

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 12, Época II, Enero 2018 - Junio 2018

ISSN: 2340-4647



IURE LICET
ABOGADOS

Dykinson, S.L.

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad (REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor de Derecho penal de la Universidad San Pablo CEU Madrid

Abogado

SUBDIRECCIÓN TÉCNICA

ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ

Profesora Encargada de Derecho Civil.

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho Penal
Profesor de Derecho penal de la
Universidad San Pablo CEU Madrid
Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho Internacional
Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

**Magistrado Expresidente del Tribunal
Superior de Justicia del País Vasco**

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

**Profesora Titular de Derecho Civil y
Magistrada Suplente de la Audiencia
Provincial de A Coruña**

Universidad de Santiago de Compostela

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ-
EZNARRIAGA

**Abogado y Expresidente de la Asociación
de Abogados de Derecho de Familia**

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

**Magistrada-Juez del Registro Civil de
Bilbao**

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

**Notario y Presidente de Euskaltzandia
(Academia de la Lengua Vasca)**

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.
Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

ARNEL MEDINA CUENCA

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil. Experto en
Bioética, Derecho y Medicina**

Universidad de Coimbra

**Profesor Titular de Derecho penal de la
Facultad de Derecho de la Universidad de
La Habana. Expresidente de la Unión
Nacional de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad de
Valencia (España). Miembro de número
de la Sociedad Cubana de Ciencias
Penales.**

Universidad de La Habana

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias Jurídicas y
Políticas de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho Constitucional**

Universidad de Lisboa

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho Penal,
Presidenta de la Sociedad cubana de
Ciencias penales de la Unión Nacional de
juristas de Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y Decana de
Postgrados, investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad de La
Habana**

Universidad de La Habana

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa.
Presidente de la Junta de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Lisboa.
Miembro de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales Judiciales del
Consejo Superior de la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y de
Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho Penal y
Encargado de Posgrados e
Investigaciones Internacionales
*Universidad Católica del Uruguay***

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la Facultad de
Ciencias Jurídicas de la Universidad
Javeriana de Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA

**Abogada en el Despacho Suarez y Sanche.
Notaria Pública. Catedrática de Derecho
Civil**

*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina*

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad. Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.

Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico por la
Facultad homónima de la Pontificia
Universidad Católica Argentina. Abogada
por la Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del Tribunal
Superior de Justicia del País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de
Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de Abogados
del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora Social
en Fiscalía en el Servicio de Apoyo a la
Administración de Justicia Junta de
Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial de
Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001-2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

*Número dedicado al insigne historiador Eduardo Hinojosa.
Por su inestimable contribución a la historia del Derecho español en su
próximo centenario.*

3. **UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA**.....42 - 54 págs.

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

4. **ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES EN MATERIA DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**.....55 - 63 págs.

MARÍA DEL SOCORRO GARRIDO MORENO

Abogada del Estado

5. **EL CONTROL ¿JUDICIAL? DE LA ADOPCIÓN**.....64 - 81 págs.

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

(Acreditada Profesora Titular)

Universidad de Jaén

6. **AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO CON PREVALIMIENTO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA**.....82 - 95 págs.

MARIA GAVILAN RUBIO

Jueza Sustituta Comunidad de Madrid

Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario Maria Cristina

7. **EL MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE**.....96 - 125 págs.

PETRONILA GARCÍA LÓPEZ

Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil

Universidad de Jaén

8. **NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA PERSONA COMO RESPUESTA**.....126 - 140 págs.

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

Doctor en Derecho Civil

Universidad de Talca (Chile)

9. **PROPUESTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONCURSAL RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 183 TER 1 (DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING)**.....141 - 151 págs.

MARÍA ISABEL MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO

Profesora Contratada Doctora int. Derecho penal

Universidad de las Islas Baleares

10. **EL TAX COMPLIANCE Y EL CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO: NUEVOS RETOS EMPRESARIALES**.....152 - 165 págs.

BORJA PAREJA GARCÍA

Unixa, Derecho Penal & Compliance

11. **LAS INSTITUCIONES TERRITORIALES Y LOCALES EN EL SEÑORÍO DE VIZCAYA DURANTE LA EDAD MODERNA: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS**.....166 - 178 págs.

NERE JONE INTXAUSTEGI JAUREGI

Profesora Doctora Encargada

Universidad de Deusto

12. **LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DE INVERSIÓN. LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO**.....179 - 218 págs.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

13. **ERROR DE CONSENTIMIENTO ENTRE YOUTUBER Y NETWORK**.....219 - 222 págs.

DANIEL ARNAIZ BOLUDA

Investigador en formación por la Universidad CEINDO de Derecho

IV. RECENSIONES

1. **EL TRABAJO SOCIAL. DESDE LO ACADÉMICO A LA INTERVENCIÓN SOCIAL. Una mirada desde la perspectiva de la práctica profesional y experiencia laboral**223 - 225 págs.

ANTONIO JESÚS YUGUEROS GARCÍA

Trabajador Social

2. **COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. Personas con necesidad de oportunidades. Descendiendo a la práctica de la intervención profesional.....**226 - 229 págs.

LOURDES NIETO CABRERA

Grado enfermería y Máster en Salud Pública y Deporte

Servicio Andaluz de Salud

3. **TRABAJO SOCIAL EN EL SIGLO XXI. Desafíos para la formación académica y profesional.....** 230 - 232 págs.

VALENTÍN GONZÁLEZ CALVO

Profesora Universidad Pablo de Olavide

PREMIO EDUARDO DE HINOJOSA Y NAVEROS A LAS CIENCIAS JURÍDICAS

Ignacio F. Benítez Ortúzar

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén
Vicepresidente del Patronato de Estudios Alhameños*

A falta de un año para celebrar el centenario del fallecimiento del insigne jurista y egregio académico D. Eduardo de Hinojosa y Naveros, el pasado día 19 de mayo tuvo lugar en el salón de actos del Excelentísimo Ayuntamiento de Alhama de Granada el acto de entrega del I Premio “Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas”.

El premio “Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas” tiene su origen en un convenio de colaboración alcanzado entre el Patronato e Estudios Alhameños y la Editorial Dykinson, S.L., fruto del cual, tan prestigiosa editorial en el ámbito jurídico se compromete a editar y distribuir los trabajos seleccionados por un prestigioso jurado formado por cinco catedráticos de distintas áreas del Derecho y de diferentes Universidades. En esta primera ocasión fueron dos los trabajos galardonados, uno con el primer premio y otro con un accésit. El trabajo que obtuvo la primera edición del premio correspondió a la obra “*Los Consejeros Independientes en la Administración de las Sociedades Cotizadas. fundamento del corporate governance*” presentada por Trinidad Vázquez Ruano con pseudónimo RUVAZ. Asimismo se otorgó el accésit a la obra “*Bienes digitales. Una necesidad europea*”, presentado por Jose Antonio Castillo Parrila, con pseudónimo FELIX.

El Patronato de Estudios Alhameños con la creación de éste premio, que tiene vocación de permanencia en el tiempo, recupera la memoria del ilustre jurista y académico. Uno de los grandes personajes alhameños que, con su humanidad y compromiso profesional, ha hecho historia. Eduardo de Hinojosa y Naveros, fue Académico de número de la Real Academia de la Historia (29/02/1884; <http://www.rah.es/eduardo-hinojosa-naveros/>), de la Academia de buenas letras de Barcelona (1901; <http://www.boneslletres.cat/esp/academics.asp?op=5>) y de la Real Academia de la Lengua (donde ocupó la silla T, ingresando en 1904; <http://www.rae.es/academicos/eduardo-de-hinojosa>); en su vertiente política fue gobernador civil de Alicante (1891), Valencia (1892 y 1986) y Barcelona (1987), Director de Instrucción Pública en el Ministerio de Fomento (1899) y Senador (1900); y en su dimensión dogmática fue considerado como el “príncipe de la Historia del Derecho español”, creando toda una escuela de historiadores del Derecho.

Nacido en Alhama de Granada un 25 de Noviembre de 1852, en el número 9 de la calle que hoy lleva su nombre, las referencias bibliográficas que hacen referencia al joven Eduardo de Hinojosa se refieren a un joven “de aspecto moruno, de piel atezada, aceitunada y morena, cabello y barba endrina, de ojos negros y rasgados”. Desarrolla su vida universitaria a caballo entre los estudios de Derecho y de Filosofía y Letras, entre las universidades de Granada y Madrid. Fuertemente marcado por una férrea educación católica, iniciada en su hogar materno en Alhama de Granada y continuada en los Colegios de las Escuelas Pías de Archidona (Málaga) y San Fernando (Madrid). Su marcado catolicismo y las turbulenta época histórica en la que se desarrolla la primera mitad del de su vida definirán, sin duda, la semblanza de este alhameño universal.

Dejando al margen los cortos periodos de actividad política que desempeña como Gobernador Civil de Alicante, Valencia y Barcelona (en los gobiernos de Cánovas del Castillo) y la Dirección General de Instrucción Pública o el Cargo de Senador (en los Gobiernos de Sagasta), es en la última década del siglo XIX, en el ámbito meramente académico, donde se suelen situar los inicios verdaderamente académicos de Eduardo de

Hinojosa y Naveros, en una trayectoria marcada por una no continuidad, por la irregularidad, lo que desemboca en un curriculum no centrado en una única disciplina.

Los acontecimientos que marcan la década de los setenta del Siglo XIX español, llena de vaivenes políticos, militares y culturales, con la marcada decadencia de la que pudiera llamarse “ciencia oficial”, junto a una incipiente revolución cultural agrupada en torno a una categoría de profesores universitarios despedidos y marginados por su ideas de apertura a Europa, agrupados en torno a la Institución Libre de Enseñanza, fundada por Giner de los Ríos, unido a la consistente convicción religiosa de Eduardo de Hinojosa y Naveros, desarrollando una actividad ideológica, en esta línea, como redactor de “la España católica”, o traduciendo junto a sus hermano Juan al castellano “los jesuitas” de Paul Feval, pueden explicar la “desorientación” en la que en cierto modo se desarrolla la trayectoria de este alhameño universal.

Doctor en Derecho y Licenciado en Filosofía y Letras a los 19 años, en el Madrid de “corrillos” y “tertulias” en el que se mueve el poder político, económico y cultural de la España decimonónica, confluyen en Hinojosa –junto a las fuertes tradiciones católicas de su infancia y juventud- la admiración hacia su amigo Menéndez Pelayo y la unión a los hombres más representativos el campo católico, junto a la influencia del arrebatador prestigio de algunas de las personalidades “marginadas” de la época, como Salmerón, Giner de los Ríos o Azcárate, con los que fraguó excelentes relaciones de amistad y admiración profesional.

Eduardo de Hinojosa y Naveros, no obstante, no muestra tentación alguna por la Universidad, a la que accede sólo tras la incorporación de la Escuela Superior de Diplomacia a la Facultad de Filosofía y Letras de Madrid en 1900 –en la que venía ocupando la Catedra de Geografía Histórica, primero y, después, de Instituciones Medievales-. Incluso normalizada la situación política y creada la Cátedra de Historia del Derecho en la Universidad Española, jamás aspira a ella.

En realidad, aún cuando –por motivos ideológicos- nunca se vincula directamente a la Institución Libre de Enseñanza, cuyos componentes pilotan la renovación del ambiente cultural de la época, comparte con ellos la necesidad de contemplar el panorama científico universal, de aprender nuevas técnicas y de ampliar horizontes. Las relaciones son fluidas con Giner de los Ríos y, sobre todo, con Joaquín Costa.

La universalidad de Hinojosa y Naveros quedan patentes al acercarnos a la edición de alguna de sus obras. Así, entre otras, la obra “la servidumbre en Cataluña en la edad media” se publica inicialmente en ruso en 1901; o la que lleva por título “El elemento germánico en el Derecho español” aparece publicada bajo la rúbrica “Element im spanisches Rechte”; en Alemania en 1910, cinco años antes de que viese la luz la edición española; o cuando la obra “la recepción del Derecho Romano en Cataluña” se publica por primera vez en Francia en 1908. Sin embargo, sus obras completas no aparecen publicadas de un modo sistemático hasta que son recopiladas en 1948 por el Catedrático de la Universidad de Madrid, Alfonso García Gallo, en cumplimiento de un acuerdo adoptado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas cuatro años antes, en el 25 aniversario de su muerte.

Su periodo más fecundo se sitúa ya entrado el siglo XX, especialmente entre 1910 y 1914, cuando cae enfermo. Con una España más tranquila institucional y culturalmente, Hinojosa y Naveros, contando con una amplia producción científica y gran prestigio internacional, consigue lo que en el marco académico se llama “crear escuela”. En la actualidad, cualquier manual o programa de Historia del Derecho de la Universidad española tiene, al menos, un epígrafe dedicado a Eduardo de Hinojosa y a su escuela.

Entre sus discípulos directos se encuentran a Galo Sánchez, Ramos Loscertarles y Sánchez Albornoz, fundadores junto a otro reducido número de historiadores del Derecho de la Revista “*Anuario de Historia del Derecho Español*” en 1924. Curiosamente, como señalara el tristemente asesinado en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid, Francisco Tomás y Valiente, en su *Manual de Historia del Derecho Español*, cómo tras la interrupción de su publicación entre 1935 y 1942 en la reanudación de la publicación, “la firma de los

fundadores del anuario no volvieron a aparecer en las páginas de la Revista”. Entre estos discípulos, a los que Eduardo de Hinojosa dirige directamente sus tesis doctorales, destaca por su representatividad Claudio Sánchez de Albornoz y Menduina, Catedrático de Historia de España de las Universidades de Barcelona, Valencia, Valladolid y Madrid, Diputado por Ávila en las tres legislaturas de las Cortes Republicanas, Ministro de Estado en 1933 y Vicepresidente de las Cortes en 1936, exiliado en Buenos Aires desde 1940, desempeñando en el periodo comprendido entre 1962 y 1970 el cargo honorífico de Presidente de la Segunda República Española en el Exilio. Claudio Sánchez Albornoz funda y dirige en Buenos Aires el Instituto de Historia de España, creando la publicación periódica “*Cuadernos de Historia de España*”, con el mismo espíritu que una veintena de años antes hiciera en Madrid con el “*Anuario de Historia del Derecho*”.

Allá desde Argentina, en 1952, Sánchez de Albornoz expresamente dedica una tirada aparte de 19 páginas de los “*Cuadernos de Historia de España*” a la conmemoración del centenario del Nacimiento en Alhama de Granada de su maestro Eduardo de Hinojosa y Naveros.

Por fechas similares, también desde el exilio, en este caso en Mejiico, el discípulo de Giner de los Ríos, Rafael Altamira y Crevea, que fuera Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo, dedica en 1951 la primera edición de su obra “Historia de España y de la Civilización Española” a Eduardo de Hinojosa y Naveros.

Con la creación del Premio Eduardo de Hinojosa y Naveros en Ciencias Jurídicas, el Patronato de Estudios Alhameños, de la mano de la Editorial Dykinson S.L., coincidiendo con el centenario de su fallecimiento, quiere rendir homenaje a tan insigne personaje.

Ignacio F. Benítez Ortúzar

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén

Vicepresidente del Patronato de Estudios Alhameños

¿HACIA UN NUEVO ORDEN MUNDIAL?

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Este año 2018 es un año que está siendo pródigo en acontecimientos que están cambiando el panorama geopolítico mundial, de forma vertiginosa, y a veces a un ritmo tan intenso que cuesta “entender, comprender y razonar” los diferentes escenarios, sus efectos y consecuencias, sobre todo analizando entre otros, el fenómeno populista en Europa.

Recientemente Brzezinski –Consejero de Seguridad Nacional del Gobierno de JIMMY CARTER 1977-1981- (la resistencia populista impide un nuevo orden mundial) indicaba que “un movimiento mundial de resistencia al control externo impulsado por el “activismo populista” amenazaba con desviar la transición hacia un nuevo orden mundial.

Como ha explicado el Director del Real Instituto Elcano (Charles Powell), “hoy nos enfrentamos al reto de construir un nuevo orden internacional sin que exista un claro consenso previo sobre los principios a los que pudiera asentarse. ¿Hacia dónde debe orientarse el futuro orden internacional?. La clave del dilema, explica Powell, está en identificar aquellos elementos del orden liberal internacional actual que pueden y deben modificarse, y también aquellos que son fundamentales y no negociables y la dificultad (concluye) radica en que no existe en occidente un consenso nítido al respecto.

Así las cosas, tenemos que la primera potencia mundial, EEUU, está posicionándose en un “vacío” de consecuencias impredecibles muy grave para su tradicional aliado, que ha sido el viejo continente, la “vieja Europa”. Y así, EEUU ha decidido adoptar una posición más “centrípetas”, ha optado por un “viaje al centro de sí mismo”. La política norteamericana da un viraje más “hacia su propio país”. Es una regresión, un retorno al proteccionismo. Y así, en este nuevo tablero de juego, EEUU no piensa tanto en la “globalización” sino en el proteccionismo (‘Make America great again’, eslogan que utilizó Donald Trump en su campaña presidencial de 2016).

Se adopta un razonamiento con el presidente Trump de mirar más hacia su propio país que hacia fuera, hacia el “mundo”, lo que está acarreando consecuencias económicamente muy perjudiciales, en este caso para la Unión Europea. Y así, en este retroceso político, Donald Trump, que alcanzó el poder más o menos al mismo tiempo que Emmanuel Macron en Francia (gran defensor de Europa y del multilateralismo), está imponiendo “compulsiva y desestabilizadamente un nuevo orden mundial”.

Consiguientemente, el mundo libre (curiosa y efectista metáfora) está asistiendo incrédulamente a un “terremoto geoestratégico” del que a tenor de los acontecimientos que están sobreviniendo (y que mencionaremos en las siguientes líneas), emergerá una potencia como EEUU más solitaria que nunca y practicando un peligroso efecto aislacionista.

¿Pero de qué acontecimientos hablamos, para pergeñar un panorama tan poco aleccionador?.

Entre otros aspectos críticos, destacamos, por ejemplo, por un lado el traslado de la Embajada de EEUU a Jerusalén, reconociendo así, la ciudad como la capital de Israel.

Por otro lado, la alarmante ruptura del “acuerdo nuclear con Irán”, lo que conlleva una batería de sanciones a este país con desconocidas “todavía” consecuencias

directas, y colaterales, como explica Juan Luí­s Cebrián (El Pa­is, domingo 13 de Mayo de 2018).

La denuncia por parte del Presidente Trump del tratado de seguridad nuclear con Ir­an pone de relieve una vez m­as la debilidad institucional y el deterioro de los organismos multilaterales encargados de velar por el mantenimiento de la paz y la mejora de las relaciones entre los pa­ises.

Asimismo, otro efecto desconcertante ha sido la decisi­on de abandonar el “acuerdo del clima de Par­is que da­nar­ia tanto al acuerdo como al mundo. No cabe duda de que la salida del Acuerdo de Par­is impulsada por Trump dificultar­ia que el resto del mundo alcance las metas que se traz­o en el marco del pacto: **mantener el alza de la temperatura global por debajo de los 2­oC**. Estados Unidos contribuye con alrededor del 15% de las emisiones de carbono mundiales, pero tambi­en es una fuente significativa de financiamiento y de tecnolog­ia en pa­ises subdesarrollados que llevan adelante esfuerzos para luchar contra la subida de las temperaturas. (v­ase comentario BBC Mundo, 5 de agosto 2017)

Y, sobre todo, y no con efecto conclusivo de “err­oneas decisiones estrat­egicas”, una innecesaria (por las nefastas decisiones econ­omicas) “guerra arancelaria” con la Uni­on Europea y una verdadera “guerra comercial”, como supone el cobro alto de aranceles al acero y aluminio. Lo mismo que la guerra comercial entre EEUU y China (el 6 de Julio de 2018 entraron en vigor los aranceles extraordinarios del 25% del valor en EEUU a 818 productos chinos, de los que la primera potencia mundial import­o por valor de 34.000 millones de d­olares). No es s­olo China, lo relevante es la posible salida de EEUU del Tratado de Libre Comercio que tiene con Canad­a y M­exico desde 1994, la imposici­on de un arancel extra a los fabricantes de autom­oviles de la UE y la posible salida de EEUU de la organizaci­on mundial del comercio. (Informaci­on documentada en El Mundo, s­abado 7 de Julio de 2018).

Para el investigador del reputado Instituto Elcano, Federico Steinberg, “en un mundo de cadenas de producci­on globales es completamente ilusorio pretender aislar a un pa­is del comercio internacional como pretende hacer EEUU”. Como explica este autor, la escalada proteccionista global es muy peligrosa. Por una parte, los pa­ises europeos tambi­en est­an inmersos en una din­amica de represalias comerciales a cuenta de (como hemos indicado tambi­en nosotros, m­as arriba) los aranceles sobre el acero y el aluminio y tambi­en sobre los aranceles sobre las importaciones de autom­oviles (como hemos explicado m­as arriba). Es como dice Steinberg, que EEUU ha optado por plantear la guerra comercial por su cuenta, considerando a los pa­ises europeos como rivales comerciales en vez de c­omo socios estrat­egicos.

Muchos observadores se preguntan si el vac­io (del que habl­abamos antes) que deja EEUU, lo podr­a rellenar la UE como un proveedor de seguridad teniendo a EEUU ‘leading from behind’, ‘lo que dudamos en funci­on de los ­ultimos acontecimientos como la fractura del Brexit, el auge de los populismos, y la falta absoluta de una pol­itica com­un exterior que nos ilustra una pobre imagen de “alguien” que quiere erigirse como proveedor de seguridad en el mundo. As­ las cosas, se habla y se concluye con raz­on la “brecha trasatl­antica”, que comporta un creciente debilitamiento de las relaciones con una potencia como EEUU, cada vez m­as imprevisible (con las pol­iticas tuiteras del Presidente Trump) y menos multilateral.

Pero no podemos caer en el pesimismo m­as ag­onico y desolador, ante este panorama. Es el momento m­as que nunca para que los l­ideres europeos (qu­e feliz eufemismo) preserven y crean en el papel vital (ante el nuevo panorama geoestrat­egico y de pol­itica de seguridad mundial ante la crisis radical terrorista yihadista) que tiene y debe seguir jugando EEUU como un sincero aliado de Europa.

No debemos caer en el juicio de aquellos aciagos agoreros que ven en el papel actual en el concierto mundial de intereses geoestrat­egicos, de una Uni­on Europea como un *soft power* (poder blando), lo que se traduce en decisiones y resoluciones de eficacia nula.

Pero la Unión Europea tiene unos retos muy difíciles, y la sensación que percibe el ciudadano es que no existe un criterio decisor que ilumine las resoluciones de líderes más burócratas que estadistas, que no han sabido encarar una fractura tan crucial como el “Brexit”. De ahí “que ni está ni se le espera” un acuerdo inminente por la factura económica que deberá pagar el Reino Unido por su desanexión de la Unión Europea. Y ésta no desconoce los efectos y las consecuencias que supone los 73 escaños en el Parlamento Europeo. ¿Cuál será su destino?.

Como explica Andrés ORTEGA (UE: Fuerzas centrífugas externas y constelaciones europeas, Real Instituto Elcano), el Reino Unido no es parte de la Unión monetaria, pero sí influía en la UE, con una actitud más abierta en lo comercial y más cerrada en lo presupuestario y en las políticas de solidaridad. Muchos Estados miembros se refugiaban detrás de Londres en esta actitud. El Brexit los ha dejado huérfanos, sin un liderazgo que a este respecto han asumido los Países Bajos, al frente de un grupo de 12 países, incluidos los nórdicos y los bálticos, que se oponen (como explica ORTEGA) a más gastos, más fondos para políticas de convergencia económica y social, o un presupuesto propio para la eurozona, como al que apuntan Macron y Merkel en su declaración de Meseberg, o más inmigración.

Otro fenómeno no menos preocupante para Europa, es el auge de los populismos. (como explica nuestra firma invitada NICOLÁS REDONDO, en su completo y aleccionador artículo) y de la extrema derecha, lo que supone, como hemos visto, un auge in crescendo del “euroescéptico”.

Tiende uno a ser “euroescéptico” cuando como explica URIBE RUÁN (¿Hacia un nuevo orden mundial? Liberalismo, ante auge del populismo anti migratorio) en su primer discurso ante el Parlamento italiano, Giuseppe Conte dijo que “el populismo es escuchar las necesidades de la gente abrogándose la condición de representante popular en contravía de los liberales, quienes tienden a estar lejos del pueblo. Y sí, me confieso escéptico cuando el fenómeno, en un proceso en “auge” y sino basta con analizar lo que ha ocurrido en Polonia, Hungría, República Checa, países que por otra parte, han tenido unas raíces de honda raigambre comunista, “de aquellos polvos vienen estos lodos” (son los llamados “países de Visegrado” y que hoy son destinatarios de importantes fondos comunitarios). Y en este contexto, ahora muy bien concluye URIBA RUÁN, ahora la urgencia son los migrantes que conforme a la lógica del conflicto de la que vive el populista, del antagonismo, representan un enemigo extremo en términos de raza, trabajo y religión.

Y precisamente como indica Andrés Ortega (Del Real Instituto Elcano) el factor que más está desuniendo a la Unión es la actitud ante la inmigración económica y la llegada de refugiados, porque un número cada vez mayor de europeos consideran que afecta a su identidad nacional.

Pero Europa, (a pesar de todo, hay que creer en el espíritu europeísta –por la tradición, cultura, historia en común-) se enfrenta a otros problemas “magníficamente terribles”; por un lado, el terrorismo y la política de seguridad. Por otro lado, un fenómeno propio de las disfunciones y desaciertos de la “era tecnológica”, como son las *fake news* (noticias falsas). Y ya hemos visto su consecuencia por un lado en las elecciones americanas, Trump versus Clinton, y recientemente en las elecciones catalanas, ...

Otro de los grandes y gravísimos problemas es el de la inmigración, con consecuencias desoladoras en el espíritu de solidaridad humana, como se ha visto recientemente en Italia, con el barco “Aquarius”.

La Europa que nos viene, consecuencia de las elecciones en 2019, será una Europa cada vez más unida entorno a Alemania y Francia (Merkel y Macron), pero ¡cuidado!, ambos países se enfrentan a decisivas reformas internas.

Hemos hablado del grave y desestabilizador problema de la “migración” y recordar que el pasado 28 de Junio se debatió en el Consejo Europeo estos problemas solicitando medidas adicionales para reducir la migración ilegal y evitar que vuelvan a reproducirse los “flujos incontrolados del año 2015”. Y así, el Consejo Europeo reiteró que

para que la política de la UE funcione correctamente “debe abordarse un planteamiento general que combine un control más efectivo de las fronteras exteriores de la UE, una mayor acción exterior, así como los aspectos internos, en consonancia con nuestros principios y valores”.

Pero Europa, para acometer con eficacia estos retos, debe intentar logros que van desde una “reinvenición” de la soberanía europea ante la deriva populista y de globalización de extrema derecha. Un europeísmo sin complejos antes el auge de los populismos. Pero tendremos que esperar a las futuras elecciones europeas de 2019, y ver el diseño de las políticas de la Unión.

Pero los retos, como decimos, no sólo “están y se esperan” en las fronteras internas de la UE; sino que un examen de la política internacional, debe hacer reflexionar a la UE, ante acontecimientos que cambiarán el mapa geoestratégico mundial, como la política de China y su iniciativa “una franja, una ruta”. El proyecto de la Franja y la Ruta intenta resurgir la antigua “ruta de la seda”, en la que como se ha dicho con razón, “se transportaban productos del imperio chino hacia Europa, a través de Asia Central.

Así, los investigadores y analistas fijan como gran reto del siglo XXI “la región de Asia-pacífico”. Y así, se comenta con razón que el siglo XXI será el siglo asiático por, y citamos palabras literales, “el músculo económico de la región, su importante demografía y su creciente relevancia geopolítica”. (Como explica Diego Mourelle, “ el orden mundial.com disputas territoriales ende Asia-pacífico”). Por peso económico y geopolítico, los choques territoriales más preocupantes son los que enfrentan a China e India. Explica Mourelle que el noroeste asiático es la principal locomotora económica del Pacífico. La presencia de actores como China, Japón, las dos Coreas o Rusia configuran un paisaje geopolítico de gran peso internacional y concluye aseverando que “encontrar incentivos para la cooperación pacífica será la única salida si se pretende gestionar la tensa geopolítica regional desde paradigmas en los que nadie pierda. De no ser así, explica que prevalecerán las *power politics* y difícilmente lo hará la concordia regional a medio y largo plazo.

No queríamos terminar este bosquejo geopolítico a “vuela pluma” sin referenciar, aunque sea con brevedad el papel de “África en el nuevo orden mundial, y en América Latina”.

Como explica la investigadora del Centro de Estudios sobre Africa y Medio Oriente (CEAMO) La Habana, Dra. Clara Pulido Escandell. Al hablar de “nuevo orden mundial”, no es la desaparición de la influencia socialista al principal handicap que enfrenta Africa, sino el “abandono” de que es objeto por parte de Occidente en el mismo contexto. Africa no parece estaba preparando (concluye la autora) con la celeridad requerida para enfrentar los cambios que se operan en las relaciones económicas internacionales. Y reitera que el elemento más visible del cambio político es el multipartidismo que hoy prolifera en Africa.

Finalmente, en América Latina, como nos explica Liliya Khusainova (Un nuevo orden mundial nace en América Latina ¿estás al tanto?) que mientras algunos países tratan de determinar su posición con respecto a China, el gigante asiático trabaja muy duro para consolidar sus posiciones en América Latina y proporcionar un ambiente estable y favorable a las inversiones en la región. En otras palabras, (pone de manifiesto la autora) que China y América Latina están cooperando y su cooperación es una puerta a un nuevo orden mundial, donde cada uno se hace escuchar, donde hay una posibilidad de enriquecimiento mutuo y desarrollo sostenible sobre una base justa y razonable.

Finalmente y para acabar, estamos de acuerdo con aquellos que vaticinan con acierto que “*Spain is back*”.

A pesar de todos los imponderables, de todas las dificultades, de la reorganización geoestratégica mundial, de la divergencia entre los países de la UE, en temas estratégicos, de inmigración, de seguridad, de acuerdos con el Reino Unido en el “nefasto Brexit”, que cambiará el modo de ser de las relaciones comerciales, económicas, etc.; ya decimos que a pesar de todo, la apuesta “europeísta” española es un acierto, como lo es, el

nombre del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que ahora se llama Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación.

Así las cosas, se avecinan unos cambios dentro de la UE y no solo los que veremos con las elecciones del 2019 en las instituciones europeas sino en los propios Estados miembros como es el caso de España que acaba de sucumbir a una moción de censura y que el nuevo gobierno entiende la importancia vital de Europa. Y que se ha visto por ejemplo acogiendo a los inmigrantes en Valencia, en la sintonía del Presidente del Gobierno Español, Pedro Sánchez, con otros líderes europeos en la “minicumbre” sobre migración que hubo antes del Consejo Europeo de junio en Bruselas, o que su primer viaje de Estado no haya sido a Marruecos.

En fin, tiempo de cambios, tiempo de soluciones, pero sobre todo, debe imperar la confianza y la credibilidad en un espíritu europeísta, y verdaderamente en un trabajo con objetivos comunes, por los Estados de la Unión, y que tienen que dar una imagen de fortaleza, tanto *ad intra*, como *ad extra*, en el “tablero” en constante movimiento, del nuevo orden mundial y con actores cada vez con más protagonismo en este cambio geoestratégico.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2018

Fecha de admisión: 28 de mayo de 2018

Existen palabras proteicas, con capacidad para decir lo que cada cual quiera decir. Democracia, Libertad o Solidaridad son algunas de ellas, cada uno de nosotros las podemos utilizar casi sin límites para decir una cosa y también la contraria. Revolución también entraría en ese grupo de palabras con vocación inflacionista. Podemos hablar de revolución cuando hablamos de cambios políticos, económicos o sociales; también cuando aparecen nuevas costumbres o nuevos hábitos que pueden ser de más o menos amplitud. Sin embargo, solemos considerar muy correcto y apropiado este concepto cuando nos referimos a cambios políticos radicales y limitados a un tiempo concreto, generalmente breve si empleamos una perspectiva histórica. La Revolución francesa o la Revolución rusa son dos buenos ejemplos. En las revoluciones, en el sentido clásico del término, el ambiente se electrifica y cambia nuestra impresión sobre el tiempo; lo que ayer nos parecía lejano, imposible y utópico, aparece como posible, accesible...el futuro se conjuga en presente y el pasado no solo es pasado, deja de existir. Como dice Barzun: *"se multiplican los debates enconados... la gente común aprende palabras y significados nuevos, olvidan sus intereses habituales porque un solo tema impera: la idea de la Revolución"*.

Fueron periodos, el francés y el ruso, de cambios y transformaciones que sus propios protagonistas ni imaginaban hasta donde podían llegar o lo que influirían en su vida y en la de futuras generaciones. Hoy no son pocos, aún con el debate crítico provocado por historiadores franceses sobre el periodo revolucionario, los que se sienten herederos de aquellos meses en los que la esperanza se mezcló con la sangre, los derechos con el terror, los grandes hitos de la historia -libertad, igualdad y fraternidad- con encarcelamientos y asesinatos. Son menos los que haciendo un paréntesis histórico imposible se erigen en los herederos de la Revolución rusa -se obligan a buscar atenuantes a lo que sucedió después de aquella revolución que no sólo contradicen la historia, como decía anteriormente, también salen de los parámetros de la razón para justificarse-. ¡Bien, así son las grandes revoluciones! Pero yo hoy hablaré de otras más silenciosas, menos definidas, sin tiempo fijo y que sin embargo han cambiado más radicalmente las sociedades occidentales.

Podemos pensar en tres grandes revoluciones que han hecho del mundo lo que hoy es. Entre los siglos IV y V ac. en Atenas aparecieron un sinnúmero de artistas, científicos y filósofos. Hoy es el día que seguimos nutriéndonos de aquellos hombres que iluminaron no sólo esta ciudad sino en siglos posteriores a todo Occidente.

Popper con mucha elegancia y gran brillantez, nos hace ver como aquella pléyade de precursores de todas las actividades humanas coincidió con la aparición de un primitivo mercado del libro; dice el intelectual alemán: *"Cicerón en un informe asegura que es a Pisístrato a quien hay que agradecer la copia de las epopeyas homéricas... Quizás fue -sí, probablemente- él mismo el primer editor de Homero, quien introdujo el material de escribir -papiros de Egipto- y compró muchos esclavos para reproducir el texto de Homero... otros, comerciantes, siguieron su camino... Se sintieron atraídos por el hecho de que la demanda de los escritos de Homero se había vuelto insaciable... en un tiempo sorprendentemente corto se había convertido en la biblia y la cartilla de los atenienses... enseguida se publicaron otros libros... sin el mercado del libro no habría habido publicaciones"*. Relaciona así la aparición del mercado con la aparición posterior de todos

los personajes de trascendencia histórica que tenemos en la cabeza. Desde luego contribuyó a ese esplendor intelectual la acogida de conocimientos venidos desde Egipto y aún desde lugares más lejanos como la India. El tráfico de conocimientos y el mercado de libros fueron sin duda impulsores de aquel periodo milagroso de la humanidad del que todavía vivimos intelectualmente. El enriquecimiento provocado por el comercio marítimo sin duda contribuyó a crear ese marco propicio, como también lo hicieron las tensiones políticas entre la aristocracia y el pueblo. Tuviera o no razón Popper, fuera una mera posibilidad o una realidad histórica, fuera primero la aparición del mercado del libro o ésta estuviera precedida por las tensiones políticas y éstas por la prosperidad comercial, la conjunción tal vez caótica de esos factores cambiaría el mundo para siempre y desde luego las sociedades que fueron apareciendo posteriormente no se entenderían sin esa aportación.

