son estrictamente personales.

A diferencia del fideicomiso tradicional, el fideicomiso de garantía se constituye con el fin de transmitir la titularidad o posesión de bienes o derechos a una institución fiduciaria, con el fin primordial de garantizar el cumplimiento de una obligación u obligaciones del fideicomitente a favor de un tercero acreedor como fideicomisario en primer lugar.

2. En esencia, el fideicomiso de garantía es un contrato accesorio toda vez que el mismo no puede existir sin antes existir una obligación real a cargo del fideicomitente, en el entendido que, una vez que se cumpla cabalmente el pago de la obligación garantizada, el fideicomiso de garantía debe extinguirse, revirtiendo la titularidad o posesión de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso al fideicomitente, quien comparece con dicho carácter y como fideicomisario en segundo lugar.

Mediante el fideicomiso de garantía, el fideicomisario en primer lugar no adquiere la titularidad o posesión de los bienes fideicomitados, pues la titularidad o posesión recae en la institución fiduciaria quien, a su vez, se encarga de administrar, guardar y conservar dichos bienes. No obstante, las partes pueden acordar que la posesión de los bienes fideicomitados quede a favor de terceros o bien del propio fideicomitente, en calidad de

depósito; en el entendido que el depositario debe conservar los bienes, obligándose a no utilizarlos en forma distinta a la que se pacte en el contrato del fideicomiso.

En proyectos inmobiliarios (ej. hoteles o desarrollos turísticos), el fideicomitente mantiene la posesión de los bienes y es responsable de su operación, con las limitaciones que en cada caso se convengan, ya sea en el contrato que documente la obligación garantizada o en el propio fideicomiso.

Esto obliga a quien tiene la posesión de los bienes fideicomitados a, entre otras cosas, asegurar que el valor del bien o bienes no disminuya y a conservarlos en buen estado, siendo responsable de los gastos que implique la conservación y administración de los mismos. Asimismo, en caso de que los bienes fideicomitados sufran daños, o disminuyan su valor, el fideicomisario en primer lugar podrá exigir que sean sustituidos por otros bienes, o hasta exigir el pago de la deuda antes del plazo acordado en el contrato.

En general, corren por cuenta de quien mantiene la posesión de los bienes las pérdidas, daños o deterioros que disminuyan el valor de los mismos, estando el fideicomisario facultado en todo momento para verificar e inspeccionar los bienes durante el plazo del contrato.

La ley determina que únicamente podrán actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito, las uniones de crédito y las sociedades operadores de fondos de inversión. Es posible que las instituciones y entidades mencionadas anteriormente actúen tanto como fiduciario y como fideicomisario en el mismo fideicomiso, para lo cual las partes deben nombrar a un tercero (persona moral o física) como ejecutor, a fin de determinar imparcialmente el cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada, sujetándose únicamente a los términos y condiciones del contrato de fideicomiso.

3. El fideicomiso de garantía podrá implementarse para garantizar más de una obligación a favor de distintos acreedores o fideicomisarios, ya sea simultánea o sucesivamente, debiendo los fideicomisarios dar aviso por escrito a la institución fiduciaria cuando las obligaciones hayan sido debidamente cumplidas por el fideicomitente, aviso que deberá ser ratificado ante fedatario público dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que sea cumplida la obligación garantizada.

El fideicomiso de garantía debe constar por escrito y, en caso de que el monto de la operación exceda el equivalente en moneda nacional a doscientos cincuenta mil Unidades de Inversión (aproximadamente \$1,405,000 pesos mexicanos, equivalentes a \$67,000 dólares aproximadamente), se debe ratificar ante notario público. Si el fideicomiso de garantía versa sobre bienes inmuebles, deberá formalizarse en escritura pública y ser inscrito ante el Registro Público de la Propiedad correspondiente a la ubicación del o los

inmuebles, ya que de ser incluido en el patrimonio del fideicomiso crea un gravamen real sobre el inmueble en cuestión.