Fue necesario que pasaran justamente mil años para poder hablar de otra revolución similar, de otros cambios tan profundos y radicales que transformaron la realidad de aquel tiempo y no es posible entender todo lo que sucedió después sin tenerlo en cuenta. A mediados del siglo XV se produjo la aparición de la imprenta. Hasta entonces y desde el desmoronamiento del Imperio Romano todo el conocimiento europeo se había recluido en las angostas y frías paredes de los monasterios medievales. Una primera edición de unas cuantas Biblias, no llegaban al centenar, fue el inicio de una larga revolución en todos los ámbitos de la sociedad europea. La influencia de las proclamas de Lutero no se puede comprender sin la imprenta. Coincidió la aparición de la imprenta con el descubrimiento de nuevos mundos (América) que ayudaron a quebrar la visión homogénea del ser humano establecida por Roma. Nuevos inventos y descubrimientos hicieron ver a los europeos de entonces que ni éramos los únicos, ni la tierra era el centro del universo -todo ello sucedió con la lentitud de aquel tiempo y de forma caótica: la Reforma religiosa, la Contrarreforma, las guerras de religión, la aparición de los estados-nación...-. Todo parecía conjurarse para dejar atrás las visiones monolíticas impregnadas de religiosidad para sustituirlas poco a poco, lentamente, durante siglos, por la pluralidad y el relativismo científico: el latín fue sustituido por las lenguas nacionales, el imperio espiritual de aroma por naciones diversas que rápidamente se irían constituyendo en estados. La diversidad religiosa terminó imponiendo la tolerancia política después de guerras terribles y de la destrucción de media Europa. De una u otra forma también somos herederos muy directos de aquella revolución que produjo otras en el ámbito político, en el ámbito cultural y también en el económico y en el social durante los siglos posteriores.

Considero que vivimos una revolución de dimensiones parecidas a las que he descrito a galope y con una generalización muy grosera pero no menos cierta. Como en las revoluciones precedentes los que la estamos viviendo no nos percatamos realmente de los cambios que se están produciendo, consumimos nuestra energía en intentar adaptarnos a unas transformaciones que están modificando la economía, la política, la cultura o nuestra forma de relacionarnos con el poder o entre nosotros. Y todo con características que ponen en duda, tal vez como nunca ha sucedido en la historia, nuestra capacidad de comprensión, de asimilación, por la vertiginosidad con la que asistimos a lo nuevo. Dice el Eclesiastés: "*lo que fue será, lo que se hizo se hará*"; sin embargo, tal vez estemos ante la impugnación a una afirmación que ha sido válida durante siglos. "*El mundo no está cambiando radicalmente, está empezando a funcionar de manera diferente...y esta remodelación está ocurriendo más rápidamente de lo que hemos sido capaces de remodelarnos nosotros mismos, nuestros líderes, nuestras instituciones, nuestras sociedades y nuestras elecciones éticas.*" dice Dov Seidman .

Todos los aspectos de nuestra vida, los públicos y los privados, cambian radicalmente, también el espacio público no es el mismo de hace unos años y no tendrá nada que ver con la forma de organizar la vida pública en un futuro no tan lejano como algunos piensan. El Estado democrático que conocemos apareció con todas sus características y en su plenitud después de la Segunda Guerra Mundial. Su base socio-política fue un acuerdo de clases. En realidad su origen fue, como siempre que hablamos de grandes logros en el espacio público, una histórica renuncia de las clases protagonistas del acuerdo: mientras la clase trabajadora organizada en partidos y sindicatos aceptaba el principio del libre mercado, la burguesía aceptaba el derecho a huelga de los trabajadores que no es más que la

institucionalización de la lucha de clases. Todo con limitaciones, con perfiles institucionales claros, quitando a ambos sus contenidos más radicales y explosivos. Si al principio del libre mercado se imponía una acción limitativa por parte del Estado, que por otro lado institucionalizaba un sistema de bienestar cada decenio más amplio y sólido, a la lucha de clases se le ponían los límites que conocemos y se reducía a un conflicto generalmente de naturaleza económica y que se desarrollaba en el ámbito empresarial.

Todo iba a satisfacción de las sociedades occidentales: la seguridad y la estabilidad que suponía el acuerdo de clases permitió durante décadas enriquecimiento y disminución de las desigualdades sociales. Pero desde hace un tiempo las clases han ido perdiendo su coherencia, la homogeneidad que las hacía en cierto modo previsibles, razonables y sería un inmenso error situar el origen y la causa única de esa difuminación en la crisis económica del 2008 que asoló Occidente. La deslocalización provocada por una globalización incipiente, los nuevos métodos de producción, la revolucionaria tecnificación de los procesos productivos, el avance imparable de nuevos procesos tecnológicos en las empresas repercutían, desde hace unas pocas décadas, inexorablemente en la configuración de las clases en Occidente (no tiene nada que ver esta realidad con el incremento relativo de la pobreza o de la desigualdad, son cuestiones distintas y, como podemos ver, compatibles).

El debilitamiento de los perfiles de clase enseguida repercutió en sus instrumentos de participación en el espacio público: los partidos políticos. Así desde hace unos años venimos hablando de la crisis de los partidos políticos. Ya no podemos decir que un ciudadano, casi desde la cuna al último suspiro, desarrollará toda su acción política alrededor de un partido socialdemócrata como se podía decir hasta la séptima década del siglo pasado. Las voluntades cambian, los objetivos son distintos según qué edad se tenga, las ofertas políticas son más variadas y en gran medida efímeras... la desconfianza hacia el sistema, que ha perdido la capacidad integral que se le suponía, ha aumentado a medida que las clases han ido perdiendo su homogeneidad. Entre tanto han aparecido formaciones de naturaleza desconocida durante los años dorados del Estado de Bienestar. La inseguridad, inherente a todos los cambios, se ha adueñado de una gran parte de la sociedad y los nuevos protagonistas la utilizan según sus objetivos. Tenemos buena prueba de todo ello en cualquier país próspero de occidente.

Cierto es que en cada país vivimos los cambios con nuestra propia forma de ser y condicionados por nuestra historia. Los españoles, siempre con tendencia a un pesimismo que oscila entre la coquetería y el fatalismo nihilista, creemos que nuestra crisis es única; pero estamos equivocados, nuestra crisis, en una medida muy grande, tiene las mismas causas que las de nuestro entorno: deslegitimación de las instituciones, frustración de la sociedad, incapacidad de los políticos para enfrentar la crisis, decaimiento de las esperanzas puestas en un Estado de Bienestar que parecía poder con todo y no llega a dar la satisfacción generada por una demanda radical, imperiosa y universal generada por la revolución tecnológica, que ofrece la posibilidad de tenerlo todo y en el momento. En la dulce, pacífica y serena Gran Bretaña sus ciudadanos, cautivados por cánticos del viejo imperio, han decidido no compartir con el resto de los países de la UE la más grande de las apuestas realizadas por la humanidad: hacer de numerosos Estados-Nación con una larga historia de guerras un único sujeto político y conseguirlo por medio de la palabra y de los acuerdos. En los países del norte de Europa los partidos políticos nacionalistas, contrarios a la Unión, pugnan por volver a las viejas fronteras para refugiarse de fenómenos globales que no comprenden

En la Francia republicana y cosmopolita, cuna de los derechos del hombre, sólo el sistema electoral impide que casi la mitad de sus representantes pertenezcan al partido de Marie Le Pen y todo ello a costa de la casi disolución de las alternativas moderadas canónicas. La irrupción de Macron, de signo contrapuesto a las alternativas xenófobas, es un claro ejemplo de los cambios políticos; positivos desde luego, pero claramente es una expresión de las novedades que se avecinan. En EEUU Trump, después de vencer en las primarias a todas las familias políticas tradicionales de la derecha americana, derrotó a Hillary Clinton, la expresión más cabal de la tradición política estadounidense.

Todo parece ir cambiando a un ritmo acelerado y sin que seamos muy capaces de condicionar los acontecimientos. Los populismos de derechas y de izquierdas aparecen por las grietas del sistema y coinciden en devaluar el valor de las leyes de las instituciones y de los que hasta hace muy poco tiempo parecían inamovibles principios cívicos. En nuestro país la expresión de la crisis se ha desarrollado con el nacionalismo catalán - deslegitimación de las leyes , enfrentamiento con el Estado y aún con la UE , ofertas políticas irrealizables , promesas utópicas de seguridad en un país inventando - y el populismo de Podemos - impugnación global del sistema del 78 , discurso anti- sistema , sustitución al estilo peronista de las clases sociales por la gente o la referencia simple al estilo del argentino Ernesto Laclau a " los de arriba y los de abajo " . Parece que mientras el sistema ha sido capaz de resetear el peligro de Podemos no lo está consiguiendo con un independentismo impetuoso, inflexible y que ha planteado la cuestión sin posibilidades de alternativas realistas.

En la nebulosa de lo desconocido es aventurado predecir por dónde irá la política en los próximos años. Creo que la diferencia entre los sectores políticos se establecerá entre los que están dispuestos a disminuir los aspectos negativos de la globalización y los que volviendo al pasado o dando saltos en el vacío, se enfrenten a ella. Cuando todo es confuso el " factor humano " se convierte en indispensable; la política actual, más que nunca, debe concitar la verdad, la responsabilidad y la ilusión. Es más, cuando la adaptación se hace difícil sólo un sólida base ética puede permitirnos sobrevivir con esperanza. Vendrán tiempos en los que la adaptación a los cambios se producirá y esos nuevos tiempos seguro que pasan por una mayor capacidad para decidir de los ciudadanos, un mayor respeto a las instituciones, un incremento paulatino , pero también incontenible , proceso de disminución de las desigualdades y una ampliación de los derechos individuales y sociales. Nuestro reto, el de España y el de Europa, es mantenernos entre esas sociedades capaces de innovar y a la vez de adaptarse a las novedades; es posible pero reconozcamos que las dificultades son y serán muchas.

EDUARDO DE HINOJOSA, HISTORIADOR DEL DERECHO

José Antonio López Nevot
Catedrático Universidad de Granada

Fecha de recepción: 06 de febrero de 2018

Fecha de admisión: 20 de marzo de 2018

RESUMEN: La obra de Eduardo de Hinojosa supuso un punto de inflexión, un antes y un después en la Historia del Derecho español. Conozcamos primero el antes para comprender mejor en qué consistió la novedad aportada por Hinojosa.

ABSTRACT: The work of Eduardo de Hinojosa was a turning point, a before and after in the history of Spanish law. We know first before to better understand what was involved in the innovation introduced by Hinojosa.

PALABRAS CLAVE: Eduardo Hinojosa, Historia del Derecho.

KEYWORDS: Eduardo Hinojosa, History os Spanish law.

En la tercera década del Ochocientos se había extinguido la vida de los padres fundadores de la moderna Historia del Derecho en España: el canónigo y académico de la Historia Francisco Martínez Marina (1754-1833), y el jurista Juan Sempere y Guarinos (1754-1830), fiscal de la Chancillería de Granada, ambos contemporáneos de los albores de la Escuela Histórica del Derecho alemana, aunque presumiblemente ajenos a sus aportaciones. Los postulados de la Escuela Histórica tardarían en hallar resonancia en España, sumida por entonces en un clima de ensimismamiento cultural derivado en buena medida de la Guerra de la Independencia, y de la restauración absolutista de 1814. Situación a la que contribuyó la decadencia de la institución universitaria. El papel desempeñado por la Universidad española decimonónica en relación a la Historia del Derecho, en modo alguno podría parangonarse con el jugado por la Universidad alemana coetánea. La obra capital de Martínez Marina, el *Ensayo histórico-crítico* (1808), había surgido en el ambiente de la Real Academia de la Historia, no en el de las aulas universitarias. Pues bien, la Universidad española de la primera mitad del siglo XIX se reveló incapaz de proseguir la labor emprendida por las Reales Academias en el Setecientos. No deja de sorprender tal estado de cosas si se lo compara con el vigente en el siglo XVIII: los Planes de estudios de algunas prestigiosas Universidades españolas, como las de Salamanca (1772), Granada (1776), o Valencia (1786), ya preveían la enseñanza de la Historia del Derecho *patrio*.

Para conocer la suerte de las enseñanzas histórico-jurídicas en el ámbito universitario a la altura 1841, disponemos del testimonio de Ramón Ortiz de Zárate, para quien “el estudio de la historia del derecho patrio se miraba en las universidades hasta hace algunos años no sólo con descuido y abandono, sino también con desprecio”¹. Las enseñanzas histórico-jurídicas se circunscribían por lo general a exponer una Historia de la legislación, como necesaria introducción al estudio del Derecho civil vigente, aún no codificado, e integrado por textos normativos que procedían en ocasiones de un remoto pasado medieval.

En ese panorama poco menos que desolador, pueden salvarse el silencio algunas aportaciones aisladas, como la de Tomás Muñoz y Romero (1814-1867), catedrático de Paleografía en la Escuela Superior de Diplomática y académico de la Historia². Su obra — heredera de la manera de hacer Historia del Derecho de Martínez Marina—, se centró sobre todo en la transcripción y edición de fuentes jurídicas medievales, recogidas en su *Colección de Fueros y Cartas pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra* (1847). A propósito de la *Colección* de Muñoz y Romero afirmó Rafael Gibert que “si acertáramos a reunir todo lo que se ha hecho en España sobre Historia del Derecho desde 1808 a 1885, no pesaría más que ese pequeño volumen de fueros”³.

La renovación de la historiografía jurídica en España aparece íntimamente asociada a la actividad intelectual de Eduardo de Hinojosa. Pero antes de hablar del historiador del Derecho que fue Hinojosa, hablemos del hombre y su circunstancia. Nacido durante el reinado de Isabel II, Hinojosa vivió en su juventud acontecimientos como la Revolución de Septiembre, la regencia de Serrano, el reinado de Amadeo I, o la proclamación de la República, pero su época de madurez coincidió con la Restauración borbónica. Fue sin duda un hombre plenamente identificado con el régimen político ideado por Cánovas del Castillo. Y no como un mero espectador: en la personalidad de Hinojosa convivieron siempre —en expresión weberiana— el político y el científico. Fue gobernador civil de Alicante, Valencia y Barcelona, pero también Director General de Instrucción Pública, y senador en representación de la Universidad de Santiago, amén de secretario perpetuo de la Real Academia de la Historia e individuo de otras Academias, como la de Ciencias Morales y

¹. La cita, en R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “El método en la Historia del Derecho Español”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, Cáceres, 7 (1989), pp. 247-344, *maxime* p. 272, n. 46.

². Véase R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)”, *Prelección* del curso académico 1967-1968 en la Universidad de Granada, publicada después en *Anuario de Estudios Medievales*, 6 (1969), pp. 563-574, y L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, “Vida y obra de Don Tomás Muñoz y Romero (1814-1867)”, *Boletín de la Real Academia de la Historia*, 163, Cuaderno I (Julio-Septiembre 1968), pp. 89-142, reeditado luego en *Seis semblanzas de historiadores españoles*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, pp. 9-71.

³. R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho”, Conferencia pronunciada el 25 de noviembre de 1952 en el Salón de Actos de la Universidad de Granada, y publicada en *Boletín de la Universidad de Granada*, 24 (1952), pp. 195-209, *maxime* p. 203.

Políticas, la Española y la de Buenas Letras de Barcelona. Su actuación como gobernador civil fue moderada, hábil y llena de tacto, en un clima de conflicto social presidido por el despliegue del movimiento obrero.

Ideológicamente fue un conservador, vinculado al activismo católico: militó en la Asociación de Católicos de España y mantuvo una estrecha relación con Alejandro Pidal y Mon, jefe de la Unión Católica. Esa participación en la vida pública nacional, por más que Hinojosa sustrajera horas al descanso para dedicarlas a la labor investigadora, hubo de abrir obligados paréntesis en la continuidad de su quehacer científico.

Intelectualmente, Hinojosa perteneció a la que Pedro Laín Entralgo llamó *Generación de Sabios*, o *Generación de 1880*, que integraron hombres de ciencia como Santiago Ramón y Cajal, Marcelino Menéndez Pelayo o Hinojosa, y ubicada cronológicamente entre la Generación de los regeneracionistas —Joaquín Costa, Ricardo Macías Picavea, Lucas Mallada— y la Generación del 98, en la que incluyó, junto a escritores como Unamuno, Ganivet, Valle-Inclán, Baroja, Azorín o los Machado, a otro historiador del Derecho, Rafael Altamira y Crevea⁴. Con Joaquín Costa y Rafael Altamira mantuvo Hinojosa relaciones de amistad y camaradería intelectual, a pesar de las diferencias ideológicas que le separaban de ambos. Y es que el conservadurismo político de Hinojosa fue compatible con una actitud progresista en lo cultural.

Eduardo de Hinojosa y Naveros nació en Alhama de Granada el 25 de noviembre de 1852⁵. Cursó estudios de Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad de Granada, doctorándose en Derecho en 1872 con una tesis titulada *Investigación y examen del fundamento verdaderamente filosófico de la propiedad*. Se trasladó después a Madrid, pero carecía de una vocación definida y, sobre todo, de maestros que le orientasen. De ahí que llegara a considerar la posibilidad de seguir la carrera militar. Fracasado el intento, decidió doctorarse en Filosofía y Letras. Pero, aconsejado por algunos amigos, ingresó mediante oposición en el Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios, con destino en el Museo Arqueológico Nacional (1875). Sus primeros trabajos publicados fueron, justamente, de carácter arqueológico, aunque alguno de ellos, como el escrito en colaboración con Juan de Dios de la Rada y Delgado sobre *Los nuevos bronce de Osuna que se conservan en el Museo Arqueológico Nacional*⁶, prefigure la ulterior dedicación de Hinojosa a la Historia del Derecho.

En la existencia de las personas suele haber un año crucial, decisivo, un *annus mirabilis*, que determina un cambio en su trayectoria vital. En la de Hinojosa ese año fue 1878. Contaba veintiséis años cuando, becado por el entonces ministro de Fomento, conde de Toreno, visitó por primera vez Alemania, donde permaneció varios meses. Allí frecuentó distintas Universidades y entabló relaciones científicas con Jessen, Emil Hübner y Heinrich Finke⁷, entre otros. Asimiló así las aportaciones de la ciencia jurídica alemana y, en

⁴. P. LAÍN ENTRALGO, “¿Generación del 98?”, Diario EL PAÍS, edición de 26 de noviembre de 1996.

⁵. Para lo que sigue, véase A. GARCÍA-GALLO, “Hinojosa y su obra”, en Eduardo de HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras, Tomo I: Estudios de investigación*, con un Estudio de..., Catedrático de la Universidad de Madrid, Secretario general del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Serie 6ª, Obras de carácter general, Núm. 1, Madrid, 1948, pp. XI-CXXIV, R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “Eduardo de Hinojosa” cit., C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, “En el centenario de Hinojosa”, *Cuadernos de Historia de España*, 17 (1952), pp. 5-19, y en *Espanoles ante la historia*, Editorial Losada, Biblioteca clásica y contemporánea, 2ª ed., Buenos Aires, 1969, pp. 189-204, R. LEVENE, “La concepción de Eduardo de Hinojosa sobre la Historia de las ideas políticas y jurídicas en el Derecho español y su proyección en el Derecho indiano”, *Anuario de Historia del Derecho Español (= AHDE)*, 23 (1953), pp. 259-288, F. TOMÁS Y VALIENTE, “Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64 (1993-1994), pp. 1065-1088, J. VALLEJO, “La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira”, en G. E. PINARD y A. MERCHÁN (eds.), *Libro Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 765-782, y en J. VALLEJO, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pp. 57-79, y J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Escuela Histórica del Derecho madrileña: Eduardo de Hinojosa y Claudio Sánchez-Albornoz”, *Cuadernos de Historia de España*, 81 (2007), pp. 165-180.

⁶. Publicado en *Museo Español de Antigüedades*, 8, 1876. El tema ya había sido tratado por M. RODRÍGUEZ DE BERLANGA, *Los nuevos bronce de Osuna. Que publica...*, Málaga, 1876.

⁷. J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, “«Ein Urbarium»». Algunas consideraciones sobre la relación entre la ciencia jurídica alemana y la española hasta mediados del siglo XX”, en M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN y J. M. SCHOLZ (Coordinadores), *Las ciencias sociales y la modernización. La función de las Academias*,

especial, los métodos de la que podría considerarse segunda generación de la Escuela Histórica del Derecho. Fruto de esa primera experiencia alemana fue su *Historia del Derecho romano según las más recientes investigaciones*, obra de síntesis divulgativa, publicada en dos volúmenes (en 1880⁸ y 1885, respectivamente), donde acogía los resultados a los que habían llegado los romanistas de la Escuela Histórica: Friedrich Karl von Savigny, Georg Friedrich Puchta y, en particular, Theodor Mommsen; las únicas aportaciones originales de Hinojosa residían en los capítulos dedicados a la recepción del Derecho romano en España, o a los romanistas hispánicos.

Por entonces, Hinojosa había emprendido una tarea divulgadora⁹, difundiendo en España las publicaciones alemanas sobre la historia de los pueblos germánicos, en general¹⁰, y la del Derecho visigodo, en particular¹¹. En este sentido, informó de los trabajos del malogrado canonista Friedrich Heinrich Knust sobre los fragmentos legales conservados en el *palimpsesto de París*, editados después por Heinrich Bluhme (Halle, 1847 y 1872), quien había atribuido —frente a la lectura de los maurinos a mediados del Setecientos— su paternidad a Recaredo, y no a Eurico; la disertación de J. G. Biedenweg sobre las fórmulas visigóticas (Berlín, 1855), y los trabajos preparatorios de una edición crítica de la *Lex Visigothorum* en los *Monumenta Germaniae Historica*, emprendidos bajo la dirección de Georg Heinrich Pertz y encomendados, sucesivamente, a Bluhme y a Ernst Ludwig London. Entre las publicaciones consagradas a la historia de las fuentes y las instituciones del Derecho visigodo, Hinojosa elogiaba, por encima de todas, las obras de Felix Dahn, profesor por entonces de la Universidad de Königsberg y, en especial los *Westgothische Studien* (Würzburg, 1874); también merecieron sus alabanzas las monografías de Heinrich Graetz, London y Adolf Helfferich, aunque censurando el “detestable opúsculo” de este último sobre los *Fueros francos*, “admirablemente refutado”, a juicio del granadino, por Muñoz y Romero¹².

En 1882, Hinojosa había obtenido por oposición la cátedra de Geografía Histórica en la Escuela Superior de Diplomática, disciplina sobre la que, paradójicamente, no llegaría a publicar ningún trabajo. Dos años después pasó a la recién creada cátedra de Historia de las Instituciones de España en la Edad Media, en la misma Escuela, lo que favoreció su aproximación a los estudios histórico-jurídicos. Hinojosa había llegado a la docencia, pero aún no a la Universidad.

En aquellos años, la Historia del Derecho adquirió al fin autonomía en el plan de estudios de las Facultades de Derecho. En 1883, bajo el gobierno liberal de Sagasta y en virtud del llamado *Plan Gamazo*, conocido así por haberlo refrendado Germán Gamazo, a la sazón ministro de Fomento (Real Decreto de 2 de septiembre de 1883), se introdujo como disciplina universitaria nueva e independiente la *Historia general del Derecho (español desde 1884)*. La dotación de las primeras cátedras de *Historia general del Derecho* pudo quizá acentuar el incipiente interés de Hinojosa por nuestra disciplina y su investigación. Ahora bien, ¿por qué no aspiró a ocupar ninguna de las cátedras recién creadas? Se ha pensado que por no poder competir entonces con los catedráticos de Derecho civil, mucho más antiguos que él, que aspiraban a cubrir las nuevas vacantes. Sin embargo, un estudio de Manuel Martínez Neira parece sugerir que Hinojosa aspiró a una cátedra de Historia general del Derecho español, la de la Universidad Central de Madrid, convocada en 1886, a la que se opusieron dieciocho concursantes; dos de ellos se retiraron: Eduardo Hinojosa y

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, con la colaboración del Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo, Madrid, 2002, pp. 321-377, *maxime* p. 324, n. 7.

⁸. E. DE HINOJOSA, *Historia del Derecho romano según las más recientes investigaciones, por...*, Doctor en derecho civil y canónico, Auxiliar de la Comisión de Cortes de la Real Academia de la Historia, Oficial del Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Anticuarios. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1880.

⁹. J. M. PÉREZ-PRENDES, “«Ein Urbarium»” cit., p. 324, n. 7.

¹⁰. E. DE HINOJOSA, “Félix Dahn y sus publicaciones sobre la historia de los pueblos germánicos”, *Revista Hispano Americana*, 6 (1882), pp. 513-527.

¹¹. E. DE HINOJOSA, “Publicaciones alemanas sobre la historia del Derecho visigótico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 58 (1881), pp. 139-147.

¹². *Ibidem*, *passim*.

Emilio Moreno Nieto. La oposición no se celebró hasta 1891, obteniendo la plaza Matías Barrio y Mier¹³.

Sea de ello lo que quiera, la paradoja es que Hinojosa nunca fue catedrático de Historia del Derecho, y sí lo fueron algunos civilistas que carecían de formación histórico-jurídica y de verdadera vocación para la enseñanza o la investigación de la disciplina. Prueba del interés de Hinojosa por la Historia del Derecho es el hecho de haber redactado un libro con el designio de que se convirtiera en manual para la enseñanza de la nueva asignatura. Su extraordinario conocimiento de la bibliografía alemana le permitió afrontar el desafío de una exposición de conjunto, cuyo primer —y único— volumen publicó en 1887, bajo el título de *Historia general del Derecho español*¹⁴. La *Historia general* partía del estudio de la España primitiva y proseguía con el de la romana, para detenerse en el de la época visigoda. En la *Introducción*, Hinojosa no dejaba de rendir tributo a la erudición alemana, cuyos resultados son profusamente citados en las páginas del libro: “Han contribuido [...] eficazísimamente al progreso de los estudios relativos á la Historia de nuestro Derecho los eruditos alemanes que, ya en trabajos especiales, ya ocasional ó incidentalmente, han tratado de materias relacionadas con él, durante el siglo actual, después del maravilloso incremento dado á los estudios históricos del Derecho por Savigny y Eichhorn. Entre estos trabajos, que mencionaremos en el lugar oportuno, sobresalen los de Hübner y Mommsen sobre las instituciones de la España romana, los de Maasen sobre las colecciones canónicas españolas, y los de Dahn sobre el Derecho visigodo”¹⁵. Según confesión propia, la intención de Hinojosa era “suplir [...] el vacío de nuestra literatura en punto a libro de texto” de la asignatura de Historia general del Derecho español. Pero el libro apenas alcanzó repercusión en el ámbito universitario. En ese sentido, Marcelino Menéndez Pelayo —amigo y mentor de Hinojosa—, auguraba que “tarde o nunca llegará a hacerse popular [el libro] en las Facultades de Derecho, lo cual no debe ser obstáculo, sino más bien estímulo, para que [Hinojosa] acelere la terminación de su obra, no para satisfacción de legistas, que suelen ser de todos los ciudadanos los menos interesados en la historia de las leyes, cuando no son vigentes, de aplicación onerosa o lucrativa, sino para la instrucción de todos aquellos que aman la Historia por la Historia misma”¹⁶.

Sin embargo, a partir de entonces, Hinojosa abandonó la pretensión de concluir su *Historia general*, que quedó truncada, convencido de la imposibilidad de elaborar una Historia de síntesis; a partir de entonces, su quehacer se orientó hacia la investigación monográfica de diversos temas y cuestiones del Derecho de la España visigoda y medieval, que en gran medida se hallaban sin abordar. El núcleo esencial de esa labor lo constituyen unas quince monografías de investigación directa sobre las fuentes. Aunque los estudios monográficos de Hinojosa ofrezcan a menudo un carácter ocasional o circunstancial, que favorece la impresión de dispersión, ello no desmerece en modo alguno su calidad. Consignemos los títulos más significativos.

Origen del régimen municipal en León y Castilla fue una conferencia pronunciada por Hinojosa en el Ateneo de Madrid, y publicada en 1896¹⁷. De acuerdo con la teoría defendida por Alexandre Herculano y Ernst Mayer, el municipio castellano-leonés hallaba su filiación en el romano, preservado por los visigodos, y luego por los mozárabes. La tesis del origen romano del municipio medieval fue rechazada por Hinojosa, aunque admitiera la pervivencia de la organización municipal romana hasta la caída del reino visigodo. Siguiendo afirmaciones anteriores de Tomás Muñoz y Romero, Hinojosa sostuvo que el origen del régimen municipal en León y Castilla debía buscarse en la aplicación al territorio de la villa o ciudad de las instituciones judiciales de los pueblos germánicos, conservadas entre los visigodos. El antiguo *conventus publicus vicinorum*, o asamblea local de los

¹³. M. MARTÍNEZ NEIRA, “Los orígenes de la Historia del Derecho en la Universidad española”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 3 (2000), pp. 71-164, *maxime* pp. 106 y 112.

¹⁴. E. DE HINOJOSA, *Historia general del Derecho español*, por..., Catedrático de Historia de las Instituciones de España en la Escuela Superior de Diplomática. Tomo I, Madrid, Tipografía de los Huérfanos, 1887.

¹⁵. *Ibidem*, § 8, *El cultivo de la Historia general del Derecho español*, p. 43.

¹⁶. La cita, en A. GARCÍA-GALLO, “Hinojosa y su obra” cit., p. XLIV.

¹⁷. E. DE HINOJOSA, *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, *La Administración*, julio de 1896, reeditada después en *Estudios sobre la Historia del Derecho Español*, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón, 1903, pp. 5-70.

vecinos de un lugar, institución de estirpe germánica, se habría fundido con el *concilium*, o asamblea judicial de los hombres libres del condado; el concejo surgió cuando se le segregó de la circunscripción judicial del condado, para convertirle en distrito judicial independiente.

El Derecho en el Poema del Cid es una monografía publicada por primera vez en 1899, en homenaje a Menéndez Pelayo¹⁸. Hinojosa se proponía, según sus propias palabras, “facilitar la inteligencia de los episodios del *Poema del Cid* relacionados con el Derecho, y [...] mostrar el interés que ofrece este monumento literario bajo el aspecto jurídico”¹⁹. En ese sentido, el granadino seguía la orientación fijada por la corriente germanista de la Escuela Histórica alemana, que había insistido en las vinculaciones entre poesía y Derecho²⁰. Conocida es, por lo demás, la afirmación de Savigny, el fundador de la Escuela, de que en su fase germinal, “el Derecho vive, lo mismo que el lenguaje, en la conciencia del pueblo”²¹. Hinojosa encabezaba precisamente su trabajo con una cita procedente de “Die Poesie im Recht”, de Jakob Grimm²², discípulo de Savigny. El mismo Grimm había publicado en 1828 *Deutsche Rechtsaltertümer (Antigüedades Jurídicas Alemanas)*, donde reunía un acervo de narraciones y leyendas, presuntamente fundadas en el espíritu popular, o *Volksgeist*.

La monografía de Hinojosa se hallaba dividida en tres secciones, dedicadas, respectivamente, a “Las clases sociales”, “El Rey y las Cortes”, y “La familia”. En ese sentido, el civilista Juan Ossorio Morales elogiaba el tratamiento dispensado por Hinojosa al matrimonio de las hijas del Cid²³, “minuciosamente descrito en el Poema, desde la petición que los Infantes [de Carrión] hacen al Rey, hasta los esponsales, el ceremonial, las donaciones nupciales, la disolución del matrimonio y por último, las nuevas nupcias de doña Elvira y doña Sol”²⁴. Todo ello constituye, en palabras de Ossorio, “un curso completo de Derecho matrimonial medioeval”²⁵.

El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media, publicada en 1905²⁶, con dedicatoria a Alejandro Pidal y Mon, es más la extensa monografía de Hinojosa, y la preferida por su autor. Se exponen aquí “la reconquista y colonización de Cataluña, el régimen de los señoríos personales y territoriales, la condición jurídica y económica de los payeses, el origen y naturaleza de los seis malos usos que éstos padecen, la violencia ejercida por los señores y, finalmente, la emancipación de las clases rurales”²⁷.

Mención aparte merecen las publicaciones derivadas de la vinculación de Hinojosa a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas²⁸: el trabajo con el que concurrió y ganó el premio convocado en 1889 sobre el influjo jurídico de la Segunda Escolástica española (*Influencia que tuvieron en el Derecho público de su Patria, y singularmente en el Derecho penal, los filósofos y teólogos anteriores a nuestro siglo*²⁹), y su discurso de ingreso en la institución

18. E. DE HINOJOSA, “El Derecho en el Poema del Cid”, en *Homenaje a Menéndez y Pelayo en el vigésimo año de su profesorado*, Madrid, 1899, reimpreso en sus *Estudios sobre la Historia del Derecho español*, Madrid, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón, 1903, pp. 73-112, y en *Obras cit.*, I, pp. 181-215. Por entonces, el abogado catalán Pedro Corominas Montaña acababa de presentar una tesis doctoral sobre *Las ideas jurídicas en el Poema del Cid*, publicada años después en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XCVII (1900), pp. 61-74, 222-247 y 389-411, “tan sobrada de prejuicios como falta de información”, a juicio de Alfonso García-Gallo (“Hinojosa y su obra” cit., p. LXV).

19. E. DE HINOJOSA, “El Derecho en el Poema del Cid” cit., p. 73. (Citamos por la edición de 1903).

20. F. TOMÁS Y VALIENTE, “Eduardo de Hinojosa” cit., p. 1084.

21. F. C. VON SAVIGNY, “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho”, (1814), en THIBAUT y SAVIGNY, *La Codificación. Una controversia programática basada en sus obras Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania y De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Introducción y selección de textos de J. STERN, Traducción del alemán J. DÍAZ GARCÍA, Aguilar, Madrid, 1970, p. 54.

22. Artículo publicado en *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, II (1816), pp. 25-99.

23. Tiempo después, el tema sería estudiado monográficamente por otro historiador del Derecho de orígenes granadinos: J. GARCÍA GONZÁLEZ, “El matrimonio de las hijas del Cid”, *AHDE*, 31 (1961), pp. 531-568.

24. J. OSSORIO MORALES, *Derecho y Literatura*, edición facsímil, Prólogo por Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón y Estudio preliminar por José Antonio López Nevot, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2016, pp. 9-10.

25. *Ibidem*, p. 10.

26. E. DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1905.

27. A. GARCÍA-GALLO, “Hinojosa y su obra” cit., p. LXXVIII.

28. Véase J. M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, “«Ein Urbarium»” cit., p. 323.

29. Reimpreso en E. DE HINOJOSA Y NAVEROS. *Obras cit.*, pp. 25-151.

académica, titulado “Cuál ha sido, cuál es y cuál debe ser la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil”, y leído el 26 de mayo de 1907³⁰.

En 1900, Hinojosa había sido nombrado catedrático de Historia Antigua y Media de España en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid. Era su ingreso —tardío— en la Universidad y su retorno —pronto definitivo— a la investigación. En 1908, y gracias a una pensión de la flamante Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Hinojosa asistió junto con Rafael Altamira al Congreso internacional de Ciencias Históricas celebrado en Berlín, lo que supuso una suerte de consagración científica española en el ámbito internacional. Allí presentó Hinojosa una comunicación, leída en francés el 12 de agosto, sobre *L'élément germanique dans le droit espagnol*³¹. En palabras de Gibert, “esa monografía de la madurez de su vida, viene a ser el pequeño libro clave que parece necesitar toda ciencia, [y] contiene las semillas de toda la labor subsiguiente de la Historiografía jurídica española”³². En sus páginas acogía Hinojosa la interpretación germanista sobre la naturaleza del Derecho hispánico altomedieval³³, cuyo punto de partida era el estudio del austriaco Julius Ficker, *Über nähere Verwandtschaft zwischen gothisch-spanischem und norwegisch-isländischem Recht*, publicado en 1888³⁴, y no traducido al castellano hasta 1928³⁵. Inspirándose en observaciones de Jakob Grimm, Ficker sostenía la supuesta afinidad entre las fuentes medievales hispánicas y las escandinavas en el ámbito del Derecho de familia³⁶. Entre los historiadores del Derecho españoles, ya Muñoz y Romero había sugerido la tesis del germanismo en el Derecho y las instituciones medievales hispánicas³⁷. Según Hinojosa, la romanización del Derecho legal visigodo no impidió que los visigodos permanecieran fieles a su antiguo Derecho consuetudinario de estirpe germánica; a la caída del reino de Toledo, aquel Derecho, cuya vigencia no se había interrumpido, resurgiría “con sorprendente vigor” en los ámbitos penal, procesal y familiar. Hinojosa se consagraba a partir de entonces como “el más claro representante del germanismo en España”³⁸.

Para conocer el *modus operandi* de Hinojosa, contamos con el testimonio directo de uno de sus discípulos:

“Hinojosa, a más de conocer la totalidad de la bibliografía internacional concerniente a la historia del derecho medieval —y la española, claro está—, acudía a las fuentes jurídicas, canónicas, literarias, narrativas y documentales. Y no sólo a las publicadas; frecuentaba los archivos. Le recuerdo en el salón de lectura del Archivo Histórico Nacional consultando cartularios, tumbos, becerros, y las ricas colecciones diplomáticas de los monasterios españoles.

³⁰. *Discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor D. Eduardo de Hinojosa el día 26 de mayo de 1907*, Madrid, 1907, reimpresso bajo el título “Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil”, en E. DE HINOJOSA, *Obras cit.*, II, *Estudios de investigación*, Madrid, 1955, pp. 343-385.

³¹. La comunicación, considerablemente aumentada después por Hinojosa, fue traducida al alemán por R. Köstler bajo el título *Das germanische Element in spanischen Recht*, y publicada en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung*, XXXI (1910), pp. 282-359, y finalmente vertida al castellano por Galo Sánchez, discípulo del autor: *El elemento germánico en el Derecho español, por...*, Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1915. Editada después en E. DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras, Tomo II, Estudios de investigación*, Madrid, 1955, pp. 405-470, y Eduardo DE HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Introducción de Francisco Tomás y Valiente, Marcial Pons, Madrid, 1993.

³². R. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, “Eduardo de Hinojosa” cit., p. 207.

³³. La interpretación germanista ya había sido expuesta en otras obras de Hinojosa, como la citada *Origen del régimen municipal en León y Castilla*, y *Las relaciones entre la Poesía y el Derecho (Discursos leídos ante S. M. el Rey Don Alfonso XIII, presidiendo la Real Academia Española en la recepción pública del Excmo. Sr. Don Eduardo de Hinojosa el 6 de marzo de 1904)*, Madrid, 1904).

³⁴. *Mittheilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, II Ergänzungsband, 1888.

³⁵. J. FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el derecho godo-hispánico y el noruego-islándico*, por... Traducido del alemán por José Rovira Armengol, Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, Barcelona, 1928.

³⁶. J. LALINDE ABADÍA, “Comparación literaria e ideológica en Julius Ficker”, *AHDE*, 67-1 (1997), pp. 355-368”, y J. A. ESCUDERO, “Tríptico escandinavo (en recuerdo de Gunnar Tilander)”, *AHDE*, 70 (2000), pp. 425-447, *maxime* pp. 438-441.

³⁷. R. GIBERT, “Tomás Muñoz y Romero” cit., p. 565, y L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, “Vida y obra” cit., pp. 137-138.

³⁸. J. LALINDE ABADÍA, “La iushistoriografía española y Europa en el umbral del siglo XX”, *AHDE*, 56 (1986), pp. 977-994, *maxime* p. 987.

Después, su inteligencia lúcida estudiaba los materiales reunidos, a la luz de las conclusiones de la historiografía europea sobre la institución que se proponía dar a conocer; creaba sus propias teorías científicas y redactaba su monografía con extrema precisión y con claridad y sencillez.

Podía llegar lejos en sus construcciones teóricas porque a su dominio de la bibliografía, de las fuentes y de la metodología —este último sin perjuicio de desdeñar las elucubraciones a ella consagradas— unía un profundo conocimiento del derecho”³⁹.

Los últimos años activos en la vida de Hinojosa se consagraron a dirigir una de las Secciones —la de Historia de las instituciones sociales y políticas de León y Castilla— del Centro de Estudios Históricos, creado el 18 de marzo de 1910 en el marco de la Junta para Ampliación de Estudios⁴⁰, según Sánchez-Albornoz, “el hecho más decisivo de la historia cultural hispana contemporánea”⁴¹. Allí, casi al final de su vida, trabajó junto a un reducido grupo de discípulos —entre quienes sobresalían un jurista, Galo Sánchez Sánchez, y dos historiadores, Claudio Sánchez-Albornoz y Menduiña y José María Ramos Loscertales—, hasta febrero de 1914, en que una inesperada dolencia le dejó reducido a la impotencia intelectual. Breve plazo tuvo para formar a sus discípulos. Según uno de ellos, Sánchez-Albornoz, sólo alcanzaron a recibir del maestro “el espolonazo y el ejemplo”⁴².

¿Hubo una Escuela de Hinojosa? Fue otro historiador del Derecho granadino, Manuel Torres López, quien, en 1926, incluyó por primera vez en un programa de oposiciones a cátedra un epígrafe titulado *Hinojosa y su Escuela*. En 1948, Alfonso García-Gallo, discípulo de Galo Sánchez, no dudó en referirse a la Escuela de Hinojosa, en un sentido tan amplio, que serviría para incluir en ella no sólo a los discípulos directos de Hinojosa, sino también a “aquéllos que al emprender el estudio de la historia del Derecho o de las instituciones se esfuerzan por seguir sus huellas”⁴³. Ello suponía integrar en la Escuela a historiadores coetáneos de Hinojosa —como Altamira, o Rafael de Ureña y Smenjaud— o posteriores, ya fuesen historiadores del Derecho *stricto sensu*, romanistas o americanistas. “Todos —añadía García-Gallo— son discípulos de Hinojosa, y ninguno puede recabar para sí o para su orientación la exclusiva de su magisterio; ni considerarse como el único y legítimo heredero de sus enseñanzas”. A juicio de Tomás y Valiente, García-Gallo hipertrofiaba “hasta la exageración casi mística y legendaria la realidad incuestionable de su Escuela [la de Hinojosa]”⁴⁴. Sin embargo, estudios recientes ponen en duda que el grupo de juristas e historiadores formados en torno a Hinojosa pueda considerarse una verdadera escuela científica. La carencia de una unidad conceptual o metodológica impide singularizarla como tal; los propios discípulos directos o inmediatos de Hinojosa —cuya relación con el maestro fue efímera— se fueron separando de las directrices o enseñanzas del historiador granadino. Cabría hablar en todo caso del círculo o grupo de Hinojosa⁴⁵.

¿Cuál fue la aportación de Hinojosa? Escuchemos a uno de sus discípulos: para Galo Sánchez, Hinojosa “significa la renovación de la historia jurídica española, a la que aplicó los métodos y algunos de los puntos de vista de los grandes investigadores modernos”⁴⁶. García-Gallo, discípulo a su vez de Galo Sánchez, fue más allá: al historiador granadino se debe la iniciación del estudio científico de la Historia del Derecho en España. Renovación o iniciación: sea. Pero para renovar o iniciar, fue indispensable que Hinojosa saliera de España a respirar otros aires, más abiertos, menos enrarecidos culturalmente que el nuestro. Él nos familiarizó con la ciencia jurídica alemana y, en especial, con la Escuela Histórica del Derecho de Savigny. El historiador granadino supo romper el aislamiento

³⁹. C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, “En el centenario” cit., pp. 198-199.

⁴⁰. Véase J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Heterodoxos españoles. El Centro de Estudios Históricos (1910-1936)*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, Centro Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2006.

⁴¹. C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, “En el centenario” cit., p. 193.

⁴². *Ibidem*, p. 192.

⁴³. A. GARCÍA-GALLO, “Hinojosa y su obra” cit., p. CXV.

⁴⁴. F. TOMÁS Y VALIENTE, “Eduardo de Hinojosa” cit., p. 1087.

⁴⁵. J. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 18-19.

⁴⁶. G. SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho. Introducción y fuentes*, Décima edición revisada por José Antonio Rubio, Catedrático de la Universidad de Valladolid, Editorial Miñón, Valladolid, 1972, p. 15.

científico en que vivía la Historia del Derecho español, incorporándola al ámbito general de la ciencia europea de su tiempo. En ese sentido, Hinojosa puede ser calificado de europeizador de España⁴⁷.

Hinojosa aclimató en España las ideas de Savigny, pero también las de una segunda generación de la Escuela Histórica, vinculada sobre todo al germanismo, y más plenamente liberada de servidumbres dogmáticas. Es verdad que para Hinojosa, la Historia del Derecho tenía un valor instrumental: mostrar el vínculo que une las instituciones actuales con las que florecieron en otras épocas; pero no concebía la historia jurídica como un conocimiento auxiliar de la ciencia del Derecho positivo, sino como una rama especializada de la Historia. Resulta significativo que el magisterio de Hinojosa se ejerciera precisamente como Director de una sección del Centro de Estudios Históricos, institución a la que acudieron a formarse tanto juristas como historiadores. Así pues, los orígenes de la Historia del Derecho como actividad científica en España se emplazan en el ámbito de la Historia general de la mano de Hinojosa, al tiempo que obtiene reconocimiento académico como disciplina universitaria en el seno de las Facultades de Derecho. Esa paradoja dejó abierto el problema del estatuto epistemológico de la Historia del Derecho, problema que en la década de los años cincuenta del siglo XX García-Gallo intentó resolver en una dirección radicalmente opuesta a la propugnada por Hinojosa.

Concepción de la Historia del Derecho como una especialidad de las ciencias históricas, preferencia por la historia institucional de la Edad Media hispánica (medievalismo); inicial vocación romanista, sustituida después por un acentuado germanismo: tales son los rasgos que singularizan la obra de Hinojosa. Ahora bien, en vano buscaremos en esa obra una definición del Derecho, o de la Historia del Derecho, o un esbozo de interpretación general de la Historia de España; tampoco la intuición genial, o la interpretación personalísima. Pero, a la postre, esas carencias no son relevantes.

Porque el mérito del historiador y jurista granadino reside en otras cualidades. Hinojosa trabajó con fervor en unas condiciones desfavorables, no sólo para el cultivo de la Historia del Derecho, sino para el de la ciencia en general; se halló enfrentado a un ambiente de abandono y postración en la que casi todo estaba por hacer. Tuvo que formarse a sí mismo sin maestros que le abrieran el camino, pero logró ser un fundador, siendo como era un autodidacta⁴⁸. En palabras del poeta, hizo camino al andar.

⁴⁷. C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, "En el centenario" cit., p. 196.

⁴⁸. F. TOMÁS Y VALIENTE, "Eduardo de Hinojosa" cit., p. 1075.

LA COSTA DE LA MUERTE

ALGUNOS DE LOS SINIESTROS MARÍTIMOS EN ELLA SUCEDIDOS Y SU INCIDENCIA EN LAS MEJORAS A LA NAVEGACIÓN

José Luis López-Sors
Ingeniero Naval, Inspector de Buques
Académico de Número de la Real Academia de la Mar

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2018

Fecha de admisión: 18 de abril de 2018

Con éste título¹, el 14 de Febrero de 2017, tuve ocasión de pronunciar mi discurso de entrada como Académico de Número en la Real Academia de la Mar. Es ésta una Institución creada por iniciativa de un grupo de oficiales de la Armada capitaneados por José Ventura Olaguibel que era oficial del cuerpo de intendencia. José Ventura alternó sus destinos en ella, con otros de carácter civil en la época de UCD² y en alguna sociedad del Instituto Nacional de Industria como en la Empresa Nacional Elcano.

En el primer gobierno del Partido Popular, en la legislatura comenzada en 1996, fue nombrado director de Sasemar y en ese puesto lo conocí al acceder yo a la Dirección General de la Marina Mercante el 20 de Mayo de 2000. Olaguibel pronto me habló de su iniciativa de crear la Academia de la Mar, que apoyé desde un principio, porque me pareció que España, con tantos kilómetros de costa, mucho tenía que decir habiendo dominado el conocimiento de la mar, de la oceanografía y el arte de la navegación.

Ese conocimiento nos había llevado a gestar tantos hechos singulares como el Descubrimiento de un Nuevo Mundo, por Cristóbal Colón, hace ya más de 500 años, o de circundarlo unos años después, por Juan Sebastián Elcano, de Guetaria, en una campaña iniciada por el portugués Magallanes bajo el patrocinio del Reino de Castilla, ya que no se había ganado la confianza de su rey don Juan. Esos descubrimientos demostraban que la Tierra era redonda y nos llevaron a utilizar el continente, recién descubierto, como cabeza de puente desde el que llegar a los territorios de la China para traer las especias que eran tan preciadas en Europa. Así se descubrieron las Islas Filipinas y las Carolinas, y con ellas el arte de navegar nos llevó a aprovechar los vientos alisios³, más al Norte, para regresar a Nueva España, ahora llamada México. El *Galeón de Manila* en 1565 con el guipuzcoano, marino y fraile, Andrés de Urdaneta (1498-1568) fue el primero en realizar el *tornaviaje* cargado con las especias que en Europa tanto se valoraban.

Y, sin embargo, España es un país donde se vive de espaldas a la mar, y eso no es un justo reconocimiento de su Historia, ni del mérito de sus gentes. La entidad constituida recibió el apoyo de la Casa Real con el título de Real Academia de la Mar. En 2016 el nuevo presidente de la Real Academia, don Alejandro Aznar, a sugerencia del Instituto de España

¹ Editado por Librería Náutica Robinson, Madrid

² Unión de Centro Democrático

³ Vientos fijos de la zona tórrida que soplan bajos de las regiones subtropicales hacia el Ecuador, con dirección al SE en el hemisferio Norte

que acoge a esas Instituciones, ha puesto especial interés en que los Académicos de Número formalizáramos el ingreso, pronunciando el discurso de entrada con aportación de nuestros conocimientos, como se hace en las demás Reales Academias, igual que a través de los correspondientes grupos de trabajo.

La circunstancia de que ya hubiera finalizado el juicio sobre el siniestro del *B/T Prestige*, el 13 de septiembre de 2002, con sentencia de 13 de septiembre de 2013 de la Audiencia de La Coruña favorable a que la actuación de la Administración General del Estado había actuado conforme a derecho, me abría la posibilidad de poder referirme a él ya que, hasta ese momento, había guardado silencio por respeto a los tribunales. Después, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2016, confirmando la de la Audiencia, me permitía además poder hablar con algún detalle de lo ocurrido en esos días, en la esperanza de que esa vivencia pudiera ser de utilidad para nuevos siniestros que, sin duda, continuarán produciéndose. Es la primera vez que se produce una sentencia, referida a un siniestro marítimo, en la que al no condenarse al funcionario del Estado que interviene en ella, el propio Estado no ha de pagar subsidiariamente los cuantiosos daños causados por el siniestro. En casos anteriores, por ejemplo en el del *Aegean Sea*, hubo de pagar incluso la carga perdida en el siniestro.

Mi discurso de entrada se refirió a la siniestralidad en la Costa de la Muerte, realizando una muy breve descripción de los siniestros de petroleros en esa costa y resaltando las medidas regulatorias de la OMI⁴ que se tomaron como consecuencia de ellos. De tal modo que se contempla con claridad que, de cada siniestro producido, se derivan mejoras en la seguridad marítima tanto desde el punto de vista constructivo de los buques, como desde la regulación y ayudas a la navegación, etcétera. Se trata, por tanto, de asegurar a la población que la navegación es cada vez mas segura, los buques de mayor calidad y los mares son más limpios, igual que lo son las playas y la mar.

Lo acontecido en el desarrollo del siniestro del *B/T Prestige*, que constituye el sujeto pasivo de este artículo, fue causado por el mal estado de un petrolero que, derramando su carga a la mar por su costado roto, emitió un *May Day*⁵ en el que su capitán notificaba que se estaba hundiendo y solicitaba, con urgencia y ansiedad, el rescate de su tripulación. El petrolero, además, estaba sin gobierno y sin máquina. Su capitán ordenó el lastrado del tanque de lastre de babor sobrecargándolo y, si bien recuperó la escora producida, sobrepasó el punto de fluencia de su estructura. Su capitán se negó a que fuera remolcado, mientras que la mar lo empujaba contra la costa gallega con serio peligro de encallamiento en ella.

Cualquier siniestro marítimo, se resuelve a través de decisiones concatenadas que se van tomando, una vez oídos los pareceres de los especialistas, como mejor se le ocurre a los que están en el equipo que gestiona la respuesta a la emergencia. Cada decisión tomada condiciona las sucesivas, pero no debe retrasarse la toma de decisiones, por mejor meditarlas, dado el proceso de deterioro de la situación.

Por ello, entre los especialistas que deben formar el equipo gestor de la emergencia deben ocupar un lugar destacado los marinos, especialistas en navegación y que acumulen experiencia, que hayan navegado durante años, tanto sean marinos mercantes o de la Armada. Los marinos especialistas en máquinas son también muy útiles por cuanto conocen la práctica de la propulsión del buque. También los ingenieros navales tenemos mucho que decir porque sabemos del aspecto constructivo, de cómo se conforma la resistencia estructural del buque, de sus puntos débiles y de cómo puede evolucionar su

⁴ Organización Marítima Internacional, agencia de Naciones Unidas

⁵ Llamada de Socorro

comportamiento, especialmente con averías, aún cuando nos falte la experiencia en el arte de la navegación.

El grupo gestor de la emergencia, así constituido, debe de estar bajo la dirección de un técnico que, al menos, tenga una visión de conjunto y una comprensión de las dificultades que pueden presentarse durante la emergencia. Si la dirección de ese grupo gestor recae en quién, por sí mismo, cuente con una formación relacionada con la navegación, la máquina o la ingeniería naval, más fácil le puede resultar la comprensión del problema global y de las distintas opciones del árbol de decisiones posibles.

Aglutinar en el equipo director de la emergencia a personas con formación y conocimientos complementarios es importante, porque permite que las decisiones se puedan tomar en tiempo real, sin esperar una valoración que puede demorarse. El grupo, o algunos de sus miembros, deberán destacar en algunas virtudes humanas. Es fundamental contar con la prudencia para no tomar decisiones demasiado arriesgadas y con la fortaleza para asumir los errores y/o las críticas; no todas las decisiones serán perfectas y habrá que encauzarlas. Y tomada una decisión, se vislumbrarán opciones que pueden presentarse a continuación, incluso se procura avanzar sobre las posibles soluciones, en función de que lleguen unas u otras, procurando ganar tiempo al tiempo. En definitiva, se van tomando decisiones dentro de un análisis de riesgos y, si se concretan, habrá que asumir las consecuencias pero sabiendo que serán menos graves que si las decisiones no se hubieran tomado.

Los funcionarios son especialistas en diversas áreas de conocimiento, cada uno en la suya, con el común denominador de que, después de una oposición, todos ellos están especialmente preparados para defender sus criterios y para resistir la presión política, si resultara preciso, que a ella pueden verse sometidos.

Siempre será fácil criticar las decisiones tomadas pues, como decimos, su resultado final habrá sido negativo, porque la cualidad de malignidad proviene de que haya sucedido. Siempre será posible defender otras decisiones diferentes, con resultados hipotéticos más favorables, aunque la defensa de esas hipótesis provenga de gentes con escasos o nulos conocimientos en la materia y, en todo caso, sin los pormenores concretos de la situación. Por el contrario, los que hayan tomado las decisiones reales nunca podrán demostrar que eran las mejores que se podían tomar en esos momentos, y siempre se les podrá acusar de lo contrario, sobre todo finalizado el siniestro, y cuando los daños causados ya son públicos y han sido analizados tranquilamente, hasta la saciedad, desde uno y otro punto de vista.

Debo expresar mi convicción de que todos los funcionarios que intervienen en las emergencias marítimas, no sólo en ésta, lo hacen poniendo en ese trabajo lo mejor de sí mismos, de su conocimiento y experiencia, totalmente al margen de las ideas políticas que cada uno pueda tener. Si alguno se sale de la norma es, sencillamente porque no merecía estar en ese grupo, pero no por ello debe afectar a la categoría y calidad del grupo. Con todo, es lamentable cuando aparece quién, desde dentro, coopera con medios de comunicación que contribuyen a criticar las medidas que se están tomando y así a enrarecer la razonable confrontación política, cuyo argumento es el siniestro marítimo en si mismo, provocado por causas ajenas.

Si se trabaja en la resolución de emergencias, sean o no marítimas, es fundamental hacerlo en la prevención. Se desea tener la capacidad de adelantarse al acontecimiento de los siniestros, pues una vez que se hayan iniciado, ya sólo caben actuaciones paliativas a sabiendas de que todo siniestro termina mal. El director de la emergencia nunca podrá demostrar que las decisiones tomadas, entre un abanico de las posibles, eran las mejores que podían tomarse. Se trata de hacer un rápido análisis de riesgos que no puede llevar mucho tiempo, porque lo más importante es tomar las decisiones, evitando toda demora.

La progresión y gravedad de la emergencia aumentan exponencialmente con el tiempo perdido. Por tanto, como la seguridad en sí misma no existe, trabajar en la prevención es el mejor modo de trabajar por ella.

UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Francisco Javier Jiménez Muñoz
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2018

Fecha de admisión: 29 de mayo de 2018

RESUMEN: Dentro del marco general de las técnicas de reproducción asistida, destaca la gestación subrogada, que recibe distinta consideración y tratamiento en los distintos países, desde la radical prohibición hasta su aceptación incluso en la modalidad comercial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la gestación subrogada, aunque podemos decir que no se ha referido propiamente a los contratos de maternidad subrogada, sino que realmente esta jurisprudencia se relaciona más con los efectos de una filiación derivada de una maternidad subrogada practicada en un país que la admite por nacionales de otro país que la prohíbe, y que pretenden su reconocimiento en su país de origen, y en este punto son decisivas la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales y la duración de la convivencia entre ellos.

ABSTRACT: Within the general framework of assisted human reproduction techniques, it stands out the surrogate pregnancy, which receives a different consideration and treatment in different countries, from the radical prohibition to its acceptance even in its commercial modality. The European Court of Human Rights has had an opportunity to rule on surrogate pregnancy, although we can say that it has not referred properly to surrogate motherhood contracts, but actually this case law is more related to the effects of a filiation derived from a surrogate motherhood practiced in a country that admits it by nationals of another country that prohibits it, and that seek recognition in their country of origin, and at this point the existence of biological links between the child and the intentional parents and the duration of the coexistence between them are decisive.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de reproducción asistida — Gestación subrogada — Tribunal Europeo de Derechos Humanos

KEYWORDS: Assisted human reproduction techniques — Surrogate pregnancy — European Court of Human Rights

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN SUBROGADA. 2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y TIPOS. 3. TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO COMPARADO. 4. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA. 4.1. *El asunto Mennesson*. 4.2. *El asunto Labassee*. 4.3. *Los asuntos Foulon y Bouvet*. 4.4. *El asunto Paradiso y Campanelli*. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN SUBROGADA

Ante la aparición en la década de 1970¹ de las técnicas modernas de reproducción asistida, que conllevaban nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad, muy pronto surgieron una serie de problemas éticos y jurídicos que recibieron respuestas diferentes en función de la solución legislativa (regulación más o menos tolerante y flexible en esta materia, o falta de regulación de la misma).

Conforme a la enumeración de estas técnicas por el Anexo, en relación con el artículo 2.1, de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (y antes por el artículo 1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988), pueden distinguirse²:

a) La Inseminación Artificial (IA), consistente en la introducción de semen en la vagina o útero por cualquier medio distinto de una relación sexual, y que a su vez puede ser con semen del varón de la pareja (IAC, o IA homóloga) o con semen de un donante (IAD, o IA heteróloga);

b) La Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE), cuando la fecundación del óvulo se realiza en laboratorio, también puede ser homóloga o heteróloga, y, en los términos del Anexo, integra como una de sus partes la introducción de un único espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo (la inyección intracitoplásmica de espermatozoides o ICSI); por ello, en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida se la denomina “fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones”; y

c) La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG o GIFT), que supone en la colocación en las trompas de Falopio de óvulos y espermatozoides para la fecundación de aquéllos en las propias trompas. Sin embargo, esta última técnica actualmente es poco utilizada, por cuanto no incrementa las posibilidades de embarazo y en cambio conlleva una cirugía laparoscópica abdominal, con las consiguientes molestias postoperatorias.

La aplicación de estas técnicas normalmente se realizará sobre la propia madre intencional, ya sea por medio de óvulos propios o de una donante y con gametos de su pareja o de un donante, que de este modo será madre del nacido a todos los efectos. Sin embargo, en ocasiones podremos encontrarnos con que el objetivo en la aplicación de las técnicas no sea convertir a la gestante en madre del nacido, sino en que la filiación del mismo se atribuya a terceras personas, encontrándonos así ante la usualmente denominada *gestación subrogada*.

Si bien las implicaciones jurídicas, médicas, éticas y morales de las técnicas de reproducción asistida las hacen un ámbito especialmente proclive a la cuestión, discusión y aun la toma de posturas frecuentemente extremas, uno de sus más polémicos aspectos lo constituye

1 Los precedentes de estas técnicas, no obstante, puede remontarse ya a J. Hunter (1728-1793) en la especie humana, y aún antes en otras especies animales y vegetales (cfr. la exposición de estos precedentes en R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, segunda época, núm. 8-9, 1995, pp. 238-239). Asimismo, puede citarse como supuesto precedente de la técnica de inseminación artificial el caso de Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla El Impotente, cuyo embarazo habría sido conseguido por los médicos judíos del rey por medio de una cánula de oro introducida en la vagina de la reina por la que habría circulado el semen del rey y que habría dado como fruto a Juana La Beltraneja. En cualquier caso, el desarrollo pleno de las técnicas se produjo a raíz del nacimiento en 1978 de Louise Brown, al que hacemos referencia más adelante.

2 En relación con la primera de las técnicas indicadas, el primer banco de semen se constituyó en España en 1978; mientras que la FIVTE produjo por primera vez en el mundo el nacimiento en el Reino Unido de Louise Brown, también en 1978, teniendo lugar el primer nacimiento en España por esta técnica (el de Victoria Ana Sánchez Perea) en Barcelona en julio de 1984.

Para una exposición en detalle de la práctica de estas técnicas, cfr. M. V. HURTADO DE MENDOZA, BALMASEDA, Comentario científico al art. 4, en F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA (dirs.) y Ó. MONJE (coord.), Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 70-73.

precisamente la llamada maternidad subrogada, gestación subrogada o gestación por sustitución³, que es rechazada por un número importante de países, dentro y fuera de la Unión Europea, mientras que es admitida en algunos otros.

De todos modos, aunque no lo parezca, la gestación por sustitución no es algo nuevo. Así, ya el Código de Hammurabi babilonio, que contemplaba la infertilidad de la esposa como causa que habilitaba a tomar otra, recogía la posibilidad de evitarlo mediante el recurso a la “entrega de una esclava” a su marido a fin de que tuviera hijos⁴, lo que también se contempla en la Biblia, en los casos de Sarai, que entrega a su esclava Agar a su esposo Abram⁵, y Raquel y Lía, que entregaron respectivamente sus esclavas Bala y Zelfa a su esposo Jacob⁶. No obstante, no será hasta después de la producción sintética de estrógenos en los años 30 del siglo XX y el inicio de las técnicas modernas de reproducción asistida, en especial de la Fecundación In Vitro en 1978, cuando llegamos a la configuración moderna de la maternidad subrogada⁷.

Justamente en los años 80 será cuando surjan también las primeras situaciones conflictivas, y así podemos recordar del famoso caso de *Baby M.*⁸. El matrimonio Stern, ante la imposibilidad de tener un hijo por medios naturales, concertaron con el matrimonio Whitehead un contrato por el que Elizabeth Whitehead recibiría diez mil dólares más gastos médicos, siendo inseminada artificialmente con semen del señor Stern para entregar a aquellos el niño que naciera, que constaría con dicho apellido en el certificado de nacimiento, y debería renunciar a todo derecho de filiación sobre él a fin de facilitar su adopción por la Sra. Stern. En ese sentido, el 27 de marzo de 1986 nació una niña, a quien llamó Sara Elizabeth Whitehead, y los Stern permitieron a la Sra. Whitehead permanecer con ella tres días, tras los cuales la entregó a los Stern (que la llamaron Melissa Elizabeth Stern), pero 24 horas después reclamó su devolución amenazando con suicidarse y luego decidió que no la entregaría a los Stern ni renunciaría a la relación materno-filial, impidiendo así que la señora Stern pudiese adoptarla y huyendo con ella. Los Stern llevaron el caso a los tribunales, finalizando ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concluyó que el contrato era inválido por contrariedad al orden público, “por estar en conflicto con las leyes que prohíben el pago de una suma de dinero en relación con las adopciones; las leyes que exigen la prueba de la incapacidad de los padres o el abandono para que se declare la extinción de los derechos parentales o se conceda la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad de la entrega de la custodia y del consentimiento para la adopción en las adopciones convenidas privadamente”, pero, en base al interés superior de la niña, el Tribunal reenvió el caso al tribunal de familia, que entendió que “la protección del interés de Melisa demanda que se conceda a los Stern la custodia de la niña”,

3 Vid. así la posición favorable de C. LASARTE, Derecho de familia (T. VI de los Principios de Derecho Civil), Editorial Marcial Pons, 16.ª ed., Madrid, 2017, p. 321 (donde entiende necesario que se regule); y M. TORRALDA ERUZ, “El contrato de gestación por sustitución”, en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dirs.) y Ó. MONJE BALMASEDA (coord.), Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia, T. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 616-617; mientras que en la postura contraria, mayoritaria en la doctrina, podemos citar entre otros muchos por ejemplo a F. LLEDÓ YAGÜE, “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, Anuario de Derecho Civil, T. XLI-IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1254-1255; R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, segunda época, núm. 7, invierno 1994, pp. 324-325, o a P. LÓPEZ PELÁEZ, “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución («madres de alquiler») en el Derecho español”, en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO (coords.), Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. I, Universitat de València, Valencia, 2008, p. 668; y “Filiación y reproducción asistida”, en I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), Derecho de la persona, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 106-108.

4 Leyes 144-147.

5 Génesis 16.

6 Génesis 30, 1-13.

7 Aunque ya en 1975 se publicó en un periódico de California un anuncio de una pareja estéril que solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente por una remuneración, y el primer acuerdo de gestación por sustitución se produjo en 1980, por Noel Keane, que siguió desarrollando sus actividades a través de su centro de infertilidad (Surrogate Family Service Inc.), y es en 1985 cuando se produce la primera gestación subrogada con éxito. Los primeros casos de gestación subrogada eran practicados mediante inseminación artificial, de modo que los óvulos eran de la propia gestante, siendo por tanto casos de subrogación tradicional o parcial, dentro de la tipología a la que nos referiremos seguidamente en el texto.

8 Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey de 3 de febrero de 1988, In the matter of Baby M., 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227.

concediendo a la gestante un derecho de visitas, a decidir por el tribunal de instancia o, “aunque no sea probable, es posible que decididas ya las principales cuestiones de este litigio, las partes, por el amor que sin duda profesan a la niña, intenten de buena fe resolver ellas mismas la cuestión del derecho de visita pensando en el mejor interés de su hija”.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. CONCEPTO Y TIPOS

Pero debemos primero saber de qué estamos hablando exactamente. La gestación por sustitución, maternidad subrogada o sustituta, donación temporal de útero o incluso “maternidad de alquiler” es la práctica por la que una mujer (madre gestante, subrogada o sustituta) se compromete, con o sin precio, a gestar con el fin de entregar el niño después del parto a la/s persona/s comitentes (padres de elección), sean sus progenitores biológicos o no, renunciando ella a su filiación.

Los elementos concurrentes definen la existencia de diversos tipos de maternidad subrogada, y así según quién aporte el material genético podremos hablar de:

1. Subrogación tradicional o parcial: la gestante es inseminada natural (en la actualidad, raro) o artificialmente con el semen de uno de los comitentes o un donante, y aporta su material genético (por tanto, es también madre biológica del niño).
2. Subrogación gestacional o plena: la gestante se limita a gestar un embrión concebido mediante FIV (gametos de los comitentes, o gametos o embrión de donante/s). No aporta material genético, y el niño no tiene parentesco biológico alguno con ella.

También podemos distinguir, según la existencia o no de retribución a la gestante, entre:

1. Subrogación altruista: la gestante actúa por diversos motivos (frecuentemente, solidaridad) y no recibe retribución alguna o sólo el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables.
2. Subrogación comercial: media una contraprestación económica a favor de la gestante.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Como decíamos, existe una gran disparidad en el tratamiento normativo por los distintos Estados⁹, que pueden clasificarse en cuatro grupos.

En un primer grupo de países se establece la ilegalidad de la maternidad subrogada en todo caso. En este grupo destacan Francia, Italia, Alemania, Suiza y Quebec, algunos de ellos estableciendo incluso sanciones penales.

No obstante, no faltan decisiones judiciales que se apartan de esta norma y admiten los efectos de la filiación derivada de esta técnica, y así en Francia el Tribunal de Apelación de Rennes (en Sentencia de 21 de febrero de 2012) permitió la inscripción en el Registro Civil de dos gemelos nacidos de comitentes franceses y gestante india: no se cuestiona la validez del acuerdo, sino la de las actas del Registro Civil según el Derecho indio; en Italia, antes de la penalización por Ley de 19 de febrero de 2004, la Sentencia de 14 de febrero de 2000 del Tribunal civil de Roma había establecido la validez del contrato de “sustitución de maternidad” en determinados casos, ante el vacío normativo y sobre la base de la motivación altruista y el tiempo de congelación de los embriones; o en Suiza una sentencia

9 Cfr. R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora...”, *op. cit.*, pp. 326-330.

del Tribunal administrativo del Cantón de Saint Gallen de 19 de agosto de 2014 concedió la paternidad a dos hombres que recurrieron a la gestación por sustitución en California.

En España, el contrato sería nulo y sin efectos, pero se ha producido un progresivo reconocimiento de efectos en las gestaciones por sustitución internacionales por efecto de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.

El segundo grupo viene constituido por los países que consideran legal la maternidad subrogada sólo en cuanto que no exista retribución, mientras que rechazan la gestación por sustitución comercial, frecuentemente sin una normativa específica. Destacan, entre otros, Canadá (excepto Quebec), Brasil, Australia (salvo el Territorio del Norte, que no ha legislado en absoluto sobre esta materia), Grecia (sólo se admite la compensación de gastos) y Colombia. Reino Unido sólo admite “pagos razonables” a entidades intermediarias sin ánimo de lucro por los costes razonablemente derivados del acto, y para la transmisión de la filiación mediante *parental order* judicial se requiere que no haya habido intervención de dinero más allá de los gastos razonables.

En el tercer grupo se contempla la legalidad de la gestación subrogada en todo caso, medie o no contraprestación económica. Destacan entre otros, Ucrania, Georgia, Rusia, India, Israel y algunos estados de EE. UU. (se prohíbe en Arizona, Michigan, Utah, Nueva York, Washington y otros, mientras se admite en Arkansas —restrictivamente—, California, Florida, Minnesota, Nuevo Hampshire o Nueva Jersey).