Dependiendo de la naturaleza de los bienes afectos al fideicomiso y si las partes lo acuerden en el contrato, el fideicomitente podrá hacer uso de estos y continuar percibiendo los frutos o productos que deriven de estos, siempre y cuando el valor de los mismos no disminuya. Asimismo, en caso de ser necesaria la ejecución de la garantía en virtud de un incumplimiento a la obligación garantizada, el fideicomisario en garantía deberá dirigirse y tratar directamente con el fiduciario respecto a los bienes o derechos sobre los que se constituyó el fideicomiso y el procedimiento de ejecución.

4. A diferencia de otras formas tradicionales para garantizar el cumplimiento de obligaciones, tales como la fianza, la prenda y la hipoteca, existen dos aspectos fundamentales que brindan atractivo al fideicomiso de garantía: (i) la posibilidad de proceder a la ejecución extrajudicial, y (ii) constituye un vehículo que limita el riesgo para el acreedor en caso de quiebra o concurso del deudor.

En el primer caso, la ejecución no requiere de formalidades judiciales, sino más bien, depende del procedimiento convencional que el deudor (el fideicomitente) y el acreedor (el fideicomisario en garantía) acuerden en el contrato de fideicomiso. Este procedimiento convencional de ejecución puede resultar más expedito que, por ejemplo, la ejecución de la garantía creada por una prenda tradicional, misma que debe llevarse a cabo judicialmente, eliminando o reduciendo costos litigiosos y tiempos procesales derivados del desahogo de un litigio ante tribunales.

Ante la existencia de un incumplimiento de la obligación garantizada, el fiduciario, al recibir un aviso de incumplimiento por escrito del fideicomisario, procederá a valorar y, posteriormente, a vender o enajenar los bienes, inclusive en subasta privada, o bien, a llevar a cabo la adjudicación de los bienes o derechos a favor del fideicomisario para cubrir el pago de la obligación u obligaciones garantizadas.

En caso de pago y cumplimiento de la obligación garantizada, el fiduciario deberá revertir los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso a aquél. En caso de no especificarse y acordarse un procedimiento de ejecución extrajudicial específico, aplicará lo dispuesto en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio respecto a “Los Procedimientos de Ejecución de Garantías Otorgadas mediante...Fideicomiso de Garantía.”

Por otra parte, por la propia naturaleza del fideicomiso en garantía, los bienes que se afectan al fideicomiso se transmiten en propiedad a favor de la institución fiduciaria, de tal forma que ésta aparece como propietaria de registro para todos los efectos legales. Esta propiedad es “sui generis” pues constituye una propiedad fiduciaria, es decir, temporal y únicamente con el propósito de dar consecución a los fines específicos pactados. Al transmitirse la propiedad de los bienes a la institución fiduciaria, los mismos no pueden

embargarse por adeudos o incumplimientos contractuales del fideicomitente ni formarán parte de la masa de la quiebra en caso de concurso o quiebra del fideicomitente. Al quedar segregados, el acreedor o fideicomisario en garantía tiene plenos derechos para requerir a la fiduciaria la ejecución del fideicomiso en caso de incumplimiento y aplicar los productos de la venta al pago de la obligación garantizada.

En todo caso, los costos en que se incurra por la conservación y mantenimiento de los bienes, aquellos que deriven del procedimiento de ejecución, los impuestos por la venta de los bienes y aquellos otros aplicables a los bienes (ej. el impuesto predial en caso de inmuebles) y los honorarios de la fiduciaria tendrán preferencia en el pago.

Cabe señalar que la transmisión de propiedad que opera en virtud de un fideicomiso de garantía al momento de su constitución, no se considera una “transmisión” para efectos fiscales, toda vez que la propiedad de dichos bienes revertirá al fideicomitente al momento en que la obligación garantizada quede satisfecha. Para efectos fiscales, se considera que existe una transmisión de propiedad al momento en que se designe un fideicomisario distinto al fideicomitente.

Otro beneficio es la seguridad jurídica de la garantía creada mediante el fideicomiso, toda vez que las partes pueden acordar: (i) la ubicación específica donde deben permanecer los bienes afectos al fideicomiso; (ii) la contraprestación que recibirá el fiduciario por administrar y, en su caso, llevar a cabo la enajenación o transferencia de los bienes en caso de incumplimiento; (iii) determinar el tercero o terceros que puedan llevar a cabo dicha enajenación o transferencia de los bienes en caso de existir algún conflicto de interés por ser fiduciario y fideicomitente la misma persona moral o física; (iv) la manera en que los bienes serán valuados. Asimismo, toda vez que cualquier persona física o moral puede ser fideicomitente o fideicomisario, independientemente de la actividad preponderante u objeto social que tengan, el fideicomiso de garantía se puede constituir y adaptar a cualquier operación de negocio sin importar la complejidad del mismo.

Finalmente, es importante mencionar que la constitución de un fideicomiso implica gastos que en otras formas de garantía no resultan aplicables, tales como honorarios y comisiones pagaderos a la institución fiduciaria por actuar con tal carácter, honorarios y gastos de notario público (en los casos que aplique) y derechos de inscripción en el caso de fideicomisos inmobiliarios, todos ellos calculados en función del valor de los bienes. En algunos casos, los derechos de inscripción pueden ser sustanciales.



EL CAMBIO DE USO DEL TERRENO FORESTAL INCENDIADO: LEY DE MONTES, NORMATIVA AUTONÓMICA Y GENERACIÓN LEGAL DE INCENTIVOS PERVERSOS

CHANGE OF USE OF BURNT FORESTRY LAND: SPANISH FORESTRY ACT, REGIONAL LEGISLATION AND LEGAL CREATION OF PERVERSE INCENTIVES

D. LUIS SUÁREZ DE LEZO LANDECHO

Abogado

delezolandecho@gmail.com

RESUMEN: La actual redacción del artículo 50.1 de la Ley de Montes es suficiente para evitar la generación intencionada de incendios con fines crematísticos. Una redacción más restrictiva del mismo generaría incentivos perversos en los administrados.

PALABRAS CLAVE: Ley de montes; incendios; interés público; incentivos perversos.

ABSTRACT: The current wording of Article 50.1 of the Forestry Act is sufficient to prevent the starting of fires with profit interests. Wording it more narrowly would generate perverse incentives for the public.

KEY WORDS: forestry act; fires; public interest; perverse incentives.

FECHA DE ENTREGA: 21/12/2016 FECHA DE ACEPTACIÓN: 09/01/2017.

SUMARIO: 1. Ley de Montes de 2003.- 2. Modificación de 2006.- 3. Generación de incentivos perversos.- 4. STC nº 162/2014, de 7 de octubre.- 5. Modificación de 2015.- 6. Riesgos de cara al futuro.

1. En el año 2003, las Cortes Generales aprobaron la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, más conocida como la “Ley de Montes”, con el objetivo de establecer un nuevo marco legislativo regulador de los montes, en la línea de lo dispuesto por la declaración de la sesión especial de la Asamblea de las Naciones Unidas de junio de 1997, a cuyas palabras se remitía la norma en su Exposición de Motivos:

“La ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de todos los tipos de bosques son fundamentales para el desarrollo económico y social, la protección del medio ambiente y los sistemas sustentadores de la vida en el planeta. Los bosques son parte del desarrollo sostenible.”

En un primer momento, la Ley de Montes no preveía ninguna prohibición temporal específica a la hora de modificar el uso del terreno forestal con posterioridad a un incendio. No obstante, en su artículo 50.1, la norma establecía lo siguiente:

“Las comunidades autónomas deberán garantizar las condiciones para la restauración de la vegetación de los terrenos forestales incendiados, *quedando prohibido el cambio del uso forestal por razón del incendio*. Igualmente, determinarán los plazos y procedimientos para hacer efectiva esta prohibición.”

Repárese en que la prohibición, como decimos, no establecía ningún límite temporal. No obstante, también resultaba una prohibición fácilmente superable: bastaba con justificar el cambio de uso del terreno en cualquier razón distinta del propio incendio. Dicha exigencia parece innecesaria, por tener su origen en el puro sentido común. No obstante, el hecho de que tuviese que contenerse la misma en una norma con rango de ley ya nos permite entrever que el legislador era consciente de que la realidad siempre supera a la ficción.