Finalmente, un cuarto grupo estaría formado por la gran mayoría de los países, que no la regulan.

En concreto en Europa, el TEDH realizó un estudio de la regulación de esta cuestión en 35 países miembros del Consejo de Europa con ocasión del caso *Labassee c. Francia*, destacando la prohibición expresa de la gestación por sustitución en catorce Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía), mientras que en otros diez Estados no hay una regulación específica pero se prohíbe en virtud de disposiciones generales, no es tolerada o es de legalidad incierta (Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino); en cambio, está autorizada, a reserva del cumplimiento de condiciones estrictas, en otros siete (respecto de la denominada gestación por sustitución altruista, en Albania, Grecia, Países Bajos y Reino Unido; y admitiendo también la comercial en Georgia, Rusia y Ucrania). Finalmente, otros cuatro Estados no la han regulado pero parecen tolerarla (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia).

En trece de los Estados es posible para los padres intencionales obtener el reconocimiento de los vínculos filiativos con un niño procedente de una gestación por sustitución regularmente practicada en el extranjero, ya sea por exequatur ya por transcripción directa de la sentencia o acta de nacimiento extranjera a los registros civiles o estableciendo el vínculo por la adopción (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania), y parece igualmente posible en otros once Estados donde la gestación subrogada está prohibida o no está prevista por la ley (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia —siempre que al menos el padre de intención sea padre biológico—, Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y Luxemburgo). En cambio, queda excluida en otros once Estados (Andorra, Alemania —salvo quizás cuando el padre de intención sea padre biológico—, Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumanía, Serbia y Turquía).

Estas diferencias en la regulación hacen que exista un creciente turismo reproductivo desde los países que no permiten los contratos de gestación por subrogación, hacia los países que sí los admiten, en algunos de los cuales ha llegado a ser un lucrativo negocio: naturalmente, la idea es volver al país de origen con los niños nacidos a consecuencia de ese contrato, y obtener su reconocimiento legal como hijos de quienes los encargaron. Esta pretensión es muy habitualmente rechazada por los países que no admiten la maternidad subrogada, por entender que la operación entraña un fraude a su propio Derecho. El Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de afrontar en varias decisiones esta cuestión, y sobre ello trataremos en este trabajo.

4. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

El TEDH ha afrontado estas cuestiones inicialmente en las sentencias recaídas en los asuntos *Menesson c. Francia* (demanda 65192/11) y *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11), ambas de 26 de junio de 2014, seguidas después por la sentencia conjunta en los asuntos *Foulon* (demanda 9063/14) y *Bouvet* (demanda 10410/14) c. Francia de 21 de julio de 2016. Por otro lado, debemos mencionar la reciente sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda 25358/12) de 24 de enero de 2017, que revoca la sentencia pronunciada por la Sala el 27 de enero de 2015 y parece seguir una distinta orientación, aunque como veremos realmente se debe a la diferencia de situaciones.

4.1. *El asunto Mennesson*

Como se ha dicho, la maternidad subrogada está prohibida por el Derecho francés. Por ello, ante sus problemas de infertilidad, el matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson decidió recurrir a esta técnica en California, donde es legal, resultando unos gemelos producto de los espermatozoides del marido y el óvulo de una donante, y el Tribunal Supremo de California decretó que tendrían como padre genético al Sr. Mennesson, y como madre legal a la Sra. Mennesson. Sin embargo, el consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el Registro civil como hijos de los Mennesson, que los llevaron a Francia como ciudadanos norteamericanos. El Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, lo que se recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Mennesson y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

Deben destacarse de este caso tres notas importantes, que resultarán la base determinante de la decisión final de la Corte Europea:

1) entre el Sr. Mennesson y los gemelos existe un vínculo genético, pues aquél aportó los gametos de donde provienen los niños: por tanto, Dominique Mennesson es el padre biológico de los gemelos;

2) la larga duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio Mennesson, más de 10 años si contamos hasta la sentencia del TEDH;

3) en los diversos procedimientos actuaron como demandantes no sólo el matrimonio Mennesson, sino también los niños nacidos a consecuencia de la maternidad subrogada.

En este caso, el TEDH entendió que existía una violación de la vida privada y familiar, y por tanto una infracción del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no respecto del matrimonio Mennesson, pero sí en cuanto a los niños. Para ello, conforme a lo previsto en dicho artículo, la Corte analiza si hay una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto a su vida privada y familiar, y de haberla si está justificada (por ser de acuerdo con la ley, persiga objetivos legítimos y sea necesaria en una sociedad democrática).

En tal sentido, señala que los Estados gozan de un sustancial margen de apreciación al decidir qué es “necesario en una sociedad democrática”, que varía según las circunstancias, la materia y el contexto, y a este respecto uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no de una base común entre las leyes de los distintos Estados parte del Consejo de Europa: por una parte, habrá un amplio margen donde no hay consenso respecto de la importancia relativa del interés en cuestión o sobre los mejores medios de protegerlo, especialmente donde el caso trata temas morales o éticos sensibles; por otra, donde una faceta especialmente importante de la existencia o identidad del individuo esté en cuestión

el margen permitido al Estado normalmente se restringirá. En este caso, no hay consenso en Europa sobre la legalidad de los contratos de maternidad subrogada o el reconocimiento legal de la relación entre los padres intencionales y los niños así concebidos en el extranjero, como ya vimos anteriormente.

Esta falta de consenso refleja que el recurso a la maternidad subrogada levanta cuestiones éticas sensibles y por tanto debe dejarse a los Estados un amplio margen de apreciación, en lo referente a la decisión no sólo de autorizar o no esta técnica de reproducción asistida sino también de reconocer o no una relación legal de filiación entre los niños legalmente concebidos como consecuencia de la misma y los padres intencionales. Sin embargo, se afecta un aspecto esencial de la identidad de los individuos cuando nos referimos a la relación legal paterno-filial, por lo que el margen de apreciación en este caso necesita ser reducido y se debe determinar si al alcanzarse una solución se ha hecho un justo balance entre los intereses del Estado y los afectados directamente por esa solución, y teniendo presente el principio esencial de que, en todo caso en que esté en cuestión la situación de un niño, el interés del niño es preferente.

En lo referente al derecho de los demandantes a su vida familiar, la falta de reconocimiento por el Derecho francés de la relación legal paterno-filial entre los señores Mennesson y los niños necesariamente afecta a su vida familiar. No se les ha concedido la nacionalidad francesa, lo que complica viajar como familia y provoca dudas sobre el derecho de los niños a permanecer en Francia una vez que alcancen la mayoría y consecuentemente sobre la estabilidad de la unidad familiar, pero ello no les ha impedido vivir todos juntos. Por ello, a la luz de las consecuencias prácticas para su vida familiar de la falta de reconocimiento por el Derecho francés de la relación legal paterno-filial y teniendo en cuenta el margen de apreciación con que cuenta el Estado, la Corte considera se ha realizado un justo balance entre los intereses de los señores Mennesson y los del Estado en cuanto a su derecho al respeto de su vida familiar.

Respecto del derecho de los niños al respeto de su vida familiar, aunque Francia sabía que los niños habían sido identificados en otro país como hijos de los señores Mennesson, no obstante les había denegado ese estatus conforme al Derecho francés, lo que socava su identidad en la sociedad francesa. El art. 8 no garantiza un derecho a adquirir una nacionalidad en particular, pero la nacionalidad es un elemento de la identidad de la persona, y si bien su padre biológico es francés, los niños encaran una preocupante inseguridad respecto de la posibilidad de obtener un reconocimiento de la nacionalidad francesa, con repercusiones negativas sobre la definición de su identidad personal, y el hecho de que no se identifiquen bajo el Derecho francés como hijos de los señores Mennesson tiene consecuencias sobre sus derechos sucesorios.

Se puede aceptar que Francia pueda desear impedir que sus nacionales vayan al extranjero para aprovecharse de los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio, pero los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación legal paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres intencionales no se limita sólo a los padres, sino que afecta a los propios niños, cuyo derecho al respeto por su vida privada —que implica que todos deben poder establecer la sustancia de su identidad, incluyendo la relación legal paterno-filial— resulta afectado sustancialmente.

Este análisis toma una especial dimensión cuando, como en este caso, uno de los padres intencionales es también el padre biológico del niño. Teniendo presente la importancia del parentesco biológico como componente de la identidad, no se puede decir que sea en interés del niño privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de esa relación está demostrada y el niño y padre afectados reclaman su reconocimiento. Con ello, el Estado sobrepasa los límites permisibles de su margen de apreciación, y consecuentemente, teniendo en cuenta la importancia que debe darse a los intereses del niño al ponderar los intereses en conflicto, se concluye que se infringió el derecho de los niños al respeto por su vida privada.

4.2. *El asunto Labassee*

Poco después de la demanda que culminó con la Sentencia del caso *Menesson*, volvió a plantearse un supuesto muy similar con el caso *Labassee*. El matrimonio compuesto por Francis y Monique Labassee decidieron recurrir a la maternidad subrogada en Minnesota, generándose un embrión a partir de los gametos del Sr. Labassee y un ovocito de una donante anónima. Tras el nacimiento de la niña, un tribunal de Minnesota declaró la paternidad biológica del Sr. Labassee y los derechos de guarda legal y física de la menor; y el acta de nacimiento subsiguiente expresó que es hija de los señores Labassee. Sin embargo, al igual que en el caso *Menesson*, el tribunal de Nantes rehusó transcribir el acta de nacimiento por contrariedad al orden público francés. El Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, lo que se recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Labassee y por la niña nacida a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

La similitud entre ambos casos hizo que la Corte Europea instruyera ambos procedimientos simultáneamente y que la sentencia que dictara finalmente fuera en el mismo sentido. Como vemos, aquí vuelven a darse los mismos elementos de vínculo genético entre la niña y el Sr. Labassee, que es su padre biológico; la larga duración de la convivencia del matrimonio Labassee con la niña (nuevamente, más de 10 años si contamos hasta la sentencia del TEDH), y el hecho de que la niña también fuera demandante en los diversos procedimientos.

La Corte Europea vuelve a hacer los mismos razonamientos que la sentencia del caso *Menesson* en torno a si la perturbación del derecho al respeto a la vida privada y familiar de los Labassee y la niña es necesaria en una sociedad democrática, concluyendo igualmente que no hubo violación del art. 8 de la Convención en lo referente al respeto a la vida familiar de los Labassee, mientras que sí la hubo respecto del respeto a la vida privada de la niña.

4.3. *Los asuntos Foulon y Bouvet*

Más tarde, volvió a plantearse una situación similar respecto de Didier Foulon y Philippe Bouvet, que por medio de la gestación por sustitución obtuvieron en la India una niña y una pareja de gemelos respectivamente y recibieron de las autoridades francesas sendas negativas a la transcripción de las actas de nacimiento, que culminaron en su confirmación por el Tribunal Supremo francés. Ambos interpusieron demandas ante el Tribunal Europeo, que fueron acumuladas y resueltas por una única sentencia de la Corte. Por esa similitud con los asuntos *Menesson* y *Labassee*, la Corte no ve motivos para concluir de otro modo, y por ello falla en el mismo sentido que esas sentencias.

4.4. *El asunto Paradiso y Campanelli*

Cuando parte de la doctrina ya consideraba que la Corte Europea venía a defender la maternidad subrogada (cuando realmente no se pronunciaba en sentido estricto sobre la misma) y el reconocimiento de la relación legal paterno-filial entre los padres de intención y los hijos concebidos por medio de la misma, la Corte adoptó una solución muy diferente en el caso *Paradiso y Campanelli* (o simplemente *Paradiso*).

El matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, debido a sus problemas de fertilidad y tras recurrir sin éxito a técnicas de reproducción asistida y a la adopción, contactaron con una clínica de maternidad subrogada de Moscú y la Sra. Paradiso viajó a Moscú para entregarles el fluido seminal de su marido. Tras celebrar un contrato de subrogación gestacional con la empresa Rosjurconsulting, se realizó una fertilización in vitro a una madre subrogada, como consecuencia de la cual nació un niño, que fue inscrito en el Registro de Moscú señalando al matrimonio como padres del niño. La Sra. Paradiso obtuvo del consulado italiano en Moscú los documentos que le permitieran volver a Italia con el niño, pero una vez en Italia el consulado informó de que la documentación relativa al nacimiento del niño contenía información falsa. Se abrió un proceso penal contra el matrimonio por simulación de estado civil, uso de documentos falsificados y violación del procedimiento para la adopción internacional, y a la vez se inició un expediente para

habilitar la adopción del niño, considerándole como en estado de abandono a los efectos legales, y se le colocó bajo tutela. A lo largo de este procedimiento, se practicaron pruebas de ADN al Sr. Campanelli y al niño, resultando que no había vínculos entre ellos, y el Registro Civil rechazó la inscripción del certificado de nacimiento ruso. El tribunal de menores acordó retirar el niño del matrimonio y dejado al cuidado de los servicios sociales, y finalmente se le dio un nuevo nombre y fue dado en adopción. Tras ello, el matrimonio Campanelli-Paradiso recurrió a la Corte Europea, que primeramente consideró en Sala que había existido una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Dado que el certificado de nacimiento no fue reconocido bajo el Derecho italiano, la Sala entendió que no había una relación legal estrictamente hablando entre el matrimonio y el niño, pero que sí había habido una vida familiar de facto en la medida en que habían compartido con él los primeros momentos importantes de su vida y habían actuado como sus padres, e igualmente estaba en cuestión la vida privada del Sr. Campanelli dado que buscó confirmar la existencia de un vínculo biológico a través de la prueba de ADN, por lo que las medidas constituían una interferencia tanto en esa vida familiar de facto como en la vida privada del Sr. Campanelli. No obstante, también entendió que los tribunales italianos, al declarar al niño como “en estado de abandono” en ausencia de un vínculo genético con el matrimonio, no habían tomado una decisión irrazonable, por lo que esa interferencia había sido “de acuerdo con la ley”, más aún teniendo en cuenta que las medidas tomadas en relación con el niño habían buscado la “prevención del desorden” dado que la conducta del matrimonio fue contraria a la legislación italiana sobre adopción y reproducción asistida y pretendieron proteger los derechos y libertades del niño. No obstante, mantuvo que la retirada del niño del entorno familiar es una medida extrema que debía ser adoptada sólo como último recurso, para cumplir el objetivo de proteger a un niño enfrentado con un peligro inmediato, y que los tribunales nacionales habían tomado sus decisiones sin una evaluación específica de las condiciones de vida del niño con el matrimonio Campanelli-Paradiso y de sus mejores intereses y por tanto no habían realizado el necesario justo equilibrio entre el interés general y los intereses privados afectados, produciéndose así una violación del art. 8 de la Convención.

El gobierno italiano recurrió esta decisión ante la Gran Sala, que finalmente falló considerando que no existió dicha violación.

Es de destacar que, a diferencia de los casos franceses anteriormente considerados, aquí no se dan los tres elementos determinantes a que nos antes referimos: no hay un vínculo genético entre el niño y el matrimonio Campanelli-Paradiso, pues como puso de manifiesto la prueba de ADN el Sr. Campanelli no era su padre biológico; la convivencia entre de todos fue de duración reducida (menos de un año en total), y el niño no ha sido demandante en ninguno de los procedimientos.

La Gran Sala destaca la inexistencia de vínculos biológicos entre el niño y el matrimonio, que fuera de todo procedimiento de adopción trajeron del extranjero a Italia un niño sin vínculo biológico con ninguno de los padres y que había sido concebido por medio de técnicas de reproducción asistida ilegales en el Derecho italiano. En los casos *Menesson* y *Labassee* sí existía un vínculo biológico entre el padre y los niños y las autoridades francesas nunca habían previsto separar los niños de los padres, el tema principal era el rechazo al registro del certificado de nacimiento practicado en el extranjero de acuerdo con la legislación del país de origen y el derecho de los niños a obtener un reconocimiento de la relación legal paterno-filial; y los padres y los niños eran todos demandantes frente a la Corte.

En cambio, lo que está en discusión en el presente caso eran las medidas tomadas por las autoridades italianas que derivaron en la separación permanente del niño y los demandantes, en un acuerdo de maternidad subrogada que no era “tradicional”, dado que el material biológico de los demandantes no se había utilizado. Se incumplió el procedimiento de la legislación sobre adopción internacional y la prohibición de usar gametos donados; y el niño no es demandante en los procedimientos ya desde la Sala, que rechazó las alegaciones efectuadas por el matrimonio Campanelli-Paradiso en su nombre.

Al analizar el supuesto, la Sala ya concluyó que existía una vida familiar de facto entre el matrimonio y el niño y se relacionaba con la vida privada del Sr. Campanelli puesto que lo que estaba en discusión para él era el establecimiento de un vínculo biológico con el niño.

En lo referente a la *vida familiar*, el derecho a que sea respetada no protege el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una familia o al menos la relación potencial entre, por ejemplo, un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural o la relación que deriva de un matrimonio genuino incluso si la vida familiar no ha sido todavía totalmente establecida, la relación entre un padre y su hijo legitimado incluso si se prueba posteriormente que no ha tenido base biológica, o la relación que deriva de una adopción legal y genuina.

En ocasiones, la Corte europea ha aceptado la existencia de una familia de facto entre adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o un vínculo legal reconocido, siempre que haya vínculos personales genuinos. Ha existido una vida familiar entre los padres de acogida que han cuidado temporalmente de un niño y dicho niño, teniendo en cuenta los vínculos personales estrechos entre ellos, el papel desempeñado por los adultos respecto del niño y el tiempo pasado juntos. En el caso *Moretti y Benedetti c. Italia*, la Corte atribuyó importancia al hecho de que el niño había llegado a la familia con un mes y los demandantes habían compartido durante 19 meses las primeras etapas importantes de su vida con el niño; el niño estaba bien integrado en la familia y profundamente unido a los demandantes y sus hijos, y los demandantes habían atendido al desarrollo social del niño, elementos que fueron suficientes para la Corte para determinar que hubo entre los demandantes y el niño un estrecho vínculo interpersonal y que los demandantes se comportaron en todo caso como sus padres, de modo que de facto existían vínculos familiares entre ellos (de modo similar, en *Kopf y Liberda c. Austria*).

En este caso, los demandantes habían desarrollado un proyecto parental y asumido su papel como padres respecto del niño, creando estrechos vínculos emocionales con él en las primeras etapas de su vida, y habían vivido juntos seis meses en Italia, precedidos de dos meses de convivencia entre la Sra. Paradiso y el niño en Rusia.

No cabe definir una duración mínima de la vida compartida para constituir una vida familiar de facto, pero en este caso es especialmente breve, y la alegación de que el Sr. Campanelli estaba convencido de que era el padre biológico del niño no puede compensarlo ni es suficiente para establecer una vida familiar de facto. Aunque la terminación de su relación con el niño no es directamente imputable a los demandantes, no obstante es la consecuencia de la inseguridad jurídica que ellos mismos crearon respecto de los vínculos en cuestión: las autoridades italianas reaccionaron rápidamente a esta situación solicitando la suspensión de la autoridad parental y abriendo un procedimiento para someter al niño a adopción, y en tal sentido este caso difiere de los casos *Kopf*, *Moretti y Wagner*, donde la ubicación del niño con los demandantes fue reconocida o tolerada por las autoridades.

Por tanto, teniendo en cuenta la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el niño y la inseguridad de los vínculos desde una perspectiva legal, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la cualidad de los vínculos emocionales, cabe entender que las condiciones que permiten concluir que existió una vida familiar de facto no se han producido, y por tanto no ha habido en este caso una vida familiar.

En cuanto a la *vida privada*, se trata de un concepto amplio que no permite una definición exhaustiva: cubre la integridad física y psicológica de una persona y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, se relaciona con aspectos de la identidad física y social del individuo y sintoniza el derecho al “desarrollo personal” o a la autodeterminación y el derecho al respeto por la decisión de tener o no tener un niño, incorporando el derecho al respeto por su decisión de convertirse en padres genéticos o el derecho de la pareja a concebir un niño y hacer uso de la reproducción asistida para ello.

En este caso, no hay una razón para entender que el concepto de “vida privada” excluye los vínculos emocionales creados y desarrollados entre un adulto y un niño en situaciones distintas de las clásicas de parentesco. En determinados casos que implican una relación

entre adultos y un niño en que no hay vínculos biológicos o legales, puede no obstante existir una “vida privada”, y aquí una gran parte de las vidas de los demandantes se enfocó hacia la realización de su plan de convertirse en padres y por tanto lo que se discute es el derecho al respeto a esa decisión y a su desarrollo personal por medio del papel de padres que desearon asumir frente al niño. El procedimiento referente a los vínculos biológicos entre el niño y el Sr. Campanelli y el establecimiento de los hechos genéticos tuvieron un impacto en la identidad del mismo y la relación entre el Sr. Campanelli y la Sra. Paradiso. Por tanto, el caso afecta a su vida privada.

En conclusión, no hubo vida familiar entre los demandantes y el niño, pero las medidas impugnadas sí afectaron a la vida privada de los demandantes.

Respecto a si esa interferencia en la vida privada de los demandantes fue “de acuerdo con la ley”, la Corte entiende que sí, pues la aplicación del Derecho italiano por los tribunales nacionales era previsible. Igualmente, considera que el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal paterno-filial —y esto únicamente en el caso de un vínculo biológico o una adopción legal— con vistas a proteger a los niños ha perseguido de este modo objetivos legítimos.

En cuanto a su necesidad en una sociedad democrática, la Corte señala que su misión no es sustituir a las autoridades nacionales competentes al determinar las medidas más apropiadas para regular la compleja y sensible materia de la relación entre los padres intencionales y el niño nacido en el extranjero como consecuencia de acuerdos de maternidad subrogada comercial y con la ayuda de técnicas de reproducción asistida, ambos prohibidos en el correspondiente Estado. Cuando se trate de una faceta especialmente importante de la existencia o identidad de un individuo, el margen permitido al Estado estará normalmente restringido, mientras que donde no hay consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa, o sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre los mejores medios para protegerlo, particularmente cuando el caso afecta a temas morales o éticos sensibles, el margen será más amplio. Mientras que las autoridades disfrutaban de un amplio margen de apreciación en el área de la adopción o en la evaluación de la necesidad de someter a un niño a protección, en particular cuando se produce una situación de emergencia, la Corte debe todavía estar satisfecha cuando ha habido circunstancias que justifiquen la retirada del niño.

En este caso, se tocan temas éticamente sensibles —adopción, el sometimiento de un niño a protección, reproducción asistida y maternidad subrogada— en los cuales los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación, y se han cumplido los requisitos de relevancia y suficiencia y proporcionalidad de las razones en que se han basado las medidas nacionales.

Las razones alegadas por los tribunales italianos son relevantes: están directamente unidas al objetivo legítimo de evitar el desorden y al de proteger a los niños —no sólo el niño del presente caso sino también los niños en general— teniendo en cuenta la prerrogativa del Estado de establecer la descendencia a través de la adopción y la prohibición de ciertas técnicas de reproducción asistida.

Por otra parte, en lo referente a los intereses del niño, el posible trauma causado por la separación no será irreparable, y además en este caso no es demandante ni es miembro de la familia de los demandantes. Este caso difiere de los casos en que se discute la separación de un niño de sus padres, en que en principio la separación es una medida que sólo puede ser ordenada si la integridad física o moral del niño está en peligro: la Corte no considera que los tribunales nacionales estuvieran obligados a dar prioridad a la preservación de la relación entre los demandantes y el niño, sino que más bien tuvieron que hacer una difícil elección entre permitir a los demandantes continuar su relación con el niño, legalizando la situación ilegal creada por ellos como hechos consumados, o tomar medidas con vistas a dar al niño una familia de acuerdo con la legislación sobre adopción. El razonamiento de los tribunales italianos respecto de los intereses del niño no fue automático ni estereotipado, y al evaluar la situación específica del niño consideraron deseable dejarle con una pareja idónea con vistas a su adopción, y tuvieron en cuenta el impacto que podría tener la

separación de los demandantes, concluyendo que no causaría al niño un daño grave o irreparable.

La Corte no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido en la vida privada del matrimonio Campanelli-Paradiso, pero la Convención no reconoce un derecho a ser padre. Los intereses públicos en cuestión pesan mucho en el balance, mientras que comparativamente debe atribuirse un peso menor al interés de los demandantes en su desarrollo personal continuando su relación con el niño. Permitir al niño estar con los demandantes, probablemente con vista a convertirse en sus padres adoptivos, sería tanto como legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes reglas del Derecho italiano. Los tribunales italianos, al tomar en consideración que el niño no sufriría un daño grave o irreparable por la separación, realizó un equilibrio justo entre los diferentes intereses en cuestión, permaneciendo dentro del amplio margen de apreciación de que disponían. Por tanto, la Corte concluye que no ha habido violación del art. 8 de la Convención.

Finalmente, señalemos que esta sentencia de la Corte europea va acompañada de cuatro votos particulares, tres concurrentes y uno contrario, que entiende que hubo una interferencia injustificada con el derecho de los demandantes al respeto por su vida familiar, en el enfoque de la sentencia de la Sala.

5. CONCLUSIONES

A la vista de estas resoluciones, podríamos decir que el Tribunal Europeo no se ha pronunciado en ellas propiamente sobre los contratos de maternidad subrogada, sino que, al contrario, indica que no es su función sustituir los criterios de las autoridades nacionales para determinar la política más adecuada para regular una materia como esta, en la que no hay consenso y por tanto los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión.

Por ello, en uno de los votos particulares concurrentes del caso Paradiso los jueces lamentan que no se haya producido un pronunciamiento expreso del tribunal en contra de la maternidad subrogada, que sería incompatible con la dignidad humana, pues el niño habría sido víctima de tráfico humano, siendo encargado y adquirido por los demandantes, lo que entraría en la muy amplia definición de la venta de niños; se prescinde de los fuertes vínculos que se crean durante el embarazo entre la madre gestante y el niño; y se hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante.

Realmente, esta jurisprudencia se relaciona más con los efectos de una filiación derivada de una maternidad subrogada practicada en un país que la admite por nacionales de otro país que la prohíbe, y que pretenden su reconocimiento en su país de origen, y en este punto son decisivas la existencia de vínculos biológicos entre el niño y los padres intencionales y la duración de la convivencia entre ellos.

6. BIBLIOGRAFÍA

F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Unas reflexiones sobre la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III Época, núm. 4/2008, octubre-diciembre, pp. 639-698.

— *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

C. LASARTE, *Derecho de familia* (T. VI de los *Principios de Derecho Civil*), Editorial Marcial Pons, 16.ª ed., Madrid, 2017.

R. A. LEONSEGUI GUILLOT, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 7, invierno 1994, pp. 317-338.

— “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, segunda época, núm. 8-9, 1995, pp. 237-264.

F. LLEDÓ YAGÜE, “La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLI-IV, octubre-diciembre 1988, pp. 1241-1263.

F. LLEDÓ YAGÜE y C. OCHOA MARIETA (dirs.) y Ó. MONJE (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

P. LÓPEZ PELÁEZ, “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución («madres de alquiler») en el Derecho español”, en J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. I., Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 661-676.

— “Filiación y reproducción asistida”, en I. RAVETLLAT BALLESTÉ (coord.), *Derecho de la persona*, Editorial Bosch, Barcelona, 2011, pp. 89-136.

C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *Escritos jurídicos TFW*, núm. 4/2017.

M. TORRALDA ERRUZ, “El contrato de gestación por sustitución”, en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dirs.) y Ó. MONJE BALMASEDA (coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, T. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, pp. 616-617.

ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES EN MATERIA DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

María del Socorro Garrido Moreno
Abogada del Estado

Fecha de recepción: 14 marzo de 2018
Fecha de aceptación: 20 de abril de 2018

RESUMEN: El propósito de este artículo es examinar en profundidad la nueva redacción dada a la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo prevista en el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, 9/2017, de 8 de noviembre.

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine in depth the new wording of the obligation to report on the conditions of subrogation in work contracts provided for in Article 130 of the Law on Public Sector Contracts, 9/2017, of 8 November .

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada, Derecho laboral.

KEYWORDS: Surrogate pregnancy, labor Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. IV. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN. V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VII. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es examinar en profundidad la nueva redacción dada a la obligación de informar sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo prevista en el artículo 130 de la Ley de Contratos del Sector Público, 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Frente a la parca regulación que hasta ahora se contenía en el derogado artículo 120 de la legislación anterior, el nuevo precepto presenta una regulación mucho más amplia y detallada, con una extensión de seis incisos que vienen a deslindar definitivamente el contenido propio de las normas administrativas y laborales, situando dentro de éstas últimas la existencia de la obligación de subrogación de personal; y a delimitar con mayor grado de precisión su ámbito de aplicación subjetivo, tanto desde una perspectiva pasiva como desde una perspectiva activa, en relación con la cual introduce una referencia expresa a la obligación de subrogación en los casos de reversión del servicio por la Administración Pública. Asimismo, la nueva regulación determina la documentación mínima del personal a subrogar que debe facilitarse al órgano de contratación a fin de permitir la exacta valoración de los costes laborales que esta medida implicará, así como las penalidades que podrán imponerse al adjudicatario actual del contrato caso de incumplimiento de este mandato. Por último, cierra la regulación del precepto la previsión de las acciones legales de las que podrán hacer uso, según cada caso, el nuevo adjudicatario del contrato y los propios trabajadores subrogados, a fin de repeler los comportamientos dirigidos a causarles daños.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Consciente de que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito propio de los pliegos de cláusulas administrativas particulares el legislador ha querido llevar esta precisión a la regulación de artículo 130, de cuyo inciso primero resulta que la obligación de información existirá cuando una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales. De esta forma desaparece de la actual regulación la expresión contenida en el anterior artículo 120: *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”*, viniendo a confirmar la nueva redacción la negativa mantenida por la jurisdicción contencioso-administrativa de conceder a los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de imponer la subrogación cuando no concurren los requisitos (objetivos y subjetivos) descritos en el artículo 44 ET, o bien no lo imponga un convenio colectivo.

Con carácter previo a esta nueva redacción ya resultaba pacífico en la práctica totalidad de nuestra doctrina jurisprudencial que la cláusula de subrogación empresarial excedía del ámbito subjetivo propio de los pliegos de cláusulas administrativas al afectar a terceros ajenos al vínculo contractual, por lo que la existencia o inexistencia de dicha obligación debía determinarse con base en la normativa laboral aplicable, tal y como resultaba, de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 879/2014, de fecha de 28 de noviembre 2014, en la que se indica que: *“(...) en relación con la obligación de informar en los pliegos sobre el personal a subrogar, debe señalarse, en primer lugar, que es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien a su vez deberá a su vez recabarla de los actuales adjudicatarios. Así se ha señalado en diversas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar al respecto la n.º 321/2014: “La cuestión de si debe incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación del adjudicatario de subrogarse en los contratos de trabajo del personal que viene prestando el servicio por cuenta de otro empresario se ha planteado varias veces ante este Tribunal y, en concreto ha analizado este mismo convenio colectivo en resolución 608/2013 (...). En esta resolución,*

interpretando el citado artículo 120, se dice que el mismo no impone que en los pliegos de cláusulas administrativas se deba contener una cláusula de subrogación, pues tal y como se dijo en la Resolución 75/2013: "la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un "contenido netamente laboral" (la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal de éste destinado a la prestación del servicio) y "que forman parte del status del trabajador", de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la jurisdicción social. "Pero, pese a ello, se decía que "aunque en el pliego no haya obligación de contemplar la subrogación, sí que la hay de facilitar la información sobre las condiciones de los contratos de trabajo afectados, cuando tal subrogación esté prevista en el convenio colectivo sectorial de aplicación", dado el tenor inequívoco del art. 120 TRLCSP (...)".

En este mismo sentido, la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 235/2016, de 2 de noviembre de 2016, tras analizar la jurisprudencia que admite la subrogación impuesta en los pliegos (SAN de 16 de marzo de 2015, casación 1009/2013, y la que lo niega STS de 8 de junio de 2016 (RJ 2016,3491), casación 1602/2015, concluye que la subrogación procederá o no según la concurrencia o no de las exigencias propias del Derecho Laboral, sin poderse imponer directamente en los pliegos.

A tenor de lo expuesto, la interpretación jurisprudencial mayoritaria hasta la fecha seguiría siendo aplicable a la luz de la nueva redacción dada a este precepto, dado que el legislador ha reforzado la idea de no poder ser impuesta vía pliegos la obligación de subrogación. A pesar de ello, algunos autores han considerado que, en todo caso, habría que esperar a la interpretación que se realice por Juzgados y Tribunales en relación con el alcance y significado de este precepto tras las nuevas referencias a la subrogación impuestas por una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general¹. Sin embargo, lo cierto es que es posible atisbar que el criterio jurisprudencial va a continuar siendo el hasta ahora conocido a juzgar por pronunciamientos tales como los expresados por el Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, en su Sentencia 983/2017, de 12 de diciembre, recurso 668/2016: *"d).- A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autos- se evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...».* Redacción que pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto - que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influir» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rc 1170/01 -; ... 06/07/16 - rcud 530/14 - ; y 29/03/17 -rc 133/16".

Por otra parte, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación el legislador ha querido precisar en el inciso segundo que lo dispuesto en relación con la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las

cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación, y que cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato.

En relación con el primer párrafo, su contenido se alinea con la literalidad del artículo 86.2 de la Ley 27/1999 de Cooperativas: *“Cuando una cooperativa de trabajo asociado cese, por causas no imputables a la misma, en una contrata de servicios o concesión administrativa y un nuevo empresario se hiciere cargo de éstas, los socios trabajadores que vinieran desarrollando su actividad en las mismas tendrán los mismos derechos y deberes que les hubieran correspondido de acuerdo con la normativa vigente, como si hubiesen prestado su trabajo en la cooperativa en condición de trabajadores por cuenta ajena”*. No obstante, en la medida que el apartado empieza con la expresión *“Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores”*, parece que sugiere que debe entenderse que la subrogación únicamente será exigible si concurren los requisitos del artículo 44 ET, o bien, si así lo dispusiera un convenio colectivo o un acuerdo colectivo de eficacia general que les fuera aplicable.

En palabras de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz: *“En relación con el párrafo segundo pueden plantearse algunas dudas interpretativas a la luz de su literalidad. Teniendo en cuenta que, si concurren los requisitos del artículo 44 ET, la subrogación de la plantilla no es disponible (sino que es una norma imperativa de obligado cumplimiento), salvo que se entienda que el legislador ha introducido esta disposición de forma reiterativa, de la literalidad de este apartado podría extraerse que se está obligando a la subrogación de todas las personas discapacitadas, con independencia de la concurrencia de los requisitos del artículo 44 ET, y de lo que pudiera prever un convenio colectivo o un acuerdo colectivo de eficacia general al respecto, y con independencia también de que quedaran o no dentro de su ámbito de aplicación.*

Asimismo, para los casos de subrogación ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general, esta disposición estaría dando cobertura legal a la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo en estos casos, en cuya virtud aunque los Centros Especiales de Empleo queden fuera del ámbito de aplicación del convenio colectivo, se aplican las cláusulas subrogatorias tanto si el Centro Especial de Empleo es la contratista entrante como la saliente”^{vi}.

Por otra parte, esta previsión deja sin cubrir otras cuestiones de la subrogación tales como el tiempo mínimo del mantenimiento del contrato de trabajo, la posibilidad de movilidad de las personas con discapacidad a otros servicios o las características de la relación laboral entre la persona con discapacidad y el nuevo empleador.

3. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 130.3 dispone que: *“En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”*.