2. La Ley de Montes se modificó en el año 2006, con la aprobación de la Ley 10/2006, de 28 de abril, que introdujo la prohibición de la modificación del uso de los terrenos forestales incendiados durante un plazo de 30 años, en su nueva redacción del artículo 50.1:

“Las comunidades autónomas deberán garantizar las condiciones para la restauración de los terrenos forestales incendiados, y *queda prohibido*:

a) *El cambio de uso forestal al menos durante 30 años.*

b) Toda actividad incompatible con la regeneración de la cubierta vegetal, durante el periodo que determine la legislación autonómica.”

El sentido de dicha prohibición no es casual ni arbitrario. Tal y como menciona el legislador en su Exposición de Motivos, “Se opta, pues, por el plazo de 30 años, lapso de tiempo mínimo que en la mayoría de los casos puede permitir la regeneración de la vegetación forestal y, por extensión, evitar expectativas de recalificación futura de suelos no urbanizables, en particular la de los terrenos forestales, contrarias a los propósitos de regeneración del monte que demandan los principios de la gestión forestal sostenible”.

En el año 2006, cuando se aprobó la norma, en pleno auge del mercado inmobiliario, existía una creciente preocupación social por la posibilidad de que ciertos incendios intencionados tuviesen una motivación crematística. En dicho contexto, el legislador consideró que, al destruir cualquier expectativa de recalificación de los terrenos, se acabaría con un eventual incentivo perverso a la generación intencionada de incendios.

No obstante, en el mismo artículo se preveían una serie de excepciones a dicha prohibición:

“Con carácter singular, las comunidades autónomas podrán acordar excepciones a estas prohibiciones siempre que, con anterioridad al incendio forestal, el cambio de uso estuviera previsto en:

1º. Un instrumento de planeamiento previamente aprobado.

2º. Un instrumento de planeamiento pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o, de no ser esta exigible, si ya hubiera sido sometido al trámite de información pública.

3º. Una directriz de política agroforestal que contemple el uso agrario o ganadero extensivo de montes no arbolados con especies autóctonas incultos o en estado de abandono.”

Es decir, que no nos encontramos ante una prohibición absoluta, sino que ésta resultaba vencida en el caso de que nos encontrásemos ante un cambio de uso previsto en un instrumento de planeamiento aprobado o pendiente de aprobar, o en determinadas directrices de política agroforestal.

3. Estas excepciones resultaban imprescindibles, por cuanto una prohibición absoluta podría generar precisamente el efecto contrario al que se pretendía, esto es: la generación intencionada de nuevos incendios.

Y es que, pongámonos en el supuesto de que cualquier incendio impidiese el cambio de uso de un terreno forestal. Hagamos un ejercicio de imaginación, y olvidemos por un momento las consecuencias penales derivadas de la provocación de un incendio, que no

son objeto del presente artículo. El propietario de un terreno que la Administración fuese a expropiar para, por ejemplo, construir un hospital, podría impedirlo simplemente generando un incendio en el mismo. O el propietario que quiere que construyan el hospital en su terreno y no en el del vecino podría a su vez optar por incendiar el terreno de este último. En resumen, se generarían nuevos incentivos perversos a la provocación de incendios.

Por ello, el legislador, con buen criterio, acota la prohibición del cambio de uso forestal a aquellos supuestos en los que dicho cambio no viniera previsto por la Administración con anterioridad al acaecimiento del incendio.

No obstante, dicha excepción resultaba en mi opinión insuficiente, en tanto en cuanto excluía aquellos cambios de uso decididos por la Administración con posterioridad al incendio. En este punto el legislador parecía admitir tácitamente la sombra de la sospecha sobre dichas decisiones administrativas.

Tratando de analizar el problema con perspectiva, resulta llamativo que el legislador le negase a la Administración la potestad de aprobar nuevos instrumentos de planeamiento que modificasen el uso de un terreno por el mero hecho de que se haya producido un incendio en el mismo, porque potencialmente se pudiesen producir abusos por parte de individuos. El legislador parecía optar por aplicarse la máxima bíblica “Si tu mano derecha te hace pecar, córtatela.”, salvando las distancias, tanto temporales como objetivas.