En relación con esta disposición el profesor Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz^{viii} ha puesto de manifiesto los dos principales problemas que introduce y que a continuación analizamos. En primer lugar, el precepto condiciona la obligación de la Administración de asumir la subrogación de personal al hecho de que una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general así lo establezca. Ahora bien, ¿qué ocurriría en el caso de quedar la Administración extramuros del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo o acuerdo de negociación colectiva? La norma no lo especifica, por lo que a priori sería posible cualquiera de estas dos interpretaciones, tanto la que propugna

que sólo le será aplicable dicha obligación en caso de serle aplicable la norma laboral que la impone, como la que propugna que le será aplicable en todo caso al no prever el precepto la necesidad de que dicha norma laboral *“le sea aplicable”*. Ahora bien, si atendemos al principio de precisión y concisión de las norma jurídicas, soportado en la finalidad de no producir leyes interminables, y a la eficacia jurídica que le es propia a un convenio colectivo ex artículo 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“Los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”*, parecería razonable posicionarse a favor de la primera interpretación indicada.

En segundo lugar, la contratación de este personal por la Administración Pública plantea el problema de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público consagrados en los artículos 23 y 103 de la Constitución Española, y artículo 55 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP). Como es sabido, de acuerdo con el artículo 8 del EBEP son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de intereses generales pudiendo clasificarse en: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal), y personal eventual. En cuanto se refiere a los sistemas de acceso del personal laboral el artículo 61.7 EBEP dispone que: *“Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos”*. Por lo tanto, la falta de acceso de este personal subrogable a través de un sistema de concurrencia competitiva basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad va a impedir, absolutamente, su calificación como personal laboral fijo. Sin embargo, su calificación como personal laboral indefinido no fijo tampoco es pacífica a día de hoy toda vez que la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, establece que no podrán ser considerados personal laboral del artículo 8 EBEP los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios o de cualquier otro contrato adjudicado por la Administración Pública^{iv}. Por lo que, al igual que ocurre con la DA 26 LPGE 2017, también en relación con esta previsión habrá que esperar a la aplicación que de la misma realicen los Juzgados y Tribunales en el sentido de optar por la categoría alternativa de “personal subrogable” o mantener la consideración tradicional como “indefinidos no fijos”.

4. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Analizado ya el ámbito de aplicación subjetivo de esta obligación, tanto desde su perspectiva pasiva (personal a subrogar) como desde su perspectiva activa (sujetos obligados a asumir la subrogación), la siguiente cuestión que se analiza es la relativa al alcance de la obligación de informar acerca de las condiciones laborales de este personal que pesa sobre el actual adjudicatario del contrato. En relación con dicho alcance, la redacción del derogado artículo 120 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ha sido sustituida por la contenida en el más detallado último párrafo del primer inciso del artículo 130, por el que se dispone que: *“Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”*. Previsión con la que el legislador viene a resolver las dudas que hasta la fecha habían existido acerca del mismo. Con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma habían sido numerosos los recursos especiales en materia de contratación en los que la parte recurrente consideraba insuficiente la documentación suministrada, por ejemplo por

falta de inclusión en ella de los datos relativos a los salarios que percibían los trabajadores a subrogar, complementos específicos y demás condiciones extraconvenio; considerando insuficiente la mera referencia al convenio colectivo aplicable y vulnerados los principios de transparencia, concurrencia e igualdad de trato. Entre la abundante doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resolviendo estas cuestiones es posible destacar las siguientes resoluciones. En primer lugar, la resolución 879/2014 en la que se reitera la obligación del órgano de contratación de suministrar esta información: “La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Es por tanto el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación. En cuanto al alcance de la información que debe suministrarse, basta con que se indique la relativa al tipo de contrato, antigüedad y salario, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todos los licitadores.

En segundo lugar, la resolución 201/2015 de 27 de febrero, por la que se establece la suficiencia de la información relativa a las retribuciones variables estando aportados los datos de manera agregada: “En el presente caso la información contenida en el Anexo VI completada con la publicada en el perfil del contratante el 21 de enero de 2015, cumple los requisitos expresados. En efecto, el Anexo VI por cada trabajador la antigüedad, categoría profesional, jornada, centro de trabajo, localidad y provincia, a lo que añade la información publicada el 21 de enero de 2015 la expresión específica de los Convenios Colectivos aplicables, que por lo demás puede deducirse de los datos del propio Anexo, de modo que consultando los Convenios Colectivos puede establecerse para cada trabajador las retribuciones correspondiente a los conceptos salario, antigüedad y plus de asistencia. De otra parte la información complementaria publicada el 21 de enero de 2015, da los importes agregados en cómputo anual de las retribuciones correspondientes a los restantes conceptos retributivos, en este caso los variables en función de los diferentes acuerdos globales o personales, distinguiendo entre el importe de la suma de pluses consolidados por los trabajadores en concepto de disponibilidad, guardias y turnos, y el importe de la suma de pluses consolidados por los trabajadores por otros conceptos retributivos distintos de los anteriores.

Dicha información, aun siendo agregada para las retribuciones variables, es suficiente para que los licitadores puedan calcular los costes laborales en su conjunto, lo que es suficiente para formular su oferta, sin que sea necesario individualizar los importes de retribuciones variables consolidadas”.

Y en tercer lugar, la resolución número 751/2017 por la que se estima la insuficiencia de la información facilitada por el órgano de contratación por falta de documentación esencial, como lo es la relativa a los salarios: “Séptimo. (...) Pues bien, según se ha dicho en los antecedentes la información suministrada en la documentación complementaria publicada el 25 de abril de 2017 incluye una relación con los puestos de trabajo, el NIF de cada trabajador, su número de afiliación a la Seguridad Social, el código numérico del tipo contrato, el porcentaje de jornada y la antigüedad, pero no los salarios.

En principio tales datos deberían permitir el cálculo de los costes laborales mediante la aplicación del Convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2012). Sin embargo, es el propio Convenio el que al referirse a la subrogación laboral en el artículo 35 menciona también las condiciones salariales extraconvenio, de las que en modo alguno se da cuenta en los documentos de la convocatoria. Por otra parte, consta también que en el apartado B del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas que el Convenio Colectivo que ha sido tenido en cuenta para el cálculo del presupuesto de licitación es el III Convenio Colectivo para las empresas que tengan adjudicada mediante contrato con alguna administración pública la gestión de la atención especializada en el ámbito de la familia, infancia y juventud en la Comunitat Valenciana y finalmente, en el listado de condiciones de personal que obra en el expediente consta que ha sido facilitado por la Fundación Diagrama, siendo así que en el BOE nº 159

del jueves 4 de julio de 2013 se publicó el Convenio Colectivo de la Fundación Diagrama de Intervención Psicosocial.

En tales condiciones, no puede entenderse que se haya dado la información salarial imprescindible para la evaluación de los costes laborales que implicará la subrogación. El conocimiento de esa información es relevante, sobre todo si se considera que el personal afectado por la subrogación es relativamente muy numeroso, siendo su número incluso mayor del que expresamente se exige en los pliegos (Cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas), por lo que ha de entenderse que se ha infringido el artículo 120 TRLCSP por no haberse suministrado la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Procede en consecuencia la estimación del motivo”.

5. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Una vez conocido el alcance de esta obligación de informar cabría preguntarse acerca de las consecuencias de no atenderlo. ¿Es dable a la Administración entrar a revisar la documentación facilitada por el actual adjudicatario hasta el punto de exigirle la rectificación de la misma? ¿Es posible la imposición de penalidades en caso de no ser atendido el requerimiento de cumplir con aquélla? Las respuestas a estas cuestiones resultan de la doctrina sentada por los Tribunales administrativos de contratación pública en relación con la primera, y de la actual regulación del artículo 130 en relación con la segunda.

La previsión del artículo 130 comprende no sólo la obligación del órgano de contratación de recabar del licitador (actual adjudicatario del contrato) la información necesaria para que los licitadores puedan evaluar los costes laborales de la subrogación, sino también la obligación de comprobar que dicha información es suficiente, y en caso de no serlo la obligación de requerir al actual adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo llegar incluso a aplicar las consecuencias previstas en el pliego para el caso de que incumpla esta obligación. El objetivo final que se persigue es el de garantizar la transparencia e igualdad de trato entre todos los licitadores, eliminando la desventaja competitiva que llevaría aparejado el hecho de tener sólo uno de los licitadores información veraz y completa de los costes laborales aparejados al contrato. En este sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución número 362/2017, de fecha de 29 de noviembre de 2017, en la que señala que: “El deber de información del órgano de contratación conforme al artículo 120 del TRLCSP tiene por finalidad permitir a los licitadores evaluar los costes de la subrogación, pero no prejuzga el alcance definitivo de la misma que, en última instancia, correspondería determinar a la jurisdicción social. La amplitud de dicha información debe incluir los contratos de los trabajadores afectados por la subrogación y los datos esenciales de su relación laboral que permitan conocer sus costes como categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, del cimiento del contrato, salario bruto anual y otros, tal como ha recogido la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y ahora recogida en el artículo 130 de la Ley 9/2017”.

Y precisamente, para evitar estos comportamientos dirigidos a perjudicar a los licitadores en general, y al contratista entrante en particular, el inciso cuarto establece la necesidad de prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares la imposición de penalidades al contratista dentro de los límites del artículo 192 para los casos de incumplimiento de esta obligación.

Por su parte, la obligación del órgano de contratación se limita a suministrar la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que pueda afectar la subrogación, sin prejuzgar el alcance definitivo de la misma, que vendrá determinado, como ya se ha indicado, por las normas de derecho laboral y corresponderá determinar a la jurisdicción social. Pero todo ello, sin perjuicio no sólo de la facultad sino también del deber

de la Administración de entrar a valorar la veracidad de la documentación suministrada, y de requerir si fuera necesario al actual contratista a su corrección. Caso de no hacerlo, la Administración no sólo podrá imponer las penalidades previstas en el pliego, sino que constituye una facultad incuestionable de aquélla la fijación del contenido del contrato y la definición de su objeto de acuerdo con las necesidades reales que traten de cumplirse con la licitación, y dentro de esta potestad, la de fijar el número y características de los trabajadores que estime necesarios para el cumplimiento del contrato, sin tener que estar obligada a aceptar como tales los que el último adjudicatario haya incorporado a la plantilla, pues ello supondría eliminar su potestad configuradora del contrato y obligarle a asumir costes y obligaciones que pueda considerar sobrantes o innecesarios. Así lo ha establecido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 399/2018 de 23 de abril.

6. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Para concluir nuestro análisis procede examinar qué medidas ha establecido el legislador a fin de evitar que puedan derivarse daños para los sujetos obligados por esta medida, tanto desde una perspectiva activa como desde una perspectiva pasiva. En relación con los primeros, el inciso quinto establece que el contratista tendrá acción directa cuando una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, lo que en principio pasaría por la circunstancia de no haber sido capaz dicho órgano de contratación, con carácter previo a la licitación y adjudicación del contrato, de detectar los errores existentes en la documentación suministrada por aquél, y urgirle a su corrección.

En relación con los segundos, el inciso sexto establece que, *“sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos”*. A través de esta previsión el legislador busca asegurar la protección de los salarios y demás emolumentos adeudados a los trabajadores afectados por la subrogación, al margen de proceder ésta de una sucesión de empresas o de una mera sucesión en la ejecución de un servicio^{vi}.

ⁱ Santiago González-Varas Ibáñez, *Tratado de Derecho Administrativo tomo III, Contratación Pública, Comentarios a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público*, Editorial Thomson Reuters, páginas 415-416.

ⁱⁱ Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017.

ⁱⁱⁱ Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017. *“El efecto subrogatorio del personal en casos que impliquen una “recuperación” de los elementos objetivos es ineludible a la luz de la Directiva 2001/23, de la doctrina del TJUE y del art. 44 ET. Mayores dudas puede suscitar la referencia a la sucesión ex convenio o acuerdo de eficacia general, especialmente, si la Administración queda fuera de su ámbito de aplicación (al respecto, como se sabe, la jurisprudencia – entre otras, STS 26/7/2012 (RJ 9976) – y el TJUE – caso CLECE – han negado que las cláusulas subrogatorias le sean aplicables si queda fuera de su ámbito de aplicación). En este sentido, aunque podría interpretarse que en estos casos de reversión la Administración queda obligada a la subrogación aunque quede fuera del ámbito de aplicación del convenio o acuerdo de eficacia general, parece que lo más razonable es entender que la expresión “si así lo establece (...) un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” debe complementarse con la siguiente expresión “que les sea aplicable”. No obstante, también es cierto que la omisión de esta “coletilla” podría acarrear que se interpretara de forma totalmente contraria. Por otra parte, este apartado 3º “contrasta” con el contenido de la DA 26ª LPGE’17, pues, en la medida que el efecto subrogatorio de la Directiva 2001/23 no puede eludirse, como se sabe, ha dejado a los trabajadores afectados*

por una reversión en el “limbo” jurídico al impedir su calificación como indefinidos no fijos. Lo cierto es que, aunque era una solución “imperfecta”, al menos, era la única disponible para estos casos (y parece que sería deseable que se mantuviera, mientras el Legislador no decida aclarar la situación de este colectivo). En todo caso, como he apuntado en otra ocasión, habrá que estar a la expectativa de cómo interpretan esta DA 26^a los Tribunales y si mantienen su calificación como indefinidos no fijos (y, en tal caso, cómo soslayan la literalidad de la citada DA), o bien, optan por la tesis propuesta por la doctrina administrativista de la condición de “personal subrogado” (creándose una nueva figura, y añadiendo más complejidad a la existente). Y, en este último caso, habrá que concretar los efectos que conlleva. Si a efectos extintivos, finalmente, se acaba equiparando a lo que en la actualidad ya se prevé jurisprudencialmente para los “indefinidos no fijos”, no dejaría de ser un “circunloquio jurídico”.

^{iv} DA 26 LPGE: “Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos”.

^v Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz, *Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una mirada crítica de las relaciones laborales*, entrada de 13 de noviembre de 2017: “La redacción de este apartado 6 también resulta algo confusa porque, a pesar de que inicialmente se remite a lo previsto en el art. 44 ET, a continuación, prevé una regla que excepciona la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, al eximir a este último del pago de las deudas pendientes.

No obstante, al margen de esta previsión legislativa ex Ley 9/2017 (y que a priori podría excepcionar el contenido del art. 44 ET), en aquellos casos en los que se produzca un “traspaso” ex Directiva 2001/23 esta exención de responsabilidad del cesionario no parece que pueda ser viable. Especialmente porque el art. 3.1 establece: “Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”.

De modo que, a mi entender, el único supuesto al que puede estar refiriéndose este apartado es a las subrogaciones ex convenio o acuerdo colectivo de eficacia general que exijan una subrogación de plantilla y que el cesionario no asuma a un número de trabajadores que pueda ser calificado como “una parte esencial de la plantilla” del contratista saliente. Fuera de este caso, la exención de responsabilidad prevista en la Directiva sería ineludible (de modo que los trabajadores pueden dirigirse a ambos).

De hecho el apartado 6^o estaría dando amparo legal a lo que ya prevén muchos convenios colectivos, eximiendo de responsabilidad al cesionario de las deudas pendientes del cedente. Posibilidad perfectamente lícita, mientras no se asuma una parte esencial de la plantilla del contratista saliente”

^{vi} Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, 983/2017, de 12 de diciembre, recurso 668/2016

EL CONTROL ¿JUDICIAL? DE LA ADOPCIÓN

María Teresa Pérez Giménez
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
(Acreditada Profesora Titular)
Universidad de Jaén*

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2018

RESUMEN: Adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella para crear una relación de parentesco. La legislación española equipara la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza al determinar los efectos de la relación entre adoptante y adoptado en igualdad de condiciones con la filiación consanguínea sea o no matrimonial.

Por ello y por razón de su trascendencia es, desde un punto de vista procedimental, objeto de una doble evaluación, en primer lugar de la Administración que habrá de determinar la idoneidad de los adoptantes y la conveniencia de la misma y después del Juez quien al constituirla habrá de velar para que se haga con todas las garantías.

Dada la importancia de esta figura y la premiosa regulación existente en relación a la misma, nuestro análisis tiene un doble objeto: de un lado, estudiar el régimen jurídico de la adopción nacional profundizando en alguno de sus aspectos más novedosos, tales como la adopción abierta o el derecho a conocer el origen biológico y de otro lado, indagar en el papel y destacar las funciones de la autoridad judicial a lo largo de todo el procedimiento, dada la tendencia a la administrativización a la que se somete actualmente el proceso.

ABSTRACT: Adopting means integrating a child, who does not belong to the family, into the family unit in order to create a family relationship. The Spanish legislation puts the adoptive filiation on a level with the biological filiation when specifying the relationship effects both for the adopters and the adoptee on equal terms with blood filiations, whether they are marital or not.

For that reason and also, due to its significance, adoption in Spain is, from a procedural point of view, double-checked. First, adoption services will have to issue the adopters' certificate of aptitude if it is considered that the necessary conditions are met in the chief of adoption. Secondly, a judge will constitute the adoption and safeguard it in due process of law.

Finally, because of the importance of adoption and its laboured regulation, this research pursues a double aim. On the one hand, to analyse the legal system of national adoption in Spain, considering some of the newest aspects, such as open adoption or the adoptee's right to know their biological parents' names. On the other hand, to investigate the judge role and highlight the legal authority's functions throughout the adoption process, especially in view of the fact that in Spain the adoption process is currently subject to a great extent to public entities of protection of the minors.

PALABRAS CLAVE: Adopción, adopción abierta, filiación, identidad biológica, interés del menor, protección del menor.

KEYWORDS: Adoption, open adoption, filiation, biological identity, the interest of the underage, child protection.

SUMARIO: 1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. CRITERIOS NORMATIVOS ACTUALMENTE IMPERANTES. 1.1. *INTRODUCCIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE.* 1.2. *ELEMENTOS SUBJETIVOS: EL ADOPTANTE Y EL ADOPTADO.* 2. PROCEDIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. 2.1. *FASE ADMINISTRATIVA: DECLARACIÓN DE IDONEIDAD Y PROPUESTA ADMINISTRATIVA PREVIA.* 2.2. *FASE JUDICIAL: PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.* 3. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN. 4. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN. 5. CONCLUSIÓN FINAL.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA. CRITERIOS NORMATIVOS ACTUALMENTE IMPERANTES

1.1. *Introducción. Régimen jurídico vigente*

A través de la adopción se constituye una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado; de modo que tras la resolución judicial correspondiente que la constituye, el adoptado queda integrado en la familia del adoptante o adoptantes de manera estable e irrevocable, como si de una filiación biológica se tratara;¹ ello comporta, al mismo tiempo, la ruptura de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.²

En España, es en la segunda mitad del siglo XX cuando se produce un importante movimiento normativo fundamentado, sobre todo, en la primordial idea de reforzar los vínculos entre adoptantes y adoptados, ampliando los efectos de la adopción para conseguir su equiparación con la filiación consanguínea. No obstante ello, se puede considerar la adopción como una medida subsidiaria, frente a otras medidas de protección, que se reserva para los casos en los que no es posible la defensa o cuidado de los menores recurriendo a medidas menos contundentes.

Este proceso se ha llevado a cabo fundamentalmente a través de la aprobación de las siguientes leyes, a las que a lo largo de estas páginas haremos referencia³ y que han querido, de alguna manera, configurar un marco jurídico uniforme en materia de adopción para todo el territorio español que minimice las discrepancias entre las Comunidades Autónomas:

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de Adopción.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. (LAI).
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008. Instrumento de ratificación por España de 16 de julio de 2010.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. (LPIA).

¹ Los principales efectos que ello conlleva son: derecho a utilizar los apellidos de los padres adoptivos; los recíprocos derechos hereditarios y el derecho-obligación de alimentos respecto a los ascendientes y hermanos. Se debe destacar también que los nuevos vínculos que nacen afectan no solo a los padres adoptivos sino a toda la familia, convirtiéndose en hijo, pero también en hermano, nieto, sobrino... etc.

² Con la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la *adopción abierta*, proveniente de los países anglosajones, se permite que en algunos casos se mantengan vínculos personales con la familia de origen. En cualquier caso, los impedimentos matrimoniales subsisten.

³ Con anterioridad a estas normas, destacamos la importancia de otras tales como: Ley de 24 de abril de 1958; Ley 7/1970, de 4 de julio y Ley 11/1981, de 13 de mayo.

La adopción se regula en el Código civil en los artículos 175 a 180, dentro del Libro I, *De las personas*, en el Título VII, *De las relaciones paterno filiales*, en el Capítulo V, *De la adopción y otras formas de protección de menores*, en la Sección 2ª titulada *De la adopción*. Su modificación ha sido muy profunda afectando, sobre todo, a los elementos personales, a su procedimiento de constitución, a los efectos y a la posibilidad de extinción.

1.2. Elementos subjetivos: el adoptante y el adoptado

El artículo 175 del Código civil contiene los requisitos subjetivos que han de reunir el adoptante y el adoptado. Revisamos su contenido modificado por la Ley 26/2015.

a) **EDAD:** El adoptante debe ser mayor de veinticinco años. Se exige pues, una capacidad de obrar especial para poder adoptar, pues no es suficiente con haber alcanzado la mayoría de edad, los dieciocho años, sino que se exige un plus de madurez para poder ejercer y desarrollar las funciones parentales.

En el caso de que la adopción sea realizada por dos personas será suficiente con que una de ellas tenga dicha edad; si bien el otro habrá de ser al menos, mayor de edad o menor emancipado, dado que debe tener capacidad de obrar suficiente para consentir por sí mismo la adopción.

En cualquier caso, debe existir una diferencia mínima de dieciséis años entre adoptante y adoptado, aumentándose por tanto en dos años la que se exigía con anterioridad a la reforma de la Ley 26/2015⁴ y aquél no podrá tener más de cuarenta y cinco años, seguramente con la intención de asemejarlo a las edades ordinarias que permiten y aconsejan la procreación biológica y evitar al mismo tiempo, que por razones de excesiva edad no se pueda proteger adecuadamente al menor; salvo que se trate de la adopción del hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por una relación de convivencia *more uxorio*.

Siendo dos los adoptantes será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptado. No obstante, esta limitación no se tiene en cuenta y la diferencia de edad podrá ser mayor cuando se trate de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales; con la finalidad fundamental, se entiende, de facilitar la adopción en estos casos más complicados y de favorecer que los hermanos puedan permanecer juntos haciéndose eco del principio fundamental del interés superior del menor.

b) **MENORES:** Únicamente pueden ser adoptados menores no emancipados, personas, por tanto, que realmente pueden encontrarse necesitadas de protección y cuidados.⁵ Como vemos, no se exige ninguna edad mínima de modo que una vez producido el nacimiento, cabe la adopción.⁶

Sin embargo, sí podrán ser adoptados incluso siendo mayores de edad, cuando inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o una convivencia estable durante al menos el periodo de un año.⁷ El legislador en este punto ha modificado bastante la situación anterior: así, antes de la reforma de la Ley 26/2015 se exigía que la situación de convivencia no se hubiera interrumpido de modo que se pudiera asegurar una verdadera coexistencia y relación entre los implicados iniciada además antes de que el menor hubiera cumplido los catorce años. En la actualidad estos requisitos no se mantienen; se exige que la convivencia sea *anterior* a la emancipación y que dure *un año*, si bien no se especifica que deba ser continuado aunque debe ser estable, lo que entendemos compatible con separaciones físicas temporales, por razones, por ejemplo, de trabajo.

⁴ En igual sentido el artículo 9.1 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

⁵ La emancipación se obtiene en España a partir de los 16 años, ya sea por concesión de los padres o por concesión judicial.

⁶ Dejamos, por tanto, al margen de la posibilidad de adopción al *nasciturus*. En este sentido, S. LÓPEZ "Artículos 175 a 180 del Código civil". *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dirección R. BERCOVITZ. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 650.

⁷ Suponemos que se refiere a un régimen de tutela o de guarda de hecho.

Para el caso de que sea posible la adopción, el menor debe haber sido declarado adoptable. Es decir, no sólo debe existir la necesidad para él de protección, sino que además, la adopción debe ser considerada como la mejor opción para el menor en concreto.⁸

c) PROHIBICIONES: En ningún caso se puede adoptar a un descendiente; a un pariente en segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad; al pupilo por su tutor en tanto se aprueba definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, como medida que garantice que el tutor cumplirá adecuadamente con una de las obligaciones inherentes a su cargo, la rendición de cuentas; a no ser que la acción para exigirla haya prescrito una vez pasados cinco años desde que terminó sus funciones.

Tampoco podrá ser adoptante aquél que no pueda ser tutor por darse alguna de las causas de inhabilidad contempladas en el Código civil⁹; de modo que estando esta situación debidamente demostrada impedirá, sin necesidad de otras resoluciones, que esa persona pueda ejercer las funciones parentales como progenitor adoptivo.

d) Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjuntamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.¹⁰

El problema añadido que plantea esta materia es si es necesario o no que la unión *more uxorio* esté inscrita en el registro correspondiente de uniones de hecho. El artículo 175. 4 no lo pide expresamente; por su parte el artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores, si bien hace referencia en el apartado uno, letra a) a los matrimonios y a las parejas de hecho *registradas*, en el apartado dos, dice literalmente que igualmente tendrán la posibilidad de ampliar el alcance del presente Convenio a las parejas que vivan juntas en el marco de una relación estable, sin más. Para el Convenio europeo en ambos casos se podría adoptar. Y estamos de acuerdo con ello pues desde nuestro punto de vista tan pareja de hecho es aquella que no se ha inscrito pero convive de manera estable en una relación análoga a la conyugal como la que está inscrita.

Sin embargo, consideramos que lo más razonable será enfocar su consideración en atención a los requisitos que exijan las diferentes normativas autonómicas sobre las parejas de hecho pues la problemática deriva entonces a la cuestión de su acreditación. Por ejemplo, en la normativa andaluza sobre parejas de hecho,¹¹ el artículo 3 considera como tal la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Ahora bien, otra cosa es probar su existencia. Para ello caben dos posibilidades: hacer la declaración correspondiente ante el titular del órgano encargado del Registro o ante el Alcalde, concejal o funcionario en quien se delegue o bien mediante el otorgamiento de escritura pública u otro medio de prueba admisible en Derecho. Tras ello, serán objeto de inscripción en el Registro instituido al efecto, de lo que se derivan dos consecuencias inmediatas, la presunción *iuris tantum* de convivencia y el poder disfrutar de los beneficios y derechos previstos para ellas. En consecuencia, interesa que estén inscritas, si bien tanto la declaración de voluntad como la misma inscripción hacen flaquear la propia naturaleza de la pareja *de hecho*.

Por otro lado, podrán adoptar tanto matrimonios como parejas de hecho heterosexuales y homosexuales.¹²

⁸ Este es el principio de *subsidiariedad* de la adopción frente a otras medidas de protección de menores. Sin lugar a dudas, el lugar idóneo para el crecimiento de los menores es su familia biológica. Por ello, la Administración debe establecer las medidas y brindar los apoyos necesarios para que los deberes de protección que competen a los padres en relación a sus hijos sean una realidad; si fuera necesario recurriendo a su familia extensa; y sólo de manera excepcional optar por la total separación de la familia dando lugar al procedimiento de adopción.

⁹ Ver artículos 243 y 244 del Código civil.

¹⁰ La posibilidad de adoptar por parejas de hecho ya estaba contemplada en la Disposición Adicional 3ª de la Ley 21/87, de 11 de noviembre. Ahora se prevé también en la Ley 26/2015.

¹¹ Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho. Ver artículos 3, 5 y 6.

¹² Ver artículo 44. 2 Código civil y Disposición adicional 1ª Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ver también artículo 7.2 del Instrumento de ratificación del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

El matrimonio o la pareja de hecho celebrado o constituida con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge o conviviente la adopción de los hijos de su consorte o pareja; se entiende que éste habrá de someterse al procedimiento ordinario con la declaración de idoneidad incluida, si bien el legislador no ha especificado nada al respecto.

e) **NOVEDAD:** Se permite la adopción conjunta incluso en casos de crisis de pareja en los siguientes términos: en caso de que el adoptado se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, la separación o divorcio o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta, siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptado con ambos cónyuges o con la pareja de hecho, durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Quizá con esta previsión, el legislador ha querido equiparar la situación de los hijos adoptivos con los hijos biológicos que pueden verse involucrados en un proceso de ruptura, separación o divorcio que no debería de afectar en la relación con sus progenitores, cuando estos menores ya están integrados satisfactoriamente en la vida familiar;¹³ a nuestro juicio, siendo esto así, la realidad nos lleva en la mayoría de las ocasiones por otros derroteros y es muy difícil encontrar parejas y matrimonios que lleven adelante su situación de crisis sin ocasionar daños de una u otra índole a sus hijos menores, que deben asumir la separación de sus padres; es por ello, que al menos se puede poner en duda la conveniencia de esta vía de adopción que sólo puede explicarse desde una convivencia previa que haya procurado al menor dos referentes con quienes ha establecido vínculos de similar intensidad, ambos satisfactorios e interrelacionados¹⁴ y poner de relieve la trascendencia que adquiere en estos casos la efectividad del principio de protección del menor.

2. PROCEDIMIENTO Y CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria una propuesta previa de la Entidad pública a favor del o de los adoptantes que haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.

El procedimiento actual de adopción mantiene dos fases: una primera fase en la que corresponderá a la Administración valorar si los adoptantes son idóneos y en su caso, hacer la propuesta correspondiente al Juez; y una segunda fase, de constitución judicial de la adopción.

2.1. Fase administrativa: declaración de idoneidad y propuesta administrativa previa

Para que se constituya la adopción por el Juez se requiere propuesta de la Entidad pública formulada por escrito, acompañada de la declaración de idoneidad, en la que se especifiquen las razones de la elección. El de adopción es un procedimiento en el que la Administración juega un papel de control muy importante, al efecto de garantizar como exponía el Preámbulo de la Ley 21/87, la más adecuada selección de los adoptantes y al mismo tiempo evitar el repugnante tráfico de menores.

A efectos prácticos, la competencia territorial corresponde a los organismos de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales a las que con arreglo a la ley corresponda en el territorio en cuestión la protección de los menores. De hecho, esta etapa, previa a la judicial, se regula a través de la legislación autonómica.

¹³ J. RUIZ-RICO. “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2016, págs. 7-8. (BIB 2016/862).

¹⁴ R. BARBER, “ La filiación adoptiva”. *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Dir. M. YZQUIERDO y M. CUENA. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 668.

Tras la solicitud de los interesados, esta fase debe iniciarse con la *declaración de idoneidad* de los adoptantes, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, supone la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores que se van a adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.¹⁵ La realiza la entidad protectora de menores de la Comunidad Autónoma, será notificada a los adoptantes y tiene una vigencia de tres años, pasados los cuales es necesario actualizarla.¹⁶

En realidad, el plazo de tres años al que nos referimos en el párrafo anterior lo establece el artículo 10.3 de la Ley de Adopción Internacional que podría aplicarse analógicamente a este supuesto, dado que se admite la posibilidad de solicitar una única declaración de idoneidad, que pudiera servir tanto para la adopción nacional como para la internacional, con el fin de economizar tiempo y recursos. El Código civil no contempla ningún plazo al respecto, con lo que recurrimos a aquél con carácter subsidiario, entendiendo que al tener la declaración de idoneidad carácter genérico, por no estar referida a un proceso de adopción determinado, no debería admitirse una declaración de idoneidad *sine die* pues las circunstancias que dieron lugar a su formulación positiva pueden haber cambiado. La protección del menor exige, entendemos, su renovación y puesta al día.

Esta declaración de idoneidad debe reunir tres presupuestos: de un lado, una *valoración psicosocial* sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para entender al menor en función de sus singulares circunstancias. De otro lado, debe ser formalizada mediante la correspondiente *resolución administrativa* y por último, debe ser *previa* a la propuesta de adopción.

Todo ello debe llevar a la demostración de la capacidad, aptitud y motivación adecuadas de los adoptantes tanto para ejercer las funciones como progenitores como para, en su caso, asumir las consecuencias previsibles o no, que se deriven de la integración del menor en su familia. Podríamos hablar de una *idoneidad continuada* que debe existir en el momento de la constitución y conservarse para el futuro. En atención a lo anterior, podemos definir los conceptos mencionados del siguiente modo:

La CAPACIDAD: Entendida como el conjunto de condiciones, de cualidades y de aptitudes de los adoptantes que les permitirán el desarrollo correcto y adecuado de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

La APTITUD: Considerada como habilidad natural en los adoptantes para adquirir cierto tipo de conocimientos o para desenvolverse de forma adecuada en su relación con los menores que van a quedar bajo su cuidado y sometidos a su protección.

La MOTIVACIÓN: Se evalúa el interés, el motivo o la razón que mueve a los adoptantes a establecer este vínculo irrevocable con el adoptado.

En atención a estas circunstancias, el Código civil considera que nunca podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad, tengan suspendido su ejercicio o tengan confiada la guarda de su descendencia a la Entidad pública.

¹⁵ En este sentido, ya el artículo 10 del Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008, hacía referencia a que la autoridad competente solo podrá declarar una adopción cuando haya llevado a cabo investigaciones adecuadas sobre el adoptante, el menor y su familia. Estas investigaciones se refieren, entre otras posibles, a la personalidad, la salud y el entorno social del adoptante, su vida de familia, la instalación de su hogar, su aptitud para criar al menor; los motivos por los que desea adoptar; la adaptación recíproca del menor y el adoptante; la personalidad, la salud y el entorno social del menor; su ámbito familiar; los orígenes étnicos, religiosos y culturales del adoptante y del menor.

¹⁶ Expone B. GÓMEZ, "El sistema de protección de menores en España". *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 452, que la no idoneidad debe ser motivada e implica la imposibilidad de presentar nuevos ofrecimientos para adoptar durante un tiempo determinado. Se trata de una resolución recurrible ante los tribunales. Ver artículos 778 a 780 LEC.

Los candidatos a convertirse en padres adoptivos deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad pública o las instituciones de integración familiar que con ella colaboren. Se puede tratar de entrevistas individualizadas o de sesiones grupales en función del número de interesados en esta cuestión.

Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que según el artículo 178.4 último párrafo, en la declaración de idoneidad se debe hacer constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían que el menor mantuviese relaciones con su familia de origen, esto es, si su posición sería favorable a una adopción abierta.

A nuestro juicio, la oposición de los adoptantes no debería afectar negativamente a la declaración administrativa de idoneidad, sino tener un valor neutral; siendo en el caso afirmativo, un dato a tener en cuenta por parte de la Administración al efecto de coordinar adecuadamente las posibilidades de adopciones abiertas. No obstante, es cierto que si el interés del menor aconseja el mantenimiento de relaciones con la familia de origen, no podrá ser considerado como adoptante más idóneo quien se haya manifestado en contra de tal posibilidad.¹⁷

El efecto fundamental de la declaración de idoneidad es manifestar que determinadas personas son aptas para adoptar en abstracto.¹⁸ Ahora será la Entidad pública la que seleccione a quienes considere más adecuados de entre los declarados idóneos a través de una resolución que habrá de remitir al Juez. Es cierto que para los posibles adoptantes se crea una expectativa de adopción pero deben entender que en ningún caso están automáticamente seleccionados para adoptar.¹⁹

Finalmente, se debe destacar que la Entidad pública podría delegar mediante resolución motivada la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que hayan sido declaradas idóneas y determinadas para su adopción. Es la figura que se conoce como *guarda con fines de adopción*.

Esta figura viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo configurándose en la actualidad como una etapa del procedimiento de adopción; teniendo los guardadores los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.²⁰ Durante este periodo se realiza un seguimiento para valorar la adaptación, integración y mantenimiento de las condiciones básicas por las que se les consideró idóneos para la adopción.

En este caso, la Entidad pública antes de la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, previa audiencia de los afectados y del menor, si tuviera suficiente madurez y siempre si fuera mayor de doce años. Esta situación se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o removidos de la tutela. Como se expone, el artículo 176 bis del Código civil prevé la delegación de la guarda con carácter previo a la presentación de la propuesta, pero no se encuentra inconveniente para hacerlo al tiempo de la presentación e incluso después,

¹⁷ Plantea J. RUIZ-RICO, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. *Guía práctica de las crisis matrimoniales*. Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 589, que no especifica el precepto las consecuencias que tendría el cambio de postura del adoptante en el tiempo que medie entre la declaración de idoneidad y la constitución de la adopción; si bien, considera que el interés del menor probablemente aconsejaría la negativa del Juez a la adopción.

¹⁸ M. ALBERRUCHE, “Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de adopción”. *La Ley Digital* 360. Núm. 7, 2015, pág. 2, ve aquí un síntoma más de la intensa administrativización que está sufriendo el Derecho Civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores.

¹⁹ H. DÍEZ, “Comentario artículos 175 a 180”. *Comentarios al Código civil*. Tomo II. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pág. 1894.

²⁰ A. LÓPEZ, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, págs. 61 y 62, compara ambas figuras y concluye que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ellas; se trata mas bien de un cambio meramente terminológico y de hecho se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares.

habida cuenta de la existencia de una situación de desamparo y de que se trata de favorecer al menor propiciando para él un ambiente de familia.

Se puede plantear una duda de interpretación en relación al consentimiento que exige el artículo 176 bis del Código civil, pues no se señala expresamente qué es lo que deben consentir los adoptantes, si la guarda o la adopción. A nuestro juicio, el precepto se refiere a la primera pues dada la situación de desamparo en la que se encuentra el menor y teniendo en cuenta que el consentimiento se ha de prestar en presencia del Juez a quien se ha de presentar la propuesta de adopción, se trata de una medida de urgencia que evitará buscar otra familia o que el menor tenga que ingresar en un centro de protección. Dada la premura de la medida es lógico que los futuros adoptantes tengan que dar su consentimiento ante la Entidad pública para la guarda y con posterioridad darlo para la adopción ante la autoridad judicial.²¹

La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y en todo caso antes de transcurridos tres meses desde que se acuerda la delegación de la guarda con fines de adopción. No obstante, este plazo de tres meses para hacer la propuesta podría prorrogarse hasta un año, si la Entidad pública considera necesario establecer un periodo mayor de adaptación a la familia, siempre pensando en el interés del menor. Es decir, la prórroga de tres meses a un año para favorecer la adaptación conlleva la ampliación del plazo para hacer la propuesta de adopción. Ahora bien, en cuanto al periodo de duración del acogimiento en sí mismo considerado dado su carácter familiar y temporal, entendemos que su duración podría ser hasta de dos años prorrogables con vistas a la adopción.²² En este caso, se debería permitir a los propios guardadores formular la solicitud de adopción de acuerdo con el artículo 176. 2. 3º del Código civil.

En este periodo se producirá la plena participación del menor en la vida de la familia que lo acoge que tendrá que velar por él y cumplir el resto de las obligaciones derivadas de la patria potestad, si bien al no haberse aún constituido la adopción no se produce la integración jurídica en dicha familia. Esta guarda se lleva a cabo con un carácter transitorio y con las miras puestas en la adopción. Se prevé, sin embargo, durante este periodo la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen.

Acabará la guarda preadoptiva cuando el Juez dicte la resolución de adopción aunque también podría considerarlo no procedente en cuyo caso la Entidad pública deberá determinar la medida de protección más adecuada para el menor.

Por último, el artículo 176. 2 señala de manera taxativa y concluyente los casos en los que resulta posible iniciar el expediente de adopción de manera privada, sin ser necesaria la propuesta previa de la Entidad pública, sino haciendo directamente la solicitud el adoptante al Juez. Se trata de los supuestos en los que en el adoptado se da alguna de las siguientes circunstancias: 1) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2) Ser hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante; 3) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o bajo tutela del adoptante; 4) Ser mayor de edad o menor emancipado.²³

²¹ S. LÓPEZ, "Artículo 180 del Código civil". *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 668, lo ve al contrario. Considera que deben consentir la adopción de ese menor concreto adelantándose el trámite del artículo 177. 1 del Código civil y realizándose ante la Entidad pública, si bien después de nuevo se ratificará ante el Juez. En igual sentido, C. CALLEJO, "Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia". *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 6, 2017. (BIB 2017/2108), pág. 17, a quien sin embargo, llama la atención el hecho, de que a diferencia de lo que ocurre en el acogimiento, no se les exija su consentimiento para la delegación de la guarda.

²² Ver artículo 173 bis) 2. b).

²³ Aclara S. LÓPEZ, "Artículo 180 del Código civil". *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 663, que en estos casos tampoco se procederá a la declaración de idoneidad del adoptante, pues esta se presume por razón del parentesco existente, la existencia de una convivencia previa de ambos y la madurez del adoptado, según el caso. Estas circunstancias hay que alegarlas y acreditarlas.

Incluso para los tres primeros supuestos se prevé expresamente la posibilidad de constituir la adopción aunque el adoptante hubiera fallecido, si se diere alguna de las siguientes situaciones con carácter alternativo, bien que ya hubiera prestado ante el Juez su consentimiento o bien que este hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Esta última posibilidad introduce una importante excepción a la prestación del consentimiento en presencia del Juez tal como dispone el artículo 177. 1 del Código civil por lo que debe entenderse en sentido estricto como una singularidad.²⁴ En estos casos, el efecto de la resolución judicial se retrotrae a la fecha de prestación del consentimiento. Seguramente se trata de una previsión que se incorpora en atención al interés superior del menor, aunque se ha de reconocer que los efectos del establecimiento del vínculo de filiación serán, en tales hipótesis, de carácter principalmente patrimonial.²⁵

2.2. Fase judicial: procedimiento de jurisdicción voluntaria y constitución de la adopción

En la actualidad la regulación del expediente de adopción se recoge en los artículos 33 a 40 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en base a los cuales se determina la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad pública que tenga encomendada la protección del adoptado y en su defecto, el del domicilio del adoptante.²⁶

La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, con la finalidad de agilizarlo y que ello suponga una protección extra para el adoptado y se practicará con la intervención del Ministerio Fiscal, no siendo necesaria la asistencia ni de abogado ni de procurador. El expediente en cuestión se iniciará con el escrito de propuesta de adopción formulada por la Entidad pública o mediante la solicitud del adoptante cuando esté legitimado para ello; en cualquier caso, a instancia de parte.

En el primer caso, como hemos señalado, previa la declaración de idoneidad del adoptante; en el segundo supuesto, en el que no se requiere la propuesta previa, el ofrecimiento para la adopción se presentará por escrito en el que exprese por una parte, sus condiciones personales, familiares y sociales; los medios de vida con los que cuenta y cuál es su relación con el adoptado; y de otra parte, justifique que concurre alguna de las circunstancias exigidas que le exoneran de tener que llevar a cabo la propuesta administrativa previa.

Por su parte, el artículo 177 del Código civil²⁷ recoge algunos aspectos sustantivos esenciales determinando quienes habrán de prestar su consentimiento, manifestar su asentimiento o bien ser oídos en audiencia.

Así, habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años sin tener que estar asistido por ningún representante legal. Esto es, se reserva exclusivamente esta manifestación de voluntad para las personas entre las cuales se va a constituir el vínculo jurídico de filiación adoptiva. Se trata por tanto, de un requisito constitutivo de la adopción y que por ello afecta a su propia existencia. Es previo a que el Juez tome su decisión y además tiene carácter personalísimo.

Por su parte, habrán de asentir a la adopción, admitiendo que este vínculo que se va a crear es lo más conveniente, de un lado, el cónyuge o pareja de hecho del adoptante salvo que medie separación o divorcio o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en el caso ya expuesto de que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta. Es evidente que la adopción va a afectarles tanto a nivel personal como patrimonial y con este

²⁴ S. LÓPEZ, "Artículo 180 del Código civil". *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pág.664, dice que solo cabe la excepción cuando el futuro adoptante esté en peligro de fallecer y una vez que se haya producido la muerte. En caso contrario, debe prestarse ante el Juez.

²⁵ J. RUIZ-RICO, "Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia". *Guía práctica de las crisis matrimoniales*. Aranzadi, Pamplona, 2017, pág.587.

²⁶ Se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria que finaliza mediante auto. Si existiera oposición, se convertirá en contencioso y tras citación a los interesados a una vista por el secretario judicial, se tramitará de acuerdo a lo previsto para el juicio verbal. En cualquier caso, según el artículo 4 del Convenio europeo en materia de adopción, la autoridad competente solo constituirá la adopción cuando tenga la convicción de que esta satisface el interés superior del menor, dando especial importancia a que se le proporcione un hogar estable y armonioso.

²⁷ Actualizado de acuerdo con la LPIA.

asentimiento se trata de asegurar una atmósfera apropiada para la incorporación del menor a la vida de la familia, lo que podría no verificarse en caso de que existiera oposición. De otro lado y de igual modo, los progenitores biológicos del adoptado que no se halle emancipado, a no ser que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación; no requiriéndose tampoco si estuvieran imposibilitados para prestarlo. En este caso, su participación es necesaria pues la adopción provocará la extinción del vínculo con el hijo y la consiguiente pérdida de la patria potestad y desaparición de las obligaciones inherentes a la misma. Como importante limitación, este mismo precepto *in fine* determina que en las adopciones que requieran propuesta previa, que son casi todas, lo que se asiente es el hecho de la adopción y que por tanto el asentimiento de los progenitores no podrá referirse a adoptantes concretos. Los adoptantes no se eligen.

Como novedad, tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores suspendidos de la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de desamparo, sin oposición a la misma, o cuando hubiera sido desestimada.

Por último, se ha de destacar que el asentimiento de la madre biológica no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días previstos en la normativa anterior.²⁸ Se trata de asegurarle un periodo de tiempo prudente que le permita la recuperación y reflexión sobre el asentimiento.

Con carácter general, tanto los consentimientos como los asentimientos deben otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.²⁹

Para el caso de que la adopción se constituyese *post mortem*, tras el fallecimiento del adoptante, se flexibiliza este aspecto en el sentido de admitir la validez del consentimiento que el adoptante ya hubiera prestado ante el Juez o si hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Por su parte, los asentimientos podrán emitirse tanto ante el Juez durante la tramitación del expediente como con carácter previo a la iniciación del mismo ante la correspondiente Entidad pública o en documento público, lo que se sujeta a un periodo de caducidad de seis meses, transcurridos los cuales habrán de comparecer de nuevo en presencia del Juez.³⁰

Por último, y al margen de los consentimientos y asentimientos, existe un importante y obligatorio trámite de audiencia, como ocasión que se ofrece a los interesados de realizar alegaciones que informen e iluminen la decisión del Juez sin que dichas argumentaciones sean vinculantes para el mismo; así, se ofrece esta oportunidad a los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad cuando su asentimiento no fuera necesario;³¹ al tutor y en su caso, la familia acogedora y el guardador o guardadores; y al adoptado menor de doce años en atención a su edad y madurez.³²

²⁸ El artículo 5.5 del Convenio europeo también contempla este plazo de seis semanas, pero para prestar el *consentimiento*, no el asentimiento.

²⁹ El artículo 5.2 del Convenio europeo dice que las personas cuyo consentimiento se requiere deberán proveerse del asesoramiento necesario y estar debidamente informadas acerca de sus consecuencias, en especial en lo referente al mantenimiento o ruptura de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen.

³⁰ Ver artículos 176.4 del Código civil y 37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

³¹ Ver artículos 177. 2.2 y 177. 3.1 del Código civil. En concreto: 1. Cuando el adoptado sea mayor de edad o menor emancipado. 2. Cuando los progenitores estén incurso en causa de privación de la patria potestad, pero aún no hayan sido privados de la misma. 3. Cuando hayan quedado suspendidos de la patria potestad como consecuencia de la asunción por la Administración de la tutela automática y no hayan impugnado la declaración de desamparo en el plazo de dos años o lo hayan hecho sin éxito.

³² Estoy de acuerdo con A. LÓPEZ, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. En *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, pág. 68, quien considera que se debería haber mantenido la audiencia de la Entidad pública a fin de valorar la idoneidad de los adoptantes cuando no sea necesaria su propuesta previa, tal y como establecía el antiguo 177.3.4º, sobre todo si se atiende a la intensa *administrativización* que inspira la reforma.

Tras todo lo anterior, la adopción se constituirá mediante resolución judicial en forma de auto que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Dicho auto debe acceder al Registro Civil e inscribirse al margen del nacimiento del hijo adoptivo, produciendo a partir de entonces el cierre registral respecto de terceros, quienes a través del mismo no deberían poder conocer la existencia de la adopción. La publicidad de estos datos queda restringida, siendo sólo accesible a los adoptantes y al adoptado mayor de edad y en su caso, a terceros que justifiquen un interés legítimo y obtengan una autorización especial.³³ Contra dicho auto se puede interponer recurso de apelación que de nuevo tiene carácter preferente, atendiendo al interés superior del menor, y que no produce efectos suspensivos.

3. EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

La adopción es irrevocable, lo cual es perfectamente lógico dada la trascendencia de sus efectos y el cambio de integración familiar que supone, de modo que no puede quedar al capricho o cambio de ánimo de los sujetos en ella implicados, y en particular de los adoptantes.³⁴ Y ello es así, porque es efecto fundamental de la adopción la equiparación de las filiaciones, como establece el artículo 108 del Código civil; de modo que la filiación adoptiva produce los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, matrimonial y no matrimonial, no sólo entre adoptantes y adoptado sino también entre éste y el resto de la familia de aquéllos.

De este primer efecto de integración en la familia de adopción se deduce que los progenitores tendrán la patria potestad respecto del menor lo que conlleva a su vez la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarle y administrar sus bienes. Le transmitirán sus apellidos siguiendo las reglas existentes al respecto; regirá para ellos, en su caso, la obligación legal de alimentos entre parientes; y por supuesto, tendrá los derechos sucesorios que le correspondan ya sea como legitimario, ya sea como heredero abintestato, dado el principio de igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia del origen de su filiación. A ello se añadirá en caso de ser extranjero, la adquisición de la nacionalidad española de origen y la obtención de la vecindad civil de los adoptantes.

En coherencia con este planteamiento, el Código civil declara la extinción de los vínculos entre el adoptado y su familia biológica excepto en lo relativo a los impedimentos matrimoniales que se mantienen vigentes. No obstante ello, esta regla general tiene dos importantes excepciones: por un lado, que el adoptado sea hijo del cónyuge o pareja de hecho del adoptante y por otro lado, que sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado y este efecto sea solicitado por el adoptante, el adoptado y el progenitor cuyo vínculo se quiere mantener.

³³ Explica R.M. ANGUITA, “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 11, 2016, pág. 11, (BIB 2016/85672), que si los adoptantes lo solicitan cabe la cancelación formal de la inscripción originaria de nacimiento, practicando un nuevo asiento, siendo la adopción objeto de una inscripción principal de nacimiento. De este modo, se evita la superposición de filiaciones, y no aparece rastro alguno de la filiación adoptiva. Sólo se incluyen los datos registrales de la inscripción anterior (libro, folio, página), sin mencionar el hecho de la adopción. M. de LORENZI, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Dykinson. Núm. 8, Enero-Julio, 2016, pág. 112, entiende que la Resolución Circular de la DGRN de 31 de octubre de 2005, en materia de adopciones internacionales debería considerarse nula por ser contraria a normas de rango superior.

³⁴ C. LASARTE, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, 2016, pág.334.

Sin embargo, la principal novedad en esta materia reside en la introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de la conocida como *adopción abierta*.³⁵ Se trata de una situación excepcional importada del derecho anglosajón que consiste en la posibilidad de mantener relación o contacto con algún miembro de la familia de origen a través de visitas o de comunicaciones, a pesar de la extinción de los vínculos de parentesco.

Según el propio preámbulo de la ley se intenta con ello flexibilizar la adopción sobre todo de menores adolescentes, que presenta mayores complicaciones, al objeto de hacer un tránsito más suave que facilite la *pérdida* a la familia de origen y que permita que el menor se beneficie de una vida más estable en su familia de adopción manteniendo los vínculos con la anterior, en especial con sus hermanos.³⁶ Se está pensando probablemente en los casos de menores que no han perdido el contacto con sus familiares de origen durante la etapa precedente a la adopción, pues la ruptura tajante de estos contactos, no sólo perjudicaría al menor sino que podría dificultar la adopción misma al provocar el rechazo por parte de los familiares.³⁷ En cualquier caso, es importante destacar que si bien se mantienen los vínculos afectivos, la regla general de extinción de los vínculos jurídicos se mantiene.

En él se explica también que existen, en general, dos vías de constitución. Una de ellas, a través del acuerdo privado entre las partes con supervisión y apoyo de las Entidades públicas y otra, que es la que sigue nuestro modelo, que debe ser confirmada por el Juez a quien corresponderá, en su caso, decidir también sobre su posible modificación o finalización.

A ella se refiere el artículo 178.4 del Código civil del que pueden extraerse las siguientes ideas que consideramos de gran interés:

- a) Se apela de nuevo al principio de interés superior del menor³⁸ para su establecimiento. Interés del menor que deben valorar tanto la Entidad pública para proponérselo al Juez como éste para determinarla.
- b) La adopción abierta la propondrán la Entidad pública o el Ministerio Fiscal.
- c) En la declaración de idoneidad se debe reflejar si quienes se ofrecen a la adopción están dispuestos a este tipo de adopción.
- d) Se requiere el consentimiento de la familia adoptiva³⁹ y del adoptado mayor de doce años. Si no alcanzara esta edad, será oído siempre que su madurez lo aconseje.

³⁵ Artículo 178.4 LPIA. Se da en países tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Se pueden considerar como antecedentes en España, el artículo 235.47.4 del Código civil de Cataluña según el cual: “la autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la Entidad pública competente o del Ministerio Fiscal puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los casos del artículo 235.44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor” y el artículo 74.1 de la Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia que dispone: “Las personas menores de edad tendrán derecho a conservar los vínculos afectivos con sus hermanos y a tal fin la Administración procurará que todos ellos sean acogidos o adoptados por una misma persona o familia y en caso de separación, tratará de facilitar la relación entre ellos”.

³⁶ Si la relación se va a mantener con hermanos biológicos y estos son menores de edad y están adoptados por otra familia, se requiere que se encuentren también en régimen de adopción abierta.

³⁷ Así lo explica J. RUIZ-RICO, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. *Guía práctica de las crisis matrimoniales*. Aranzadi, Pamplona, 2017, pág. 589. Considera C. CALLEJO, “Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 6, 2017, pág. 21, (BIB 2017/2108), que el aumento de la edad de los menores que se encuentran a la espera de ser adoptados incide en el interés del legislador para encontrar fórmulas que faciliten su adopción. Esto ha llevado a introducir la adopción abierta en nuestro Código civil.

³⁸ M.T. PÉREZ, “Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial”. En *El principio de igualdad ante el Derecho privado*. Coord. Verdera Izquierdo. Madrid, 2013, págs. 72 a 75.

³⁹ Entendemos que se refiere al o a los progenitores adoptivos. Es muy dudosa la redacción del artículo que no aclara bien si siendo menor de doce años debe prestar su consentimiento en función de su madurez o sólo debe ser oído.

- e) El Juez será quien al constituir la adopción lo haga con el carácter de abierta, determinando su periodicidad, duración y condiciones.
- f) La Entidad pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las comunicaciones y visitas, haciendo las pertinentes propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años.
- g) El Juez puede solicitar nuevos informes sobre la marcha de la relación si pasados los dos años iniciales lo considera necesario.
- h) Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de la adopción abierta la Entidad pública, la familia adoptiva, la familia de origen⁴⁰ y el menor con más de 12 años o menor de esta edad pero con suficiente madurez.
- i) El Juez acordará también su modificación o extinción.

A nuestro juicio, el legislador es algo confuso en su redacción y no se expresa con la claridad que sería deseable para una figura de nuevo ingreso en nuestro Ordenamiento jurídico. En concreto, entendemos que existe ambigüedad en algunos aspectos, así por ejemplo no queda rotundamente claro, si la competencia que tiene el Juez le viene dada de oficio o a instancia de parte aunque nos inclinamos más por esta segunda posibilidad; y tampoco vemos clara la equiparación de determinados conceptos como modificación-suspensión, y finalización-supresión.⁴¹

Sea como fuere, consideramos que establecer una adopción abierta requiere un alto grado de consenso, previo conocimiento del alcance de la misma y de generosidad por parte de todos. Entendemos que se hará por el bien del menor, para proteger sus intereses y para favorecer su adaptación, pero apreciamos que mantener el equilibrio no debe ser fácil y que tanto los padres adoptivos como los familiares de origen, que vayan a mantener estos contactos, deben ser plenamente conscientes del triángulo que se crea pues realmente la relación no se va a mantener de manera aséptica entre el menor adoptado y los familiares de origen de que se trate, sino que de alguna manera afecta también a los padres de adopción.⁴²

Ahora bien, si lo que busca en el caso concreto son adopciones cooperativas, abiertas a la comunicación y a la colaboración entre la familia adoptiva y la biológica porque existen condiciones estables que lo aconsejen y no se fuerzan situaciones de difícil convivencia ni se fuerza a personas a crear o mantener vínculos fácticos, sería una buena opción, manifestada desde el inicio en el expediente de idoneidad.⁴³

A nuestro juicio, la labor que debe desarrollar la Entidad pública es importantísima en este tipo de adopción, no sólo a la hora de valorar las circunstancias que la aconsejen para hacer la propuesta al Juez; sino también después a la hora de supervisarla, valorar su desarrollo y al tiempo de hacer las correspondientes proposiciones de modificación, mantenimiento o extinción, en su caso. La tarea del Juez, por supuesto, es crucial también pues finalmente es quien haciéndose eco del superior interés del menor, la constituye.

Por otra parte, y aunque la adopción sea irrevocable, el artículo 180. 5 y 6 del Código civil⁴⁴ introduce el *derecho a conocer la propia identidad biológica*, el origen biológico de la persona adoptada. El fundamento de este derecho se halla en la conciencia social actual

⁴⁰ Entendemos que en concreto aquéllas personas a quienes se hubiera autorizado para la comunicación y visitas. El concepto que se utiliza *los miembros de la familia de origen que se considere* es demasiado indefinido.

⁴¹ Los estudia A. LÓPEZ, "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia". En *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, pág.73.

⁴² El propio artículo 178. 4 dice que podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones *entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva*.

⁴³ R. M. ANGUIA, "La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado". *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 11, 2016, (BIB 2016/85672), pág.16.

⁴⁴ Introducido por la Ley 54/2007, de adopción internacional y modificado por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ver también artículo 30 del Convenio de la Haya de 1993.

sobre la importancia que para la construcción de la identidad tiene el conocimiento de la propia familia, así como las primeras circunstancias sociales.⁴⁵ Por esta razón, a los adoptados se les reconoce, una vez que alcanzan la mayoría de edad, o antes a través de sus representantes legales el derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos.⁴⁶

Se trata como dice el profesor LASARTE de una cuestión sumamente compleja, delicada y vidriosa que hace difícil tomar una posición decidida a favor o en contra de la misma, pues a pesar de lo que pueda mostrar de favorable, seguramente la búsqueda de orígenes biológicos genere mayores problemas que ventajas, de índole psicológica, de desarraigo familiar y social; sin olvidar que confluyen y colisionan el derecho del hijo al conocimiento de su origen y el derecho del o de los progenitores a la protección de su intimidad personal y familiar.⁴⁷

En cualquier caso, para hacer efectivo este derecho, el adoptado deberá acudir en primer lugar al Registro civil ya que la adopción se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento, reflejando todos sus datos y los relativos a su filiación por naturaleza. Si no encontrara en él la información que busca y para reforzar este derecho, se impone a las Entidades públicas una doble obligación: de un lado, asesorar y prestar a través de sus servicios especializados la ayuda que se precise; de otro lado, asegurar la conservación de la información de que se disponga relativa al menor, en concreto sobre la identidad de sus progenitores y la historia médica del menor y de su familia durante un periodo de cincuenta años⁴⁸ desde el momento en que ésta se haya hecho definitiva.⁴⁹

Para que esto sea factible, cualquier entidad pública o privada tendrá obligación a su vez de facilitar a la Entidad pública o al Ministerio Fiscal los informes y antecedentes necesarios

⁴⁵ R. BARBER, “ La filiación adoptiva”. *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Dir. M. YZQUIERDO y M. CUENA. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 750.

⁴⁶ M. de LORENZI, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Dykinson. Núm. 8, Enero-Julio, 2016, pág. 112, dice que en el Derecho civil español hay cuatro reglas que reafirman este derecho y una que la vulnera. En el primer sentido, caben citar la constancia registral del nombre de la progenitora como punto de partida para el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos del adoptado y la prohibición del parto anónimo; la consagración de los deberes de la Administración de reunir y conservar la información así como de prestarla al serle requerida, y de los padres de comunicarla al hijo; el reconocimiento de una acción por la que encauzar la pretensión de conocer los orígenes biológicos y el mantenimiento de alguna forma de relación con los miembros de la familia de origen como paliativo de los efectos de la disposición legal que dispone entre ellos la ruptura de los vínculos jurídicos. Por el contrario, la regla que contrasta con este panorama legislativo, es la que permite a los adoptantes solicitar que se extienda una nueva inscripción del nacimiento durante la minoría de edad del adoptado en la que sólo consten los datos relativos a la adopción sin mención alguna a la filiación biológica anterior salvo los datos registrales de la inscripción de esta última (número de libro, folio y página) que queda formalmente cancelada en la casilla de observaciones.

⁴⁷ C. LASARTE, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, 2016, pág.338. Menciona también el artículo 235 del Código civil de Cataluña que establece la obligación para los padres de comunicar a su hijo que es adoptado tan pronto como tenga suficiente madurez y en todo caso antes de los doce años, salvo que esta información fuera contraria al principio de interés del menor. Para L. GARCÍA y M. LINACERO, “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado”. *Observatorio de la infancia*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Madrid, 2006, págs. 69 y 109 y ss, se configura como un derecho de la personalidad. Ante la posible pugna frente al derecho a la intimidad de los progenitores biológicos, lo consideran prioritario y entienden que no se podría negar información a la persona que la solicite. Eso si, con la necesaria reserva de actuaciones y respeto de los derechos legítimos de terceros. En el mismo sentido, R. M. ANGUITA, “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 11, 2016, pág. 6, (BIB 2016/85672). M. de LORENZI, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Dykinson. Núm. 8, Enero-Julio, 2016, pág. 104, lo considera como un derecho humano, fundamental y autónomo.

⁴⁸ En el mismo sentido el artículo 22. 5 del Convenio europeo en materia de adopción de menores.

⁴⁹ Aclara S. LÓPEZ, Artículo 180 del Código civil”. *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 697, que la adopción se hará definitiva a partir del momento en que los padres biológicos ya no puedan solicitar su extinción conforme al artículo 180.2 del Código civil, es decir dos años desde la constitución, por lo tanto la obligación de conservar los datos durará cincuenta y dos años desde que la adopción se constituye.

sobre el menor cuando le fueran requeridos. Si estos se negaran a prestar la información, se les podría requerir por vía judicial.

De todas formas, es importante destacar que este derecho está limitado al acceso a información sobre los orígenes biológicos, pero en ningún caso legitima al adoptado al ejercicio de acciones de reclamación de la filiación, invocando su derecho a la verdad biológica.⁵⁰ Tiene pues una eficacia meramente declarativa y va referido en exclusiva al adoptado y no a sus descendientes. Por tanto, no se podrá utilizar dicha información para otros usos distintos del señalado, so pena de incurrir en una vulneración del derecho a la protección de datos personales.⁵¹ Sin olvidar, por otra parte, que en los supuestos de adopción internacional es posible que la legislación de los países de procedencia impida el acceso a los datos de identidad en determinados supuestos, con lo que quedará limitada a lo reflejado en los expedientes de la Entidad pública y organismos acreditados que intervengan.

4. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

El Juez acordará la extinción de la adopción según el artículo 180 del Código civil a petición de cualquiera de los progenitores que sin culpa por su parte no hayan intervenido en el expediente con su asentimiento o audiencia según el caso. Para ello, la demanda debe haberse interpuesto en el plazo de los dos años siguientes a la adopción y siempre que dicha extinción no perjudique gravemente al menor. Si el adoptado fuera mayor es necesario su consentimiento expreso.

De este precepto se deduce que dado el carácter irrevocable que tiene la adopción, la única circunstancia que permitiría extinguirla es que los padres biológicos del menor no hubieran podido intervenir en el expediente por causa que no les fuera imputable. De algún modo, se ampara a los padres por naturaleza. Ellos serán quienes estarán legitimados activamente para interponer la demanda frente a los padres adoptivos,⁵² ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de éstos, sustanciándose las actuaciones judiciales por los trámites del juicio ordinario que corresponda, siendo preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. Ahora bien, para que esta acción de extinción de la adopción prospere se deben dar los siguientes requisitos:

En primer lugar, los padres deben interponer la acción de nulidad en el plazo de los dos años siguientes al momento de constitución de la adopción por resolución firme del Juez. Se trata de un plazo de caducidad.

En segundo lugar, tienen que acreditar que si no comparecieron en el expediente de adopción fue por causas ajenas a los mismos, sin su culpa.

Por último y a nuestro juicio de máxima importancia, la extinción que se pide no debe perjudicar gravemente al menor. Se trata de aplicar desde otro punto de vista el principio de protección del menor. Durante el procedimiento de constitución de la adopción se tuvo en cuenta para llevarla a cabo y ahora de nuevo se somete a juicio para dejarla sin efecto. Es el Juez quien tiene en última instancia esta enorme responsabilidad y quien tendrá que decidir si la extinción provoca o no esos graves perjuicios. Es fundamental el papel de la

⁵⁰ M. UREÑA, "Novedades más significativas en el Código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Núm. 15, 2015, pág.148.

⁵¹ S. LÓPEZ, "Artículo 180 del Código civil". *Las modificaciones al Código civil del año 2015*. Dir. R. BERCOVITZ, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pág. 697. El artículo 13 de la Ley de Adopción Internacional se remite expresamente a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en cuanto al tratamiento y cesión de los datos e información obtenidos de acuerdo con el artículo 180 del Código civil.

⁵² Según B. GESTO, "El procedimiento de adopción: extinción y nulidad". *El procedimiento de adopción*. Aranzadi, 2013, pág. 1, (BIB 2013/ 3265) si la adopción se ha constituido a propuesta de la Entidad pública, también debería dirigirse la demanda frente a ella, o cuando menos, tendrá la posibilidad de solicitar su entrada en el proceso como tercero interviniente, pues resulta obvio su interés en el resultado del pleito.

autoridad judicial en esta valoración pues se plantean problemas humanos de gran contenido ético y moral y no precisamente desprovistos de conflictos emocionales. El eje inspirador para el Juez debe ser el velar de modo decidido por los intereses de los menores, ponderando las circunstancias específicas de cada caso concreto para alcanzar la solución más razonable, justa y equitativa.

Si se cumplen todos estos presupuestos, el Juez decidirá mediante sentencia la extinción de la adopción. En caso contrario, desestimaré la demanda manteniendo su vigencia. Para el primer caso, desaparecida la adopción constituida se pierden los vínculos jurídicos existentes con la familia de adopción, se pierden los apellidos, el derecho de alimentos y los derechos sucesorios. En contrapartida, todo ello se recupera en relación a la familia biológica. No obstante, se mantienen subsistentes la nacionalidad y vecindad civil adquiridas y la extinción no afectará a los efectos patrimoniales producidos mientras la adopción estuvo vigente.

Frente a la sentencia dictada por el Juez se puede interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y a su vez frente a ella cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En otro orden de ideas, al margen de la extinción se podría pensar en la viabilidad de la acción de nulidad de la adopción bien por haberse constituido contraviniendo normas de carácter imperativo o bien por infracción de normas procesales.⁵³ Se trata de un tema complejo dada la naturaleza mixta del acto constitutivo de la adopción y si bien la doctrina es unánime en considerar que la infracción de normas imperativas acarrearán la nulidad de la adopción, existe desacuerdo acerca de cuál ha de ser el procedimiento para instarla y las causas concretas que pueden fundarla.⁵⁴ Por poner algún ejemplo de las primeras, por estar más relacionado con el objeto de nuestro estudio, podríamos hacer referencia al incumplimiento de los requisitos de edad, prescindir del consentimiento de adoptantes o adoptado, el asentimiento de la madre sin respetar el plazo de seis semanas actualmente impuesto, no respetar las prohibiciones para adoptar que reflejamos al inicio del estudio, vicios de la voluntad, omisión de trámites, defectuoso cumplimiento de los mismos, etc.

5. CONCLUSIÓN FINAL

El estudio realizado de la adopción en España nos lleva a concluir que a pesar de la importante administrativización a la que se tiende tras las nuevas reformas legislativas acontecidas, no es menos cierto que el papel que en el desarrollo y control de la misma juega la autoridad judicial sigue vigente y es de vital importancia. Pongamos algún ejemplo.

Así, en relación a la valoración de la idoneidad, que como se ha expuesto tiene carácter genérico, pues en principio no va vinculada a un adoptado determinado, lo que es lógico en atención a que su concreción se producirá con posterioridad. Ello no es un impedimento para que después el Juez pueda valorarla de nuevo referida a un adoptado concreto teniendo en cuenta por supuesto, el interés prevalente del mismo; siendo él quien va a aprobar o denegar esa adopción a pesar de que la competencia, a priori, la tenga la Entidad pública; de modo que aún cuando para ésta la idoneidad se reúna, la última palabra la tiene la autoridad judicial quien hará el control pertinente en el proceso concreto. En conclusión, aunque sea la Entidad pública la encargada de valorar la idoneidad de los adoptantes, ello no impide que posteriormente el Juez vuelva a controlarla. Tiene pues, la última palabra.

Para llevar a cabo la adopción deben darse los consentimientos señalados; en caso contrario, no puede constituirse. Sin embargo, el Juez no queda vinculado por ellos, pudiendo denegar la adopción si resultare más conveniente para el interés del menor, pudiendo además

⁵³ Lo estudia con gran detalle B. GESTO, "El procedimiento de adopción: extinción y nulidad". *El procedimiento de adopción*. Aranzadi, 2013, págs. 10 a 18. (BIB 2013/3265).

⁵⁴ R. BARBER, " La filiación adoptiva". *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Dir. M. YZQUIERDO y M. CUENA. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 748.

practicar cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción se hace con esa intención. Ello quiere decir que la acumulación de todos los trámites estudiados no vincula al Juez y que por ello, podrá negar fundadamente la constitución de la adopción tras el enjuiciamiento de las circunstancias concretas. De igual modo, y en caso afirmativo el expediente de adopción termina con auto que tiene efectos constitutivos de la adopción. Quien la constituye es, por tanto, el Juez. No es una resolución administrativa sino judicial. Tiene pues, la última palabra.

En relación a la adopción abierta tampoco resulta vinculado por la propuesta ni en relación a los familiares con los que se podría mantener la relación y el contacto, sino que la acordará o no, según considere más conveniente para el interés del menor. No se trata, como en otros Ordenamientos jurídicos, de un acuerdo privado entre las partes, supervisado y apoyado por las Entidades públicas, sino que debe existir la correspondiente confirmación judicial. La adopción abierta no es la regla general sino una situación excepcional que previa propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, podrá decidir el Juez si entiende que se producen las circunstancias determinadas por el legislador. De igual modo, será competente para decidir sobre el mantenimiento de las relaciones entre familiares, en su caso; así como su periodicidad y condiciones. Tiene pues, la última palabra.