4. A modo de ejemplo de lo rigurosa que resultaba la aplicación de esta norma, el Tribunal Constitucional, en su sentencia nº 162/2014, de 7 de octubre, declaraba la inconstitucionalidad de la Ley de Castilla y León nº 6/2010, promulgada con el fin de promover la construcción de un área dedicada al esquí en Valladolid sobre un terreno forestal incendiado en 1999, esto es, 11 años antes de la promulgación de la norma, por no poder encuadrarse el interés público alegado dentro de las excepciones previstas en la Ley de Montes:

“Es claro, entonces que la Ley 6/2010, objeto del presente recurso de inconstitucionalidad, pretende desarrollar el proyecto regional ‘Complejo de ocio y aventura Meseta-Ski’ sobre unos terrenos sujetos a las prohibiciones de cambio de uso forestal y de realización de actividades incompatibles con la regeneración de la cubierta forestal establecidas por el art. 50.1 de la Ley 43/2003, de 21 de abril, de montes, sin que nos encontremos, en este caso, en alguna de las excepciones previstas en el inciso segundo del art. 50.1 de aquella Ley, lo que determina la consiguiente vulneración de la legislación básica del Estado.

Atendiendo a lo expuesto debemos afirmar la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 6/2010, de 28 de mayo, de declaración del proyecto regional del ‘Complejo de Ocio y Aventura Meseta-Ski’.”

5. Para solucionar este problema, el legislador optó por modificar una vez más la Ley de Montes, mediante la aprobación de la Ley 21/2015, de 20 de julio, que, entre otras modificaciones, extendía la excepción del art. 50.1 a nuevos supuestos:

“Asimismo, con carácter excepcional las comunidades autónomas podrán acordar el cambio de uso forestal cuando concurren razones imperiosas de interés público de primer orden que deberán ser apreciadas mediante ley, siempre que se adopten las medidas compensatorias necesarias que permitan recuperar una superficie forestal equivalente a la quemada. Tales medidas compensatorias deberán identificarse con anterioridad al cambio de uso en la propia ley junto con la procedencia del cambio de uso.”

Según esta nueva redacción, lo determinante a la hora de plantear una excepción al régimen general de prohibición es:

- 1º. Que se justifique con base en el interés público;
- 2º. Que se formule en una norma con rango de ley; y
- 3º. Que se asegure el objetivo original de la prohibición, esto es, la recuperación de superficie forestal incendiada, con independencia de que opere la excepción.

Este enfoque no es nuevo, sino que sigue la línea marcada previamente por ciertas legislaciones autonómicas. Sin ánimo de exhaustividad, sirve como ejemplo la redacción del artículo 59.4 de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, Forestal de la Comunitat Valenciana, tal y como lo fijó la Ley 9/2011, de medidas fiscales de la Comunitat:

“Con carácter singular, y en los supuestos de proyectos de obras e infraestructuras de especial relevancia declarados de interés general de la Comunitat Valenciana, el Consell podrá excepcionar la prohibición de cambio de uso forestal, dentro del plazo general de los 30 años, mediante acuerdo justificado.

En ningún caso, la aplicación de la expresada excepción podrá implicar un aumento del aprovechamiento lucrativo para particulares contrario a la finalidad perseguida con la citada prohibición.”

La clave de bóveda de estos artículos es el concepto de interés público o interés general. Resultaría cuanto menos difícil de justificar la invocación de los mismos para la promoción de nuevas viviendas en un terreno forestal incendiado. Habría que realizar un ejercicio de flexibilidad extrema del concepto de interés público, relacionándolo con el derecho constitucional a la vivienda. En cualquier caso, el resultado sería forzado y artificioso, y difícilmente defendible ante los tribunales. Más bien, la invocación al interés público encaja mejor con la promoción de nuevas infraestructuras o servicios públicos, ante los que nada cabría objetar desde un punto de vista jurídico.

Pero es que, además, de acuerdo con la normativa estatal, habría que promulgar una norma con rango de ley autonómica para autorizar el cambio de uso del terreno, con las

complicaciones añadidas que esto supone. Este hecho que pudiese parecer trivial implica una mejora importante: resulta más complicado modificar el uso forestal de un terreno incendiado que el de un terreno que no haya sufrido ningún incendio. En resumen: por mezquino que pudiese ser un promotor inmobiliario, o por corrupto que pudiese ser un concejal de urbanismo concretos, no tendrían ningún incentivo para causar incendio alguno, porque solo les dificultaría su presunta labor criminal.