En caso de extinción de la adopción es requisito que esta no perjudique gravemente al menor. Y en esta materia, de nuevo, el Juez tiene un importante margen de libertad a la hora de tomar esta decisión, que queda a su prudente arbitrio. Tiene pues, la última palabra.

En definitiva, observamos que la administrativización en última instancia supone descargar funciones atribuidas al Juez en las Entidades públicas. A nuestro juicio es positivo que se alivie el peso de la autoridad judicial en aquellas actividades que se puedan llevar a cabo desde las Entidades públicas, y por ello entendemos que debe existir una perfecta coordinación entre ambos, si bien consideramos que es un acierto que en materia tan sensible como es la protección de los menores se opte por una supervisión que otorgue mayores garantías a través del control judicial, y que sea el Juez quien en aras de la protección del menor, tenga la última palabra.

BIBLIOGRAFÍA

- A. LÓPEZ “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2016.
- B. GESTO, “El procedimiento de adopción: extinción y nulidad”. *El procedimiento de adopción*. Aranzadi, 2013, pp. 1 a 18. (BIB 2013/3265).
- B. GÓMEZ, El sistema de protección de menores en España”. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Aranzadi, Pamplona, 2016, pp.435 a462.
- C. CALLEJO, “Cuestiones controvertidas en las nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 6, 2017., pp. 1 a 30. (BIB 2017/2108).
- C. LASARTE, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid, 2016.
- H. Díez, “Comentario artículos 175 a 180”. *Comentarios al Código civil*. Tomo II. Dir. R. BERCOVITZ. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 1884 a 1953.
- J. RUIZ-RICO, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2016, pp. 1 a 10. (BIB 2016/862).

J. RUIZ-RICO, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”. *Guía práctica de las crisis matrimoniales*. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 569 a 595.

L. GARCÍA y M. LINACERO, El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado”. *Observatorio de la infancia*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Madrid, 2006.

M. ALBERRUCHE, “Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en materia de adopción”. *La Ley Digital 360*. Núm. 7, 2015, pp. 1 a 10.

M. de LORENZI, “El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente?”. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Dykinson. Núm. 8, Enero-Julio, 2016, pp. 101 a 124.

M. T. PÉREZ, Violencia en el ámbito familiar: menores y crisis matrimonial”. *El principio de igualdad ante el Derecho privado*. Coord. B. VERDERA. Madrid, 2013, pp. 55 a 84.

M. UREÑA, “Novedades más significativas en el Código civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Núm. 15, 2015, pp. 145 a 148.

R.M. ANGUITA, “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Núm. 11, 2016, pp. 1 a 21. (BIB 2016/85672).

R. BARBER, “La filiación adoptiva”. *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Dir. M. YZQUIERDO y M. CUENA. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 619 a 753.

S. LÓPEZ, “Artículos 175 a 180 del Código civil”. Las modificaciones del Código civil del año 2015”. Dir. R. BERCOVITZ. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pp.647 a 698.

AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSO CON PREVALIMIENTO: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

María Gavilán Rubio
Jueza Sustituta Comunidad de Madrid
Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario María Cristina

Fecha de recepción: 8 marzo de 2018
Fecha de aceptación: 2 de abril de 2018

RESUMEN: El presente artículo parte de una breve reseña de la evolución legislativa de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual, para posteriormente encuadrar el objeto de análisis: la agresión sexual mediante intimidación y el abuso sexual con prevalimiento. Sendas figuras delictivas, distinguidas por una delgada línea roja, son analizadas exhaustivamente desde un punto de vista jurisprudencial, aplicándolas a la reciente, y polémica, sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, concluyendo la posible necesidad de revisar la legislación al efecto.

ABSTRACT: This article begins with a brief overview of the legislative evolution of crimes against sexual freedom and indemnity, then frame the subject for analysis: sexual assault by intimidation and sexual abuse with undue influence. Both offenses, distinguished by a thin red line, are thoroughly analyzed from a jurisprudential view, applying them to recent and controversial ruling 38/2018 of the Provincial Court of Navarra, concluding the possible need to revise legislation to that effect.

PALABRAS CLAVE: Abuso sexual, agresión sexual, intimidación, prevalimiento, libertad sexual, indemnidad sexual.

KEYWORDS: Sexual abuse, sexual assault, intimidation, undue influence, sexual freedom, sexual indemnity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. III. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN. IV. SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN CASOS DE REVERSIÓN DEL SERVICIO POR LA ADMINISTRACIÓN. V. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VI. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR. VII. DEPURACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DENOMINADOS DELITOS SEXUALES

Bajo la rúbrica de "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales" "estos delitos se ubican en el Título VIII de nuestro Código Penal. El término "libertad sexual" se introdujo en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, superando así la expresión "honestidad". Con la Ley Orgánica 11/1999 de 11 de abril se añadió el término "indemnidad" de forma que se conforma la rúbrica actual "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

En nuestro código penal de 1848, bajo el Título "Delitos contra la honestidad", se agrupaban varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. Primeramente, los delitos de adulterio y amancebamiento. Posteriormente, la violación, definida como "yacimiento" con mujer en alguno de estos tres supuestos: 1) usando violencia o intimidación; 2) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; 3) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Son las tres modalidades que ostentaban la definición jurídica de la violación en el derecho penal español a lo largo de un siglo y medio. A continuación, en el capítulo tercero, se recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores, y por último el delito de raptor con miras deshonestas. Al igual que en la actualidad, en las disposiciones comunes se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida. Así mismo, también se establecía que "el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida".

Se trataron de forma unificada los supuestos considerados más graves, castigando con la misma pena el yacimiento por la fuerza ("violación propia") y al yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido ("violación impropia"). Este criterio unificador que atribuye la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la "violación impropia", perdura hasta el nuevo código penal de 1995. Sólo con la reforma de 1989, se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para incluir como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres.

Hasta dicha reforma, el ataque a la honestidad, conforma una jurisprudencia restrictiva respecto a lo que podía considerarse violación. La exigencia de "fuerza o intimidación" como requisito típico, lo que se convierte en la exigencia de oposición expresa de la víctima al acometimiento del autor. El acervo probatorio termina por producir una doble victimización en la mujer que no se hubiera resistido lo suficiente según podía constatarse por la ausencia de marcas plausibles de violencia. De hecho, la violación realizada bajo intimidación, podía desembocar en una sentencia absolutoria si la mujer se doblegó antes de verificar en su cuerpo que el agresor estaba dispuesto a utilizar la amenaza de herirla¹.

En este contexto, las mujeres de "mal vivir", o sospechosas de costumbres licenciosas, no encajaban como posibles víctimas de una violación, supuesta su proclividad a aceptar el trato sexual². La violación era considerada como la pérdida de la honestidad y ésta pérdida como una desgracia irreparable para la mujer.

Junto a la figura de la violación encontrábamos en este código los abusos deshonestos que consistían en la agresión violenta de una mujer sin intención de "yacer" con ella, se consideraba un "atentado al pudor".

Con la reforma de 1989 se produce un cambio en el enfoque de los delitos sexuales. La modificación del título del grupo de delitos como "delitos contra la libertad sexual" supuso la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de estas infracciones, y de la superación de la única posibilidad de "acceso carnal" vaginal, para equiparar en cuanto a gravedad la

¹ A. ASÚA, "Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político" en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género* editado por Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998. PP 1-14

² A. ASÚA, "Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político" en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, cit nota 1.

penetración vaginal, anal y bucal. El significado tradicional de la violación no se va a reducir a la invasión genital del cuerpo de las mujeres. El Título VIII, "*De los delitos contra la libertad sexual*" comienza con un capítulo I dedicado a las denominadas "*agresiones sexuales*" caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad opuesta del sujeto pasivo. Junto al tipo básico del art. 178, la figura agravada del art. 179 recoge las agresiones que comportan una mayor intensidad sexual basada en la invasión corporal de zonas de "mayor intimidad" como penetración vaginal o anal, bucal o mediante objetos. El art. 180 recoge agravaciones específicas. En el Capítulo II, se recogen los "*abusos sexuales*", como actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima (art. 181), donde se incluyen ataque por sorpresa, o utilización sexual de persona privada de sentido. Por otro lado, se recogían los actos de significación sexual realizados con menores de 12 años, supuestos que siempre se consideran "no consentidos"; y los realizados con personas que padezcan trastorno mental, en tanto se haya "abusado" de dicho trastorno para acceder al trato sexual. En capítulo separado, Capítulo III, se recoge la incriminación del "*acoso sexual*" como novedad del código; el Capítulo IV se dedica a los delitos de "*exhibicionismo y provocación sexual*" delimitados por razón de la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo; y por último el Capítulo V a los delitos "*relativos a la prostitución*".

Con el código penal de 1995 se introduce la nueva rúbrica, de "Delitos contra la libertad sexual", ampliada, como ya hemos dicho a "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual". El Bien jurídico protegido es por tanto la libertad y la indemnidad sexual. La libertad sexual entendida como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y a la disposición del propio cuerpo para ejercer la sexualidad en libertad. Esta libertad tiene dos dimensiones, una positiva y otra negativa; una dimensión positiva constituida por la capacidad del sujeto para disponer de su cuerpo a efectos sexuales; la dimensión negativa sería el derecho de una persona a no verse involucrado en comportamientos de naturaleza sexual no deseados. La indemnidad sexual, inicialmente era entendida como ausencia de daño, actualmente podemos concretarla en el bienestar psíquico y la consecución de un normal y adecuado progreso en la formación sexual de los menores o incapaces, evitando que los adultos decidan sobre sus comportamientos sexuales, o sean objetos sexuales, lo que puede causar daños traumáticos a la víctima³.

El núcleo de desvalor de la conducta tipificada ha de recaer en que no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, asumiendo derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. Por ello, una relación sexual impuesta se convierta en un acto de violencia o de dominación. Tradicionalmente se exigía como elemento típico de esos delitos la concurrencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor. Este requisito hoy debe superarse, debiendo centrarnos en que la situación típica se trata de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, debiendo ser indiferente que el autor se excite sexualmente o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejar a la víctima. Así las cosas, las agresiones y abusos sexuales podrían entenderse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, constituyendo una agravante el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima constituyen una lesión de la intimidad o de la integridad moral; incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la integridad moral, pues el único significado sexual lo tiene para el autor, y no para la víctima.

La LO 1/2015 de 30 de marzo introdujo modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obligó a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil,

³ M. GAVILÁN, "Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual" en M.GAVILÁN *Asesoría y proceso penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

2. AGRESIÓN SEXUAL Y ABUSOS SEXUAL CON PREVALIMIENTO: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

El tipo básico de agresión sexual se contiene en el art. 178 del código penal:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.”

Para analizar los elementos que requiere el tipo tradicionalmente se distinguía

- 1.- Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual.
- 2.- Que ese elemento objetivo o contacto corporal se realice con violencia o intimidación. Es decir, la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo para practicar la opción sexual que desee con la persona que elija.
- 3.- Elemento subjetivo que se expresa en el clásico ánimo libidinoso o propósito de obtener un satisfacción sexual.

Por otro lado, el art. 179 del código penal contiene el denominado delito de violación:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.”

Como vemos, la agresión sexual es violación cuando existe el abuso carnal.

Por lo que se refiere al abuso sexual con la agravante de prevalimiento, debemos acudir en primer lugar al tipo básico de abuso sexual. El tipo básico lo encontramos en el art. 181.1CP:

“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.”

El delito de abuso sexual, se diferencia de la agresión sexual, en que en esta última sólo tienen cabida los comportamientos acompañados de violencia o de intimidación, dado que en ambos la acción básica está constituida por la realización de actos no consentidos que atenten contra la libertad sexual de la persona y supone la concurrencia de los siguientes componentes:

- 1) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico, siempre con significado sexual.
- 2) Un elemento subjetivo o tendencial que viene definido como “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción del apetito sexual del agente.

Por tanto, nos encontramos ante una figura de ataque a la libertad sexual en la que no se produce la imposición coactiva de la conducta, pero ésta se realiza sin mediar consentimiento. En los abusos sexuales existe una conducta determinante del comportamiento sexual, que en ausencia de violencia o intimidación, admite diversas modalidades, desde el simple actuar sin la voluntad de la víctima, hasta el obtener dicha

voluntad mediante el abuso de superioridad o el engaño; por esta razón se extraen del ámbito de las agresiones sexuales.

El art. 181.3 CP recoge la figura del abuso sexual con prevalimiento:

“3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

El prevalimiento, según jurisprudencia, exige la concurrencia de tres elementos: 1º) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta. 2º) Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima. 3º) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (*STS 1518/2001, de 14 de septiembre*).

3. AGRESIÓN SEXUAL MEDIANTE INTIMIDACIÓN Y ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO: DISTINCIÓN DE AMBAS FIGURAS DELICTIVAS EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

La STS 630/2016 de 14 de julio, analiza pormenorizadamente el concepto de prevalimiento, y considera que se ha aplicado indebidamente la agravante de abuso de confianza, por entender que se viola el principio *non bis in ídem* al valorarse las mismas circunstancias en el prevalimiento.

El tratamiento que se hace del prevalimiento es el siguiente: El prevalimiento, conforme a esta sentencia, que califica el delito, consiste precisamente en el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Se refiere y cita expresamente las *SSTS. 480/2016, de 2 de junio*, *411/2014, de 26 de mayo*, *553/2014, de 30 de junio* y *355/2015, de 28 de mayo*, haciendo expresa mención a “la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95”, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, ordinariamente en el sentido de endurecer su tratamiento penal, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en “bis in ídem” para evitar sancionar doblemente una misma conducta o motivo de agravación.

Ello sucede si en los supuestos en los que la calificación del abuso se fundamenta exclusivamente en la concurrencia de prevalimiento, es decir en el abuso de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, se añade como agravante genérica el abuso de confianza, pues este abuso va ínsito ordinariamente en el propio concepto de prevalimiento. Así cabe deducirlo, por ejemplo, de la reforma operada por la *Ley 1/2015, de 30 de marzo, que al definir una modalidad de prevalimiento en la nueva redacción del artículo 182*, se refiere a una situación de “*abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*”, vinculando de forma manifiesta el abuso de confianza con el abuso de superioridad.

El prevalimiento se configura como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de las partes, en la que una de ellas se encuentra en manifiesta posición de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta derivada de su relación laboral, docente, familiar, cuasifamiliar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su capacidad de decidir sobre la relación sexual requerida. Para el diccionario, prevalerse es valerse o servirse de una calidad que confiere una posición de privilegio o depara alguna ventaja. En consecuencia, en el caso actual la doble circunstancia de la diferencia de edad y la relación cuasifamiliar, es la que determina el prevalimiento, sin que esta última relación deba configurar una causa autónoma de agravación genérica.

La Sala II del Tribunal Supremo ha estimado la apreciación de la agravante de abuso de confianza en supuestos de abusos sexuales de menores, pero genéricamente referida a

abusos sobre menores de trece años, en los que la tipificación delictiva no exige abuso de una situación de superioridad, sino que se sanciona cualquier abuso por estimar que en estos casos el consentimiento siempre está viciado. En estos supuestos, en efecto, cuando además de la edad inferior a trece años concurre como circunstancia adicional el abuso de confianza, esta agravación puede sancionarse cumulativamente, como sucede también en los supuestos en que se condena por tipos diferentes al abuso con prevalimiento, como la agresión sexual (*STS 844/2015, de 23 de diciembre*, *STS 1010/2011, de 30 de septiembre*, *STS núm. 161/2004, de 9 de febrero*, *STS núm. 768/2004, de 18 de junio* o *STS núm. 1918/2000, de 11 de diciembre*). En cambio en otros supuestos en que se condena por abuso con prevalimiento de mayores de trece años no se aplica la agravante de abuso de confianza (*STS 488/2014, de 11 de junio* o *STS núm. 785/2007 de 3 de Octubre*).

El *artículo 67 CP*, dentro de las disposiciones generales de los delitos establece la denominada regla de inherencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio "*non bis in ídem*", que proscribe con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico (ver *STS 1214/02* y las citadas en la misma), principio que, aunque no reconocido expresamente en la *Constitución, se ha considerado directamente emanado del de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1* de la misma (*STS 801/03*).

De forma que a tenor de esta sentencia se entiende por prevalimiento el aprovechamiento de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, que no puede darse junto con el abuso de confianza por concurrirse en *non bis in ídem*, salvo abusos a menores de 13 años (actualmente con la reforma 16 años).

En *STS 834/2014* de 10 de diciembre, puesto que la defensa, recurrente, cuestiona la condena por agresión, la sala II argumenta el concepto de violencia o intimidación. Entiende la Sala que las alegaciones del recurrente mal no concilian con la jurisprudencia de esa Sala respecto del significado de la violencia como elemento del tipo previsto en el *art. 178 del CP*. Entiende la Sala que "... *la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" (*STS 578/2004, 26 de abril*) y que "... *siendo la agresión sexual un delito que ataca a la libertad sexual, la violencia o intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y tal infracción delictiva se cometerá en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite a anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer*" (*SSTS 70/2002, 25 de enero* y *578/2004, 26 de abril*). También hemos estimado concurrente la violencia física, tratándose de menores víctimas de un delito contra la indemnidad sexual, en el hecho de "... *agarrar fuertemente del brazo a la niña*" (*STS 919/2003, 19 de junio*), en la sujeción de una menor de 13 años por los hombros (*STS 914/2008, 22 de diciembre*) y, en fin, en asir del brazo a una niña e introducirla en un ascensor donde se desarrollaron los hechos (*STS 439/2004, 25 de marzo*). En consecuencia afirma la correcta subsunción de los hechos en el tipo que sanciona la agresión sexual.

También esta Sentencia se pronuncia sobre el concepto de prevalimiento. *En relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, se describe el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima". En reiterados precedentes -cfr. por todos SSTS 1165/2003, 18 de septiembre y 785/2007, 3 de octubre -, hemos declarado que "...el prevalimiento típico exige una relación de superioridad del sujeto activo con respecto al pasivo que debe ser aprovechada por el primero para la realización del acto atentatorio a la libertad sexual. En tanto que el primero puede ser constatado de forma objetiva, el segundo, el aprovechamiento de la situación ha de ser inferido de forma racional por el órgano jurisdiccional y debe expresarlo en la sentencia". Y en la STS 935/2005, 15 de julio, dijimos que el prevalimiento "...se configura genéricamente como un supuesto de desnivel*

notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta".

Por tanto y en síntesis, esta sentencia entiende por violencia aplicable a estos delitos la violencia típica que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación. La violencia o intimidación deben vencer la voluntad contraria de la víctima, la conducta típica se cometerá en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer.

Por otra parte, si analizamos la STS 460/2017 de 21 de junio podemos encontrar la necesidad que se establece por la Jurisprudencia de probar la oposición de la víctima para poder hablar de agresión sexual. La Audiencia entendió que colocar boca abajo a la víctima sujetándole con una de sus manos los brazos de la misma, situándose el acusado con el cuerpo encima de aquélla, como no podía ser de otro modo, no garantiza la realización de la penetración, efectuada sin resistencia alguna y sin necesidad de utilizar ningún otro mecanismo violento.

Lo que sí debe quedar claro, entiende el Supremo, es que la sentencia de instancia nada recoge en relación a la amenaza o la intimidación psíquica que podría explicar con mayor dosis de verosimilitud, la inacción y la actitud meramente pasiva de la mujer. Así pues, de suceder los hechos como se relatan en el factum, ni ha tenido lugar el acto intimidatorio o de contenido amenazante (no consta en el relato sentencial que el acusado intimidara, compeliere psíquicamente o amenazara a su ex pareja de manera alguna), ni a título de prevalimiento o abuso de circunstancias psíquicas. No se produjo, por tanto, al parecer del Tribunal Supremo, una auténtica agresión sexual en la que se anula con violencia e intimidación la capacidad autodeterminativa de la víctima. La sujeción con una mano de los brazos de la víctima por encima de su cabeza, no "creemos" (señala literalmente la sentencia) "que sea capaz de producir una inmovilización que garantice la penetración vaginal".

Sigue el Alto Tribunal señalando que la sentencia, en su página 25 (fundamento jurídico 3º) después de justificar la clara y rotunda voluntad de no mantener relaciones sexuales con su marido, viene a indicar que más allá de la voluntad contraria a realizar el acto sexual no se acreditó la existencia de violencia para conseguir sus propósitos lúbricos. La mujer dijo que "no gritó porque los niños estaban en la casa y no quería que se alarmasen o se enterasen de lo que pasaba". Añade que el acto sexual duró muy poco, "lo suficiente para eyacular e irse". La mujer no añade ningún acto más de oposición material, por lo que no fue preciso usar actos de violencia por el acusado para conseguir sus intenciones libidinosas.

Los hechos probados no describen actos inequívocos de violencia tendentes a doblegar la voluntad de la mujer, dado el contexto en que se producen, pues la víctima ha expuesto de forma clara que no quería alarmar a sus hijos, circunstancia que le llevó a adoptar una actitud de negarse a realizar el acto sexual pero sin gritar ni lógicamente oponer una resistencia que alertara a los menores. Ello dificulta considerar el hecho de que el acusado le sujetara con una mano las dos suyas como un acto calificable como violencia física.

Por todo ello, finalmente, se estima parcialmente el recurso y al acusado se le condena por abusos sexuales.

Por tanto observamos que puesto que no se describen en los hechos probados actos inequívocos de violencia que tengan por fin doblegar la voluntad de la mujer, dado que la víctima reconoce que no gritó para no alarmar a sus hijos, por tanto sin gritar ni oponer resistencia, el hecho de que el hombre sujetara con su mano las dos manos de la víctima no es un hecho que a este efecto se pueda calificar como violencia, entendiendo que lo que se da en este caso es un abuso sexual.

En la STS 132/2016 de 23 de febrero, encontramos trazada la distinción que nuestro Alto Tribunal hace entre prevalimiento e intimidación aplicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Destaca a este respecto la analizada resolución que prescindiendo de correcciones valorativas de lo acontecido o de adiciones fácticas al relato de hechos probados, en el resto del argumentario sustenta su motivo en que la sentencia no describe cuáles son los actos en los que se fundamenta la actitud dominante, es decir aquellos que transforman una relación sexual en un acto delictivo; negando (la sentencia de la Audiencia Provincial) que integren una situación de superioridad manifiesta:

- las expresiones proferidas de "forma autoritaria y dominante";
- su actitud verbal gestual agresiva;
- el lugar despoblado o más bien indica, descampado.

Además de indicar que para justificar su existencia, la Audiencia alude a fundamentación propia de mediar intimidación, cuando no ha sido acusado de agresión, sino de abuso sexual.

En cuanto a la diferenciación entre ambos supuestos (intimidación y prevalimiento), la jurisprudencia de la Sala se ha referido, como elemento relevante, a la ausencia de un comportamiento coactivo dirigido a la obtención del consentimiento, que no aparece en los casos de prevalimiento y sí en los de intimidación . Así como aquel se basa en la existencia de una situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, la intimidación supone, en un grado superior, la presentación de un mal, identificado y de posible realización, como elemento que suprime, o reduce muy significativamente, la capacidad de decisión de la víctima, que solo aparentemente consiente, dada una situación que no le deja elección aceptable. La amenaza de dos males sitúa, pues, a la víctima ante la necesidad racional de optar por lo que considera en esos momentos el mal menor, lo que no puede entenderse como su consentimiento al mismo. En este sentido se ha dicho, STS nº 542/2013, de 20 de mayo , que en los casos de intimidación el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual , de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento , la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal , es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual .

Es decir, aunque efectivamente el prevalimiento no exige un comportamiento coactivo, nada impide que la situación de superioridad haya sido generada por el propio sujeto activo a través de actos intimidatorios sin entidad para determinar la existencia de una agresión, pero que unidos a otras circunstancias concurrentes configuran una evidente situación de superioridad de la que se aprovecha el autor con insistencia, pues recibe varias negativas previas, para lograr que la víctima acceda a mantener relaciones sexuales , como es el caso de autos:

- se desvió hacia un camino de tierra y paró en un punto despoblado;
- ante la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales el acusado de forma autoritaria y dominante manifestó que había venido a follar y follaría;
- que en caso contrario la dejaría allí en el camino "tirada ";
- anochecía en un camino de tierra sin tránsito;
- desconocía la víctima donde se encontraba;
- mantenía una actitud verbal y gestual agresiva;
- accedió a la exigencia de hacerle una felación

- exigió igualmente practicar coito con penetración vaginal

Concurren por tanto, entiende el Supremo, los tres elementos que integran el prevalimiento:

1. Situación de superioridad manifiesta.
2. Influye en la libertad de la víctima, coartándola.

3. El agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevale de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual.

En definitiva, como indica la STS núm. 305/2013, de 12 de abril, el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación. (STS nº 305/2013, de 12 de abril). De no mediar el aprovechamiento de esas condiciones que le colocaban en una situación de superioridad frente a la víctima, es fácil inferir de los actos coetáneos e inmediatamente posteriores de la víctima, que las relaciones sexuales con la víctima no hubieran tenido lugar.

De modo que a tenor de la presente resolución, existirá intimidación si hay un comportamiento coactivo para obtener el consentimiento, que no se da en el prevalimiento, cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. Entiende por el contrario que hay prevalimiento si se da una situación de superioridad que basta que coarte la libertad de la víctima, sin requerir actos amenazantes de un mal futuro, que sitúa al autor en una situación privilegiada.

La STS 9/2016 de 21 de enero define la violencia y la intimidación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En esta resolución se indica que la jurisprudencia ha entendido que la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre), bastando que sea grave, futuro y verosímil, (STS nº 355/2015, de 28 de mayo). Mal, que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se relaciona directamente por el autor con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. También se ha exigido en esos delitos que la intimidación sea seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

Por otro lado, no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. Así, hemos dicho que "*... la violencia típica de este delito es la que haya sido idónea para impedir al sujeto pasivo actuar según su propia autodeterminación*" (STS 578/2004, 26 de abril), criterio igualmente aplicable a los casos de intimidación. Para lo cual ha de atenderse a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados y a las circunstancias personales de la víctima, por lo que se incluye, como supuestos de intimidación suficiente, aquellos en los que, desde perspectivas razonables para un observador neutral y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. Si el sujeto activo ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013).

Por otra parte, es preciso, que, "*expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél*". (STS nº 914/2008, de 22 de diciembre).

Por tanto, la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato bastando que sea grave, futuro y verosímil con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. Así mismo ha de ser seria, previa,

inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. Dicha intimidación ha de resultar bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. La víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. También se exige que la víctima haga patente su negativa.

Por último, la STS 953/2016 de 15 de diciembre, de nuevo y en torno al concepto de intimidación establece que la cuestión radica en determinar si las prácticas sexuales a las que fue sometido el menor objeto de autos (abuelo que obligaba a su nieto a efectuarle actos sexuales bajo la amenaza de pegarle si no lo hacía) se realizaron venciendo su voluntad mediante una actuación intimidante, o simplemente con aprovechamiento de su minoría de edad y de la superioridad que proporcionaba al acusado su parentesco con la víctima. Se remite a la *STS 355/2015 de 28 de mayo*, que cita a su vez la *609/2013 de 10 de julio*, donde la jurisprudencia de la Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (*STS 609/2013, de 10 de julio de 2013*).

Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, continua la sentencia, que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado.

Remitiéndose a la *STS 834/2014 de 10 de diciembre*, la intimidación deberá vencer la voluntad contraria de la víctima, y se cometerá agresión sexual en todas las situaciones en que el sujeto activo coarte, limite o anule la libre decisión de una persona en relación con la actividad sexual que el sujeto agente quiere imponer (*SSTS 70/2002 de 25 de enero y 578/2004 de 26 de abril*).

Como recuerda *STS 667/2008 de 5 de noviembre*, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (*SSTS de 05 de abril de 2000 de 4 y 22 de septiembre de 2000; 9 de noviembre de 2000; 25 de enero de 2002; 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002*). La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente. Y añade que la voluntad de los niños es más fácil de someter y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor.

En el caso expuesto, el relato de hechos privados describe una intimidación idónea, entiende el Tribunal, para vencer la resistencia de la víctima, distinta de la que sustentó la agravación por aplicación del artículo 183. 4 d). La amenaza con pegarle " *si no lo hacía* ", es decir, si no se prestaba a masturbar a su abuelo, incluida la felación, o no permitió que éste se lo hiciera con él, supuso el anuncio de un mal posible e inminente, con entidad objetiva y suficiente gravedad para vencer la resistencia de un niño de 10 años, cuando procede precisamente de la persona encargada de su cuidado y con quien se encuentra a solas. Intimidación compatible con el abuso por parte del acusado de su parentesco, en cuanto que éste fue el que propició los

encuentros con el niño y las condiciones en que éstos se produjeron.

En esta resolución por tanto se hace expresa mención a que la intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima. La intimidación vencería la libre decisión de la víctima, imponiéndole una conducta.

4. LA SENTENCIA 38/2018 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

En dicha sentencia cuyos hechos probados son públicos y notorios, tras una exhaustiva valoración de la prueba se llega a la siguiente conclusión: no se aprecia que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial (reseñada en la resolución), que requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado.

Por el contrario estiman que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, aprovechando la superioridad así generada, para abusar sexualmente de la denunciante quien de esta forma no prestó su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación.

Según hacen contar en los hechos probados de la resolución y la justificación que de valoración de la prueba, que realizan en los fundamentos, las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada, quien se vió así sometida a la actuación de aquellos - vid por todas STS 2a 761/2015 de 23 de noviembre - .

En definitiva y como a continuación desarrollan, los hechos que declaran probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida, para presionarle, e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual.

Las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante, son consecuencia y están vinculadas -narra la sentencia- en relación causal con dicha situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada; actuación que se encuadra en el ámbito típico del abuso sexual de prevalimiento ex Art. 181.3 del Código Penal, siendo de apreciar el subtipo agravado del número 4.

Recuerdan que el Código Penal de 1995 configuró de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, respecto del Código Penal de 1973; en este su antecedente se contenía en el delito de agresión sexual equiparada al estupro de prevalimiento - Art. 436 en relación con el 434 CP/1973 - en el que la acción típica se delimitaba «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación». El actual Art. 181.3, en la redacción conferida por la LO 11/1999 de 1 de mayo, no se conforma con que el atentado a la libertad sexual se produzca mediando una situación de superioridad manifiesta por parte del sujeto activo, el tipo requiere del prevalimiento, al tipificar la conducta: "... cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima."

Señala literalmente la sentencia: *"En concreto y adentrándonos con detalle en la valoración de las circunstancias que conforman esta situación, ponemos de relieve, el modo en que la denunciante entró en el portal de modo súbito y repentino, sin violencia; la forma en que le enderezaron hasta el habitáculo donde se desarrollaron los hechos, un lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada, y en el que le prepararon una encerrona, colocándola en ese lugar y rodeándole."*

Tenemos por tanto una primera y fundamental base en la que apoyar nuestro juicio de valor, no meramente descriptivo, para afirmar que las relaciones de contenido sexual se mantuvieron en un contexto subjetivo y objetivo de superioridad, configurado voluntariamente por los procesados, del que se prevalieron, de modo que las prácticas sexuales se realizaron, sin la aquiescencia de la denunciante en el ejercicio de su libre voluntad autodeterminada.

Para ello consideramos:

(i) El escenario de opresión configurado por los procesados, en la forma que acabamos de señalar;

(ii) La asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante - recién alcanzada su mayoría de edad - y procesados - con edades comprendidas entre los 24 y 27 años - , notoriamente apreciables ; es razonable considerar que estas circunstancias no pudieron pasar desapercibidas para los procesados, quien como hemos señalado, una vez que le había enderezando hasta el habitáculo que tiene una sola salida, la rodearon.

(iii) La radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados.

Según se hemos argumentado en el precedente fundamento, para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal.

Esta esta vivencia de su sexualidad, no es parangonable con la de los procesados, quienes con excepción de Ángel Boza, reconocieron que anteriormente habían mantenido relaciones sexuales en grupo, que alguno de ellos gustaban de grabar. Pero igualmente aceptaron que en ninguna ocasión anterior, habían mantenido relaciones grupales, en la proporción personal, ni con la inmediatez que se define y de desequilibrio en cuanto a la edad y demás circunstancias que declaramos probadas.

Los procesados de este modo, crearon una “... atmósfera coactiva”, que no es incompatible con una puesta en escena en la que se deslicen afirmación falaces (vid STS. 2a 898/2012 de 15 de noviembre); en la que la presencia de cada uno de ellos, contribuyeron causalmente, para configurar una situación de abuso de superioridad de la que se prevalieron.

Por todo ello, declaramos probado y lo justificamos en el precedente fundamento que al encontrarse en esta situación, en el lugar descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión, conseguida conforme a lo pretendido y deseado por los procesados y querido por estos, la denunciante se sintió impresionada y sin capacidad de reacción.”

Como se puede observar la referida sentencia acoge la doctrina jurisprudencial que anteriormente hemos expuesto, donde los juzgadores han juzgado – y valga la redundancia – bajo el sistema de fuentes establecido, lo que no significa, en mi opinión, que el concepto jurídico se aleje del sentir popular, como han demostrado las movilizaciones sociales que al respecto se han producido, y lo que tampoco significa que nuestra norma este dando soluciones para una convivencia pacífica y ordenada, lo cual es la finalidad del derecho en sí mismo. A tal efecto, señalar que hemos reflejado una evolución legislativa a tal efecto en el inicio de este artículo, donde hemos observado que el bien jurídico del que inicialmente se hablaba era la honestidad, regulando el adulterio, o el amancebamiento, lo que nos pone de relieve, como no puede ser de otra manera, la evolución de las leyes, y la jurisprudencia, conforme a la evolución de la sociedad, y esto tiene su reflejo en lo que a los derechos de las mujeres se refiere. La violencia contra las mujeres no es exclusiva de ningún sistema político o económico; se da en todas las sociedades del mundo y sin distinción de posición económica, raza o cultura. Las estructuras de poder de la sociedad que la perpetúan se caracterizan por su profundo arraigo y su intransigencia. En todo el mundo, la violencia o las amenazas de violencia impiden a las mujeres ejercitar sus derechos humanos y disfrutar

de ellos. Evolucionamos, conquistamos derechos, y esto ha tenido su reflejo en la evolución legislativa, y tal vez sea el momento de abordar cambios al efecto.

5. CONCLUSIONES

En los delitos contra la libertad y contra la indemnidad sexual el desvalor de la conducta tipificada no es la manifestación sexual en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, imponiéndose el derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad.

Por ello, entiendo, que una relación sexual impuesta se convierta en un acto de violencia o de dominación en sí mismo. Tradicionalmente se exigía como elemento típico de esos delitos la concurrencia del "ánimo libidinoso" o "móvil lúbrico" en el agresor. Este requisito ha de ser superado, debiendo centrarnos en que la situación típica se trata de una utilización degradante de la víctima, que afecta a aspectos íntimos corporales, siendo indiferente que el autor se excite sexualmente o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejar a la víctima.

Así las cosas, las agresiones y abusos sexuales podrían entenderse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, siendo una agravante el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima no, y constituyen una lesión de la intimidad o de la integridad moral; incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la integridad moral, pues el único significado sexual lo tiene para el autor, y no para la víctima.

Una delgada línea roja distingue el delito de abuso con prevalimiento del delito de agresión sexual con intimidación en la actual jurisprudencia. La intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato bastando que sea grave, futuro y verosímil con la pretensión de que la víctima acceda a participar en una determinada acción sexual pretendida por aquel, de modo que la concreción del mal se producirá si persiste en su negativa. Así mismo ha de ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. Dicha intimidación ha de resultar bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia. La víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que podrían derivarse mayores males, implícita o expresamente amenazados por el autor, accediendo forzosamente a las pretensiones de éste. La intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima. La intimidación vencería la libre decisión de la víctima, imponiéndole una conducta. Frente a esto, - o más bien, al lado de esto- el prevalimiento exige el aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima.