6. Sin embargo, a raíz de los incendios acaecidos en diversas partes del territorio nacional durante el año 2016, se ha despertado un creciente interés en distintos gobiernos autonómicos a la hora de volver a regular este asunto con un enfoque más restrictivo, aunque a 1 de enero de 2017 este interés solo se ha traducido en declaraciones ante diversos medios de comunicación.

En el caso de que finalmente este interés se tradujese en la promulgación de nueva normativa autonómica, cabe resaltar que en el mejor de los casos dicha normativa sería inútil para el fin que pretende evitar.

Y es que, tal y como ya hemos indicado, para modificar el uso forestal de un terreno incendiado antes del preceptivo plazo de 30 años ya sería necesaria la promulgación de una ley autonómica. Por tanto, bastaría con no promulgar dicha norma para evitarlo, no siendo necesario la promulgación de una norma en contrario.

En el peor de los casos, tal y como hemos señalado *supra*, en función de su redacción, la promulgación de una norma excesivamente restrictiva podría generar incentivos perversos que, precisamente, pudiesen desembocar en un mayor número de incendios intencionados.

En aras de la conservación de los bosques y de la simplificación normativa, cabe esperar que en un asunto tan relevante el legislador autonómico no actúe movido por la presión mediática y evite la promulgación de nuevas normas que pudiesen resultar inútiles o contraproducentes para el fin buscado.



RECENSIÓN: BOLDÓ RODA, C. (Dir.): *La mediación en asuntos mercantiles*, editorial Tirant lo Blanch (Colección *Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales*), Valencia, 2015, 509 páginas. ISBN13:9788490864920.

ALBA SÁNCHEZ CORREDOR
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

Estas líneas pretenden dar cuenta de la publicación de la obra colectiva *La mediación en asuntos mercantiles*, dirigida por la prof. Boldó Roda, que lleva a cabo un estudio exhaustivo de la mediación desde diversas perspectivas del Derecho mercantil. La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM), sirve como punto de partida en el análisis de cada uno de ellos. Así, la obra, que comprende un total de dieciséis capítulos, se estructura en tres partes, claramente diferenciadas. La primera analiza los aspectos generales que la mediación suscita en los asuntos mercantiles. La segunda aborda la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos en diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico mercantil. Y la tercera se dedica, de manera específica, al papel que desempeña la mediación en el Derecho concursal.

La *primera parte* se inicia con un trabajo del prof. Embid Irujo –*Mediación y Derecho mercantil*–, en el que se trata los aspectos nucleares de ambas temáticas, relacionando sus puntos de conexión. El autor define la mediación como aquel proceso realizado por un tercero, que, sin ser juez o árbitro, sirve como instrumento –“media”– para lograr un acercamiento entre las partes. La exposición de motivos de la LMACM establece que la mediación puede resolver de manera satisfactoria derechos subjetivos de carácter disponible, por lo tanto, se admite el ejercicio de la labor de mediación también en el ámbito societario para resolver las controversias surgidas entre socios y administradores.

A continuación, la prof. Grimaldos García, analiza detenidamente el estatuto jurídico del mediador, los principios informadores y sus normas de actuación. Así, detalla cuáles son los requisitos necesarios para ser mediador establecidos en el art. 11 LMACM, destacando la exigencia de título oficial universitario o de formación profesional superior y de una formación adecuada y específica que se obtiene mediante la realización de cursos específicos impartidos por las instituciones acreditadas. Asimismo, fija los principios por los que se rige la mediación (voluntariedad, imparcialidad e igualdad de partes y confidencialidad), reiterados en diversas ocasiones a lo largo de la obra por el relevante papel que desempeñan a la hora de poder proceder a iniciar y desarrollar procesos de mediaciones.

De igual modo, el prof. Plaza Penadés elabora un estudio sobre la mediación civil y la responsabilidad civil. Ello le permite razonar sobre los supuestos en los cuales los mediadores incurren en responsabilidad civil, derivada de las obligaciones del contrato de mediación y de las inherentes a su actividad profesional.

No obstante, la prof. Sánchez Hernández, desarrolla el tema del procedimiento y la ejecución de acuerdos. En cuanto al procedimiento, la mediación se inicia de común acuerdo por las partes o porque una de ellas solicita la mediación. Dicho iniciación se

realiza mediante una solicitud que, acto seguido, conduce a las partes a una sesión informativa. El tiempo estipulado por ley para la duración de la mediación es de tres meses como máximo, pero, teniendo en cuenta que el sometimiento por las partes a la mediación es voluntario, las partes tienen la facultad de desistir en cualquier momento del proceso. La mediación finaliza con un acta final dónde se establecen o no los acuerdos a los que han llegado las partes. A fin de que los acuerdos tengan carácter ejecutivo se deben de elevar a escritura pública.

Una novedad a destacar es el análisis de la prof. Andreu Martí, sobre la mediación electrónica para aquellas controversias que no excedan de seiscientos euros. Los medios empleados son básicamente medios electrónicos de videoconferencia o métodos análogos de transmisión de voz e imagen.

Posteriormente, la prof. Martí Moya, elabora un análisis sobre los efectos de la mediación intrajudicial en el proceso civil, dónde se parte del precepto 414 LEC, conforme al cual se establece, en la audiencia previa al juicio, el deber de informar a las partes de la posibilidad de llegar a una negociación para poder solucionar el conflicto así como de instrumentalizarlo a través de la mediación. Incluso, el juez puede, una vez iniciado el proceso y siempre que sea adecuado para el objeto del litigio, sugerir a las partes esta vía de la mediación.

En la *segunda parte*, y bajo el título *Derecho mercantil y mediación*, se lleva a cabo un examen exhaustivo de la mediación en diferentes ámbitos del derecho mercantil, concretamente en los correspondientes a la competencia, la propiedad industrial, el Derecho de sociedades, el de consumo, la contratación mercantil y la internacional y la responsabilidad social corporativa.

En cuanto a la mediación en el ámbito del Derecho de la competencia, el prof. Gimeno Ribes plantea la mediación dentro de este ámbito desde tres vertientes. La primera atañe al ámbito de los contratos, conformándose con los supuestos de posible invalidez de negocios jurídicos o de cláusulas contractuales. La segunda al Derecho de daños, en el que se produce el ilícito contractual que permite a un tercero ser resarcido por daños y perjuicios. Y la tercera al de la competencia desleal, en la que se ubican los comportamientos y/o prácticas engañosas o agresivas de los empresarios.

A continuación, el prof. Velerdas Peralta, realiza un estudio sobre la mediación en el ámbito de la propiedad industrial, resaltando cómo el proceso de mediación es un buen método de resolución de conflictos ya que el mediador, normalmente, será una persona especializada en la materia. Así, el conflicto se resuelve en menor tiempo que en los Tribunales, y, como es sabido en el ámbito de la propiedad industrial, el tiempo es un factor esencial. Además, gracias al principio de la confidencialidad, el *know-how* de la empresa no queda al descubierto ni perjudicado por el proceso.

Respecto a la mediación en el ámbito del Derecho de sociedades, el prof. Hernando Cebría establece que los estatutos sociales son el cauce para que los socios puedan incluir en el momento de la constitución de la sociedad una cláusula de sometimiento a

mediación cuando surjan determinadas controversias. Concretamente, en el ámbito de las sociedades de capital se podría pactar el sometimiento a la mediación mediante pactos por vía estatutaria. Menciona que el proceso de mediación se podría realizar debido a las controversias que puedan surgir en el seno de la sociedad o de los diferentes integrantes de la misma (administradores, socios, acreedores, trabajadores). El límite de la mediación esta en aquellas cuestiones que afectan al orden público.

La prof. Lois Caballé realiza un estudio al completo de la mediación en el ámbito del Derecho de consumo, y propone la utilización de la mediación como una opción tras una previa conciliación que ha fracasado para resolver la controversia. Por lo tanto, la mediación dentro de este ámbito representa una alternativa complementaria previa al arbitraje.

En el siguiente capítulo, la prof. Ferrando Villalba trata sobre la mediación en el ámbito de los contratos mercantiles. Menciona la práctica reciente de incorporar cláusulas contractuales por las partes en las que se pacta el sometimiento a mediación, si se producen controversias futuras, a fin de solucionar los problemas surgidos. En tal caso, se incide en el incumplimiento contractual que implica que una de las partes recurra a la jurisdicción ordinaria para resolver la controversia. Del mismo modo, se incumpliría la cláusula contractual de sometimiento a la mediación cuando una de las partes desistiera del procedimiento (cabe recordar, que en el proceso de mediación rige el principio de voluntariedad).

Respecto de la mediación en el ámbito de la contratación internacional, el prof. Jordá García, sugiere que la ventaja de realizar mediaciones cuando surgen controversias en conflictos comerciales internacionales permite a las partes no mermar su relación comercial por un conflicto surgido puntalmente. Además, se recomienda a las partes que identifiquen cuál es el régimen legal de aplicación en el proceso de mediación, si, finalmente, incluyen una cláusula contractual de sometimiento a mediación. Ello vendría motivado porque tanto la ley aplicable como la ejecución de las resoluciones suponen cuestiones esenciales para este ámbito internacional, pudiendo quedar reflejadas mediante cláusulas contractuales y, de tal modo, contribuir a una mayor seguridad jurídica y agilidad en el cumplimiento de los acuerdos logrados en mediación.

Por último, la prof. Navarro Matamoros efectúa un trabajo sobre la mediación desde la perspectiva de la responsabilidad social corporativa. Y la identifica como aquella empresa que tiene un plan empresarial basado en una voluntad activa de mejorar social, económicamente y ambientalmente su negocio para así mejorar su situación competitiva y valorativa dentro de su propia empresa. De igual manera, la mediación se integra dentro de la responsabilidad social corporativa como un método de resolución de conflictos efectivos y de bajo coste para las empresas. Representa un método sencillo y rápido que genera un buen clima entre trabajadores, jefes y personal externo (empleados subcontratados, proveedores, clientes) y logra una mayor productividad empresarial.

Finalmente, en la *tercera parte* se trata la *mediación concursal*, centrándose en el acuerdo extrajudicial de pagos y en el concurso consecutivo. La prof. Boldó Roda lleva a cabo una

primera aproximación sobre el acuerdo extrajudicial de pagos. De su estudio queda determinado que el acuerdo extrajudicial de pagos es aquel procedimiento en el cual el propio deudor que se encuentra en una situación de insolvencia actual o inminente, pretende alcanzar un pacto con todos sus acreedores para poder aplazar los pagos de las deudas contraídas. El deudor debe de aportar su balance para así poder justificar que su pasivo no supera los cinco millones de euros.

A continuación, cabe reseñar del estudio de la prof. Pastor Sempere que el acuerdo extrajudicial de pagos se puede solicitar, siempre y cuando, los acreedores del deudor no estén en concurso de acreedores. Y es el propio mediador concursal quién formula la propuesta inicial de pagos que debe incluir un plan de pagos preceptivos y un plan de viabilidad. Para que el plan de pagos sea válido debe ser aprobado por, al menos el sesenta por ciento del pasivo, pudiendo contener una quita y una espera o una cesión de créditos del deudor para saldar las deudas.

En el último capítulo, la prof. Alfonso Sánchez analiza el concurso consecutivo, que se produce tras el fracaso de los mecanismos extrajudiciales de deudas ya bien porque no se ha alcanzado un acuerdo o porque una vez alcanzado el acuerdo no se haya cumplido o haya sido anulado. La solicitud de concurso consecutivo puede declararse por el propio mediador concursal, el deudor, los acreedores o incluso de oficio. Con la declaración de concurso consecutivo se abre simultáneamente la fase de liquidación, en la que se ha de realizar el activo del concursado a excepción de cuando se declare insuficiencia de la masa pasiva.

En conclusión, la obra recensionada destaca por la actualidad y el interés que la mediación despierta en el tráfico empresarial actual, por la acertada elección de los temas seleccionados, así como por su tratamiento riguroso y exhaustivo de una multiplicidad de perspectivas desde las que se aborda la mediación en los diferentes ámbitos mercantiles. Por ello, consideramos que esta publicación servirá de gran utilidad a los especialistas en la materia como instrumento adecuado para profundizar en la diversidad de aspectos mercantiles aplicables a la resolución de controversias mediante el proceso de mediación.