No olvidemos la carga de la prueba en estos procedimientos, y que partimos de la presunción de inocencia, y el contexto de estos delitos, que se van a dar en lugares alejados de la mirada de terceros, lo que dificulta la prueba de los mismos.

¿Responde a la necesidad social nuestra regulación? ¿Tiene sentido distinguir que la víctima actúe coaccionada ante una amenaza expresa de un mal o una situación que otorgue al agresor una situación privilegiada? ¿En un supuesto de multiplicidad de agresores, sólo hay intimidación si se produce una amenaza expresa de causar un mal? ¿No cabe considerar intimidación el hecho de que cinco agresores te rodeen en un habitáculo queriendo practicar sexo contigo, y conscientes de tu alta ingesta alcohólica? Las normas se hacen para regular una convivencia pacífica y ordenada, y se han de hacer en abstracto y no a golpe de sucesos, si bien la sociedad cambia y las necesidades sociales también, de ahí que el derecho esté vivo y en permanente desarrollo. Sea bajo la coacción de una amenaza, sea bajo una situación

privilegiada, la víctima doblega su voluntad, se la impone una conducta que produce en ella un grave ataque, sea de una forma u otra: mismo desvalor de la acción, mismo desvalor del resultado. En los supuestos de multiplicidad de agresores, haya o no amenaza, conmina mentalmente a la víctima, que sea por la privilegiada situación de sus agresores o sea por la situación, van a suponer para ella una amenaza en sí misma. La última de las sentencias que he analizado en el apartado 3, la STS 953/2016 dice que la intimidación ha de paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima y actuar en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición que, si se da, podrían derivarse mayores males para la víctima, situación en la que pudieran tener cabida los hechos declarados probados por la sentencia 38/2018; ésta es la única Sentencia de las que he referido cuya ponente es mujer, Ana María Ferrer García, la única Magistrada de la Sala II del Tribunal Supremo español.

BIBLIOGRAFÍA

A.ASÚA, “ Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso político” en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género* editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1998.

M. GAVILÁN, “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual” en M.GAVILÁN *Asesoría y proceso penal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

STS 834/2014 de 10 de diciembre (Roj: STS 5194/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5194)

STS 9/2016 de 21 de enero (Roj: STS 12/2016 - ECLI:ES:TS:2016:12)

STS 132/2016 de 23 de febrero (Roj: STS 639/2016 - ECLI:ES:TS:2016:639)

STS 630/2016 de 14 de julio (Roj: STS 3590/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3590)

STS 953/2016 de 15 de diciembre (Roj: STS 5460/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5460)

STS 460/2017 de 21 de junio (Roj: STS 2534/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2534)

EL MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE

Petronila García López
Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil
Universidad de Jaén

Fecha de recepción: 14 marzo de 2018
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2018

RESUMEN: El matrimonio en peligro de muerte previsto en el artículo 52 del Código Civil ha sido modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La nueva redacción busca garantizar que el contrayente en peligro de muerte por razón de enfermedad consienta el matrimonio cuando realmente tenga capacidad para entender y querer. Si bien, no se necesita para su celebración de la previa tramitación del expediente matrimonial, sí será necesario la presencia de dos testigos y un dictamen médico sobre la urgencia vital y la capacidad del contrayente cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico, salvo imposibilidad acreditada.

ABSTRACT: Marriage in danger of death provided in article 52 of the Civil Code has been amended by Law 15/2015, of 2 July, of the Voluntary Jurisdiction. The new wording seeks to ensure that the contracting party, who is in danger of death due to an illness, consents the marriage when s/he really possesses the capacity to understand and the willingness of getting married. Although prior to the celebration of the marriage, the processing of the marriage dossier is not required, it will be necessary the presence of two witnesses and a medical opinion on the vital urgency and the capacity of the contracting party when the danger of death is due to a disease or a physical condition, unless accredited impossibility.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Expediente matrimonial. Peligro de muerte. Dictamen médico. Capacidad para contraer matrimonio. Nulidad matrimonial

KEYWORDS: Marriage. Marriage dossier. Danger of death. Medical opinion. Capacity for marriage. Marriage annulment

SUMARIO: I.- El riesgo vital como presupuesto del matrimonio en peligro de muerte. II.- Los aspectos formales del artículo 52 del Código Civil. 2.1.- El expediente matrimonial como requisito previo a la celebración del matrimonio. 2.2.- Dictamen médico y contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas. 2.3.- Eliminación de las limitaciones para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad. 2.4.- La ausencia de expediente previo en el matrimonio en peligro de muerte. 2.5.- El dictamen médico que acredite la gravedad de la situación y la capacidad del contrayente cuando el peligro de

muerte deriva de enfermedad o estado físico. 2.6.- Los funcionarios o autorizantes del matrimonio en peligro de muerte. 2.7.- Inscripción del matrimonio en peligro de muerte. III.- La nulidad del matrimonio celebrado en peligro de muerte. 3.1.- Nulidad por ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensables. 3.1.1.- Impedimento de vínculo y disolución del primer matrimonio por la acción de divorcio. Sus características. 3.1.1.1.- Exigencia de ejercicio judicial. 3.1.1.2.- Carácter personalísimo. Muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción de la acción de divorcio. 3.1.1.3.- Efectos de la sentencia de divorcio. Su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo. 3.1.1.4.- Problemas derivados de la presentación de demanda de divorcio, cuando se celebra un segundo matrimonio en peligro de muerte antes de la firmeza de la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada en primera instancia, y luego fallece el solicitante. 3.2.- Nulidad por ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo (art. 73.1 CC). 3.3.- Nulidad del matrimonio por la no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (la simulación y la reserva mental). 3.4.- Nulidad por defectos formales.

I. EL RIESGO VITAL COMO PRESUPUESTO DEL MATRIMONIO EN PELIGRO DE MUERTE

Es nuestro propósito analizar en estas páginas la nueva regulación del matrimonio *in articulo mortis*, *in extremis* o del que se halle en peligro de muerte al que se refiere el art. 52 CC. La versión modificada entrará en vigor¹ cuando lo haga la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, que estaba prevista para el 30 de junio de 2018 (según la Ley 4/2017, de 28 de junio), si bien, dicha fecha ha sido nuevamente prorrogada hasta el 30 de junio de 2020². Este precepto regula una particular forma de celebración del matrimonio civil que se caracteriza por la existencia de una situación de urgencia que exige que la prestación del consentimiento matrimonial se realice con premura³, por la posibilidad de que se produzca el fallecimiento de uno de los contrayentes en un breve espacio temporal, bien porque la persona esté aquejada de una enfermedad grave, bien porque los contrayentes se encuentren en una situación objetiva de riesgo. Luego, es la urgencia de la situación lo que justifica la omisión de algunos de los trámites del matrimonio o su modalización, que han quedado reducidos a una comprobación sumaria del peligro de muerte que es lo que determina la urgencia del caso, así como de la capacidad general para

¹ Se ha comentado por la doctrina que la *vacatio legis* de este precepto sólo tiene sentido en cuanto al núm. 1 de su primer párrafo, que modifica las autoridades o funcionarios ante los que será posible contraer matrimonio civil en peligro de muerte (en coherencia con la nueva redacción del art. 51 CC); sin embargo no es razonable que tal aplazamiento de la entrada en vigor afecte al retorno a la distinción entre el matrimonio *in articulo mortis* (se teme objetivamente que uno de los contrayentes va a fallecer a resultas de una enfermedad o accidente) y el celebrado en inminente peligro de muerte (en una situación que hace temer por la vida de ambos, como un naufragio o un conflicto bélico), que es lo que parece deducirse de que únicamente el primero y no el segundo requiera de previo “dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada”. En este sentido vid. P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 4: El sistema matrimonial”, en C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2016, p. 99. Sobre este tema, se considera que hasta la entrada en vigor de esta reforma los notarios no tienen capacidad para celebrar más que los matrimonios en los que previamente se haya tramitado el oportuno expediente, vid. F., MARIÑO PARDO, “El matrimonio ante notario. Especial referencia a su celebración durante el período transitorio”, en <http://www.iurisprudente.com/2018/03/el-matrimonio-ante-notario-especial.html>, publicado el 14 de marzo de 2018. Igualmente J. F., HERRERA GARCÍA-CANTURRI, “Diario de una guardia. Boda ante notario en peligro de muerte”, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/diario-guardia-notarial-boda-peligro-muerte/>, publicado el 10 de enero de 2017.

² <http://www.ccoojusticia.com/2018/04/nueva-prorroga-para-la-entrada-en-vigor.html>

³ En este sentido vid. G. MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, trat. de R. Bercovitz Rodríguez-Cano en *VVAA Las modificaciones al Código Civil del año 2015*/ Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 143.

contraer matrimonio, suprimiéndose el previo expediente matrimonial y reduciéndose al mínimo la solemnidad.

Aunque es la urgencia lo que caracteriza esta forma de matrimonio, es lo cierto que el legislador de 1981⁴ prescindió del término “inminente” en la regulación de esta figura. ¿Es significativa la eliminación del requisito de la inminencia de la muerte? Esta supresión ha sido un error por parte del legislador, según ABAD ARENAS⁵ “ya que este término era el que de alguna manera daba sentido a dicha excepcionalidad, puesto que no es suficiente con que uno de los contrayentes esté gravemente enfermo, es necesario que se dé una situación inminente de perder la vida”. Entiende GARCÍA CANTERO⁶ que el sujeto ha de encontrarse en una situación tal que la muerte pueda considerarse próxima según examen racional de las circunstancias; así ocurrirá antes de la realización de una delicada intervención quirúrgica, o en presencia de sucesivos ataques de carácter grave que pueden reiterarse según dictamen médico.

En cualquier caso, queremos llamar la atención sobre lo peligroso que puede resultar establecer plazos de tiempo que nos ayuden a concretar cuándo el riesgo vital se puede considerar próximo e inmediato trayendo a colación el caso resuelto por STSJ de Barcelona, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2017⁷, que aparte de otros argumentos⁸, estima que “la celebración de un matrimonio *in articulo mortis* es posible siempre y cuando se acredite convenientemente que uno de los futuros contrayentes está en peligro inminente de muerte, requisito que no se produjo en el presente caso, dado que a la vista de los informes hospitalarios aportados, en los que constaba que el causante se encontraba en tratamiento de quimioterapia, con duración prevista de tres meses, no contemplándose riesgo inminente

⁴ Con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la figura del matrimonio del que se hallare en “inminente peligro de muerte” se encontraba regulada en los arts. 93, 94 y 95 CC. La Reforma mencionada supuso la refundición de los anteriores en un único precepto (art. 52 CC). Dicho precepto presentaba notables diferencias respecto de la regulación anterior: de un lado, regulaba la figura, pero sin exigir la inminencia del peligro y, de otro, supuso definitivamente la eliminación de la nota de la condicionalidad a que se encontraba sometida la misma.

⁵ E. ABAD ARENAS, “El art. 52 del CC y el matrimonio in extremis: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social”, en *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*. (Ponencias y Comunicaciones del Congreso Internacional “La Protección de las Personas Mayores”, celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba), IDADFE, Madrid, 2009, p. 6. CD-ROM.

⁶ G. GARCÍA CANTERO, “Comentario al art. 52 CC”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, Tomo II (arts. 42 al 107 CC), Madrid, 1982, pp. 112-113.

⁷ Roj: STSJ CAT 5934/2017.

⁸ Resulta que D.^a Carla convivió como pareja sentimental con D. Alfredo desde el 21 de junio de 2003, compartiendo el domicilio. En junio de 2014 había sido diagnosticado de neoplasia pulmonar, estadio IV con metástasis intramedulares, suprarrenales y hepáticas. Durante su ingreso hospitalario recibió tratamiento con QT, RT y rehabilitación. Mientras permanecía ingresado en el hospital, el Sr. Alfredo solicitó en fecha 8 de agosto el poder contraer matrimonio en peligro de muerte. El magistrado titular del Registro Civil denegó su solicitud mediante auto de fecha 11 de agosto de 2014. D. Alfredo fallece el 1 de septiembre de 2014.

En el caso comentado, D.^a Carla solicitaba que se le reconociera el derecho a la pensión por aplicación analógica de la DA 10^a de la Ley 30/1981, apreciando impedimento legal para contraer matrimonio a causa de la enfermedad del causante. Finalmente, se desestima el recurso en base dos argumentos. En primer lugar, considera el Tribunal que en el caso que examinamos no consta que existiera impedimento alguno durante la vigencia de la convivencia para que los convivientes pudieran, bien contraer matrimonio, bien constituirse oficialmente como pareja de hecho, posibilidad ésta última que, incluso en el caso de inexistencia de registros específicos en el territorio de la comunidad autónoma, podía llevarse a cabo mediante el otorgamiento del correspondiente documento público, de forma que nos hallamos ante un supuesto en el que los convivientes optaron, desde el año 2003, por no ajustarse a ninguna de las posibilidades legales a su alcance, situación meramente de facto en la que se mantienen durante más de 10 años. En consecuencia, al tiempo del fallecimiento no existía, ni válida constitución como pareja de hecho, ni matrimonio.

Seguidamente, frente a la pretensión de la recurrente de que se asimile su situación a la contemplada por la DA 10^a de la Ley 30/1981, y que se interprete la denegación de la celebración del matrimonio en inminente peligro de muerte como una situación de impedimento legal para contraerlo, considera el Tribunal que no es posible compartir la tesis propuesta por la recurrente, dado que la normativa cuya aplicación analógica postula está pensada para una situación que nada tiene que ver con la examinada, refiriéndose concretamente a la situación de aquellas parejas de hecho que no pudieron contraer matrimonio debido a la imposibilidad de divorcio hasta la ley de 1981, mientras que en el presente caso, los convivientes tuvieron la posibilidad real desde que inician su convivencia en el año 2003 de optar por el vínculo matrimonial, al no existir impedimento alguno para ello, tratándose simplemente de una opción personal, absolutamente respetable, que supone no asumir los deberes, ni tampoco los derechos, vinculados a la existencia de un matrimonio.

de fallecimiento, salvo complicaciones, y con una previsión estadística de supervivencia entre 6 meses y un año, razón por la que se denegó la solicitud por Auto de 11 de agosto de 2014; si bien se produce el fallecimiento el 1 de septiembre por una complicación del proceso (tromboembolismo pulmonar), transcurridos 21 días, lo que evidencia que la inminencia del fallecimiento no era tal, puesto que la interpretación habitual del término "inminente" alude a una situación que se va a producir de forma inmediata".

Luego la regulación del matrimonio en peligro de muerte busca facilitar la celebración del mismo cuando concurren circunstancias en las que se prevé que la muerte sobrevenida de alguno de los contrayentes pueda frustrar tal posibilidad, dada la trascendencia social, ética o incluso económica que tal unión y sus efectos genera para los contrayentes, puesto que al fallecer una persona existen muchas consecuencias que pueden variar en función de si está casada o soltera, especialmente, los derechos hereditarios y la pensión de viudedad. En principio, se puede acceder a la pensión de viudedad por el mero hecho de estar casados, sin que se valore ninguna otra cuestión, salvo si el contrayente ha fallecido por enfermedad común existente antes del matrimonio. En tales casos, el cónyuge superviviente solo podrá acceder al derecho a la pensión de viudedad si existen hijos comunes o cuando se acredite un período de convivencia, extramatrimonial y matrimonial, de dos años.

En este sentido, resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 junio 2010 (RJCA 2010\524)⁹, que ante la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial razona que "si bien se considera acreditado que existió un funcionamiento anormal de los servicios públicos (Registro Civil), se estima que existieron también otras causas que contribuyeron de forma efectiva a este resultado lesivo. Así, teniendo en cuenta la edad del paciente (72 años) sus antecedentes médicos (había sufrido hace varios años un cáncer de próstata y unos meses antes se le había detectado un cáncer de pulmón), su reciente operación quirúrgica y el empeoramiento de su salud por una neumonía, todo ello deterioró considerablemente su salud y lo situó en grave peligro de muerte lo que hubiese permitido que los interesados hiciesen uso del matrimonio civil *in articulo mortis* (art. 52 CC) que se celebra tan solo con la presencia de dos testigos y sin tramitar previo expediente alguno, demorando la comprobación de la inexistencia de obstáculos para el matrimonio a la posterior tramitación del expediente correspondiente antes de procederse a la inscripción del acta en el Registro civil, expediente posterior que hubiese permitido aclarar y rectificar el error padecido para que este desplegase su validez". En definitiva, se aprecia una concurrencia de culpas en la causación del daño, entendiéndose que a la Administración le corresponde el 20% de dicha responsabilidad.

Por tanto, debe rechazarse la aplicación del citado precepto cuando se trate de supuestos en los que simplemente exista un peligro menor o leve, así como aquellos otros casos en los que el peligro que se cierna sobre los contrayentes no afecte a su vida. Tal sería el supuesto, por ejemplo, de que los contrayentes se arriesgaran a perder un legado o una donación condicional si no contrajeran matrimonio en un plazo breve. Dichas circunstancias podrán llevar a abreviar algunos trámites previos al matrimonio -como, en su caso, el relativo a la publicación de edictos o proclamas, pues así lo permite el art. 260 RRC -, pero no a celebrar el matrimonio con arreglo a la forma establecida por el art. 52 CC.

⁹ Los hechos son los siguientes: D^a Casilda y D. Rosendo llevaban conviviendo como pareja desde hace varios años (14 años según ella misma afirma) aunque no habían contraído matrimonio por decisión voluntaria durante todo este tiempo. La avanzada edad de D. Rosendo (72 años) y el hecho de que se le diagnosticó un cáncer de pulmón en el mes de febrero o marzo de 2006, motivó su decisión de contraer matrimonio para formalizar la relación de convivencia que venían manteniendo (previsto para septiembre 2006); en el mes de julio, se solicita la certificación literal de nacimiento y al detectar un error contenido en la nota marginal se instó la rectificación registral. Finalmente, D. Rosendo fallece el 29 de octubre de 2006. El 2 de febrero de 2007 se dictó resolución de rectificación del error existente en el Registro civil. D^a Casilda solicita del Instituto Nacional de Seguridad Social la pensión de viudedad por su relación de convivencia con D. Rosendo que le es denegada al faltar el vínculo matrimonial.

D^a Casilda interpone demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización de 430.000 € por la pensión de viudedad que le hubiera podido corresponder desde la fecha en que podría haber contraído matrimonio hasta los 90 años (28 años) y 30.000 euros por los daños morales. El Tribunal aprecia una concurrencia de culpas en la causación del daño, entendiéndose que a la Administración le corresponde el 20% de dicha responsabilidad, luego la cuantía en la que habrá de ser indemnizada la recurrente por los daños y perjuicios padecidos asciende a 36.854 €.

De todas formas, debe aclararse que la validez de este tipo de matrimonio no requiere que con posterioridad se produzca el resultado de muerte que amenazaba a los contrayentes, sino que el matrimonio es válido desde su celebración, con independencia de ese resultado. Sólo es necesario que exista una alta probabilidad o una amenaza grave de que concurra la muerte, puesto que esto justifica ya de por sí mismo la urgencia de la tramitación.

II. LOS ASPECTOS FORMALES DEL ARTÍCULO 52 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. *El expediente matrimonial como requisito previo a la celebración del matrimonio*

Lo habitual en todo matrimonio¹⁰ que se realiza en situación de normalidad, es que el proceso que lleva a la celebración del mismo se inicie con el expediente matrimonial¹¹, así el párrafo primero del art. 56 CC¹² establece que “*quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código*”. La tramitación del expediente corresponde hoy al Juez o Encargado del Registro civil; pero cuando termine la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio, que sustituirá a la Ley del Registro Civil de 1957, “*la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero*”. (art. 51.1 CC¹³). La tramitación del acta competará al Notario y la instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil (art. 58.2 Ley Registro Civil de 2011). Destacar la importante consideración que realiza DE PABLO CONTRERAS¹⁴ acerca de la necesidad de excluir de dicho examen previo

¹⁰ Con carácter general, el art. 56 CC exige la realización del acta o expediente previo a cualquiera que desee contraer matrimonio, sin especificar si ha de efectuarse sólo en los matrimonios en forma civil o también en los celebrados en forma religiosa. En realidad, este trámite se prevé para todo matrimonio con independencia de la forma elegida para su celebración, como queda claro tras las modificaciones efectuadas por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria también en los Acuerdos de cooperación con las confesiones evangélica, israelita e islámica. En este sentido vid. E. SERRANO GÓMEZ, “La celebración del matrimonio (BIB 2015\18068)”, en *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I) (BIB 2015\18063), Aranzadi, 2015.

¹¹ En lo referente a los trámites del expediente, estos se regulan con detalle en los arts. 238 a 254 RRC, a completar con las reglas generales (arts. 341 y ss.). Sin descender al comentario de esos preceptos, conviene al menos precisar que su contenido puede compendiarse en las siguientes fases: 1^ª) alegaciones iniciales y principio de prueba de las mismas; 2^ª) trámite de ratificación y, en su caso, subsanación de posibles defectos de prueba; 3^ª) publicación de edictos o proclamas o práctica de diligencias sustitutorias; 4^ª) trámite de audiencia separada y reservada, fundamental para detectar posibles matrimonios fraudulentos o de complacencia, nulos por simulación (cfr. ap. VII de la Instrucción DGRN 31 enero 2006). Importa también destacar que el art. 248 RRC prevé que el casamiento haya de celebrarse en el plazo de un año “desde la publicación de los edictos, de su dispensa o de las diligencias sustitutorias”, sometiendo así al expediente a una suerte de caducidad, pues si se hubiera sobrepasado el plazo habría de procederse nuevamente a tal publicación, sin que parezca que deban repetirse las restantes actuaciones. En cuanto a la documentación que se utiliza en el expediente matrimonial previo: http://www.sda.com/RegistroCivil/EXP/EXP02.aspx?CDG=EM_01&Num02=czlqb445w544gqemhwrk3lff

El nuevo art. 58 de la Ley del Registro Civil de 2011 se ocupa de la tramitación del expediente, cuyo apartado 5 ha sido modificado por la Ley 4/2017, de 28 de junio, si bien, habrá que esperar a su entrada en vigor.

¹² Redactado por la Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la LJV, con efectos desde el 30 de junio de 2017, según resulta del Código civil preparado por J. C. Erdozain López bajo la dirección de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, 36^ª ed., 2017.

¹³ Se modifica por Ley 15/2015, de 2 de julio. Esta modificación entra en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

¹⁴ P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 4: El sistema matrimonial” (...), ob. cit., nota 1, p. 94. Por el contrario, SERRANO GÓMEZ estima que “a través de él se manifiesta ya, de alguna forma, la voluntad de los contrayentes de casarse, voluntad que, en el momento de la celebración del matrimonio, se exteriorizará de forma expresa e inequívoca. Al mismo tiempo, el acta o expediente permite presumir que los futuros cónyuges son conscientes de la realidad del matrimonio y de las consecuencias que de él se derivan, sin perjuicio de que durante su tramitación pueda evidenciarse lo contrario y, en consecuencia, rechazarse la existencia de capacidad matrimonial.

que se realiza en el expediente “la valoración de otros estados subjetivos¹⁵, como es la posible simulación que puede afectar al consentimiento y que sólo puede apreciarse después de celebrado el matrimonio, ya que sería contrario al *ius connubii* entender incluida la simulación futura en la valoración previa de “*cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio*” que añade a los requisitos de capacidad e impedimentos el art. 51.1 CC”.

En todo caso, y tanto en la situación actual como en la futura, lo que cada uno de estos funcionarios debe valorar por estos medios es la aptitud de los solicitantes para contraer el concreto matrimonio pretendido. La aptitud que se examina en el expediente se contrae a la concurrencia de los requisitos de capacidad y a la ausencia de impedimentos en los contrayentes tipificados por la ley, y además a la posesión por aquellos de la mínima madurez psíquica para prestar un consentimiento matrimonial válido.

Para concluir, hay que tener en cuenta que en la regulación hasta ahora vigente, la realización del expediente previo ha constituido un requisito procedimental que, si bien se ordena imperativamente, su ausencia no determina la nulidad de las nupcias, en caso de celebrarse el matrimonio civil sin el expediente previo o sin que se solicite o emita el dictamen médico. Es cierto que la tramitación del acta o expediente previo se conceptúa como un trámite obligatorio cuya importancia es indiscutible en la medida en que avanza la probable plena legalidad del matrimonio que posteriormente se vaya a celebrar; no obstante, el matrimonio celebrado sin acta o expediente matrimonial no es, *per se*, inválido ni tiene vedado el acceso al Registro Civil para obtener así el pleno reconocimiento de su eficacia civil. Igualmente, la omisión del dictamen médico, en cuanto que es una formalidad más del expediente matrimonial, no provoca por sí la nulidad del matrimonio contraído, que será nulo sólo si el sujeto contrayente no tenía, en verdad, aptitud para emitir el consentimiento.

2.2. Dictamen médico y contrayente afectado por deficiencias o anomalías psíquicas

El párr. 2º del art. 56 CC ordena que se exija dictamen médico sobre la aptitud para consentir del pretendiente que “*estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas*”, circunstancia que ha de ser apreciada por el instructor (párr. 2º del art. 245 RRC), quien puede advertirla incluso antes del trámite de audiencia reservada y separada previsto en el art. 246 RRC, momento que, sin embargo, es seguramente el más propicio para que aquél se cerciore sobre el particular.

En torno a la actual regulación del dictamen médico, introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio, tradicionalmente han surgido distintos interrogantes¹⁶ sobre cuál es su valor; sobre las consecuencias que se derivan de su omisión, cuando es preceptiva su aportación en el expediente matrimonial así como la necesidad de concretar si el art. 56.2 CC regula meros aspectos formales o es una norma de carácter sustantivo que determina el contenido del consentimiento matrimonial.

Por ello, resulta importante precisar la postura del Tribunal Supremo sobre la validez del consentimiento matrimonial otorgado sin el requisito del dictamen previo exigido por el art.

Precisamente, esa comprobación previa de la existencia de consentimiento matrimonial y de los requisitos generales de capacidad permite al instructor del acta o expediente denegarlo cuando constate que los contrayentes no quieren en realidad convertirse en esposos, sino celebrar un matrimonio de conveniencia o, en general, un matrimonio contrario a la ley”. Vid. E. SERRANO GÓMEZ, “La celebración del matrimonio (BIB 2015\18068)”, ob. cit. en nota 10.

¹⁵ No obstante, la DGRN en la Instrucción de 31 de enero de 2006, con ánimo de evitar los matrimonios de complacencia en los matrimonios con elemento extranjero, extiende el juicio que se realiza en el expediente a la eventual concurrencia de simulación en el matrimonio, que antes de que el mismo se celebre, sólo cabe presuponer, que no constatar, a partir de ciertos indicios.

¹⁶ Vid. sobre el tema autores como M. C., BAYOD LÓPEZ, “El dictamen médico del artículo 56.2 del Código Civil”, en *Revista jurídica de Navarra*, nº 12, 1991, p. 156; L., GONZÁLEZ MORÁN, “El Derecho Civil ante el matrimonio de los deficientes mentales”, J. Gafo (ed. lit.), J. R., Amor (ed. lit.), en VVAA, *Matrimonio y deficiencia mental* / 1997, pp. 143-170. A. M.ª, ROMERO COLOMA, “Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio”, en *Diario La Ley*, núm. 7805, 24 de Febrero de 2012, (LA LEY 886/2012).

56 CC. En este sentido, en primer lugar, destaca la STS de 29 de abril de 2015¹⁷, en relación con la acción de nulidad de un matrimonio ejercida por los hermanos del esposo, tras su fallecimiento, alegando que padecía discapacidad intelectual pero que no se exigió un dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

Es lo cierto que “el Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (...). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que “si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento”. Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. Es por ello, que el Alto Tribunal rechaza que la sentencia que desestimó la demanda de nulidad infringiera el art. 56 CC al “no constar acreditado que el encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el notario autorizando el poder mencionado en el resumen de antecedentes o de la partición de las herencias de sus padres”.

A continuación, hay que resaltar la STS de 15 de marzo de 2018¹⁸, por la que revocando la sentencia recurrida, el Alto Tribunal ha declarado válido el matrimonio contraído en China (15 de enero de 2010) por un español, que sería incapacitado y sujeto a tutela cinco meses después (14 de junio de 2010), por padecer alzhéimer, habiendo sido presentada la demanda de modificación de la capacidad de obrar un año antes de la celebración del matrimonio (27 de diciembre de 2008). Hay que tener en cuenta que el 5 de mayo de 2009, estando pendiente el proceso judicial de modificación de capacidad de obrar, el difunto había presentado demanda de divorcio y, conociendo el juez la existencia de este procedimiento de modificación, lo consideró capaz para interponer la demanda y disolvió el matrimonio por divorcio.

Es lo cierto que en la sentencia recurrida se había estimado la demanda de nulidad de las hijas del contrayente español, presentada con posterioridad al fallecimiento de aquél (acaecido cinco años después de casarse), con el argumento de que, meses después de la celebración del matrimonio, se había modificado judicialmente su capacidad de obrar “en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela”. Se había estimado determinante el informe forense realizado (el 17 de noviembre de 2009) con motivo del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, en el que se manifestaba que el padre “no podía responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento, profesión, etc., o que no recordaba el nombre de sus hijas”, concluyendo que “padecía la enfermedad de Alzheimer, de etiología degenerativa, con carácter persistente e irreversible en el tiempo, debiendo ser considerado psíquicamente ‘No Capaz’ del gobierno de su persona y sus bienes”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se aparta de la valoración realizada por la Audiencia, considerando que “(...) a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad, siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, ‘per se’, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio”.

¹⁷ Roj: STS 1938/2015.

¹⁸ Roj: STS 846/2018.

Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina 'per se' la nulidad del matrimonio.

No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio" (F.D. 3°).

Hechas estas consideraciones, el Tribunal Supremo revoca la sentencia recurrida, por entender "que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii* (...). Así, debe concluirse afirmando la aptitud del difunto para contraer matrimonio, puesto que, conociendo que se estaba tramitando un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, el juez le reconoció capacidad para presentar la demanda de divorcio frente a su anterior esposa y el cónsul no advirtió en la tramitación del expediente la falta de capacidad para otorgar consentimiento matrimonial. Frente a ello no puede prevalecer el informe elaborado durante el procedimiento de modificación de la capacidad y del que resulta que la enfermedad padecida por el difunto desde fechas anteriores a la celebración del matrimonio le impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo. Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (F.D. 4°).

2.3. Eliminación de las limitaciones para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad

Como hemos comentado anteriormente, el contenido vigente del art. 56 CC, en su párrafo segundo establece que si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Resulta conveniente recordar, que fue la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria -y cuya entrada en vigor estaba prevista para el 30 de junio de 2017-, la que introduce una importante modificación en el artículo 56 del Código Civil, para ampliar la exigencia del dictamen médico, sobre la aptitud para prestar el consentimiento, en los casos en que alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales. Con esta modificación del citado artículo 56 se va mucho más allá de la redacción anterior del mismo, que, simplemente, preveía la necesidad del dictamen médico para aquellos casos en los que algún contrayente estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas.

¿Qué ha ocurrido¹⁹ para que, sin entrar en vigor, haya una nueva redacción del mismo art. 56 CC? Pues que la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la *Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016*, sobre la interpretación y aplicación del mismo, y en esa Circular se decía que dicho precepto se debe aplicar a la luz de lo dispuesto en la Convención Nueva York de 2006. Así, con el propósito siempre de favorecer la celebración del matrimonio, el art. 56 CC se ha de interpretar de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aún proporcionando los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento matrimonial. En consecuencia, si queremos lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones que las demás, si queremos eliminar las restricciones y

¹⁹ Vid. el siguiente enlace: <https://www.notariofranciscorosales.com/prohibido-casarse-a-sordos-y-ciegos-sin-autorizacion-medica/>.

proporcionar apoyos, debemos dar un régimen legal favorecedor de la celebración del matrimonio, si esa es la voluntad de las personas con discapacidad.

Y de esta interpretación vino la nueva redacción del art. 56 CC²⁰, por Ley 4/2017, de 28 de junio y del art. 58.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Ahora, el Encargado del Registro Civil, podrá recabar apoyos humanos, técnicos y materiales necesarios que faciliten la prestación del consentimiento del o los contrayentes. Ya no estamos ante el imperativo: “se exigirá”, si no ante el facultativo: “podrá”. Además, y solo en el caso excepcional de que algún contrayente presente una condición de salud que, “de modo evidente, categórico y sustancial” le pueda impedir que, pese a esas medidas de apoyo, pueda prestar el consentimiento matrimonial, solo en este caso, recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Si el encargado acuerda la denegación, ésta deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento en el que se funde la denegación.

El cambio y la evolución es evidente²¹: de hablar de deficiencias o anomalías psíquicas y exigir directamente el dictamen a, en primer lugar, recabar apoyos, y, en segundo lugar, la circunstancia de que si, aun existiendo estos apoyos y ayudas, el interesado de forma evidente no pueda prestar el consentimiento, será entonces y solo en esta situación extrema y excepcional cuando el encargado del Registro recabará el informe médico. Después, como se ha señalado, resolución motivada de la denegación, en su caso.

En esta misma línea se incardina la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que de acuerdo con las nuevas tendencias favorables a la promoción del ámbito individual de actuación de personas afectadas por alguna discapacidad psíquica, consecuencia de los Tratados internacionales en la materia, declara la validez de un matrimonio estando el contrayente incurso en procedimiento de incapacitación, sin informe médico previo, considerando que ni la discapacidad intelectual ni la falta de informe médico son por sí causa de nulidad del matrimonio; sin olvidar la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada²².

2.4. La ausencia de expediente previo en el matrimonio en peligro de muerte

En los casos de matrimonio en peligro de muerte no debe, por razones de urgencia, tramitarse el expediente previo para la celebración del matrimonio, de modo, que la comprobación de la inexistencia de obstáculos para el matrimonio queda, con frecuencia, pospuesta a la posterior inscripción del Acta en el Registro Civil. Así, el todavía vigente art. 52 CC establece que: *“este matrimonio no requerirá para su autorización la previa*

²⁰ El artículo 56.2 CC queda redactado del siguiente modo:” *el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.*

²¹ Vid. M., CORERA IZU, “Discapacidad y derecho al voto”, en *Diario La Ley*, núm. 9148, 27 de Febrero de 2018, (LA LEY 1592/2018). También M^a. A., RENEDO ARENAL, “Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, (AIS: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología), Vol. 5, N^o. 2, 2017, pp. 218-222.

²² En cuanto al matrimonio de personas que alcanzan una edad avanzada, si bien, no se planteó en este caso ninguna cuestión sobre la capacidad nupcial, queremos recordar el tema del futbolista Alfredo Di Stefano, de 86 años que manifestó que quería contraer matrimonio con una persona cincuenta años más joven que él, sospechando sus seis hijos que no había intenciones honestas en esta pretensión matrimonial. Los hijos presentaron demanda de incapacidad al descubrir que en los Juzgados de Madrid habían comenzado a tramitarse los papeles para celebrar la boda de su progenitor con su secretaria y acompañante en los últimos años. El 24 de abril de 2013 se presenta por sus hijos la demanda de incapacitación y la solicitud de medidas cautelares en relación con los bienes. Tales medidas fueron adoptadas, aunque no se llegó a declarar su incapacidad. Falleció el 7 de julio de 2014.

formación de expediente, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada".

Sin embargo, con ello no se impide que el autorizante compruebe, someramente, la situación de peligro, ni que -siempre que sea posible y la urgencia del caso lo permita- se practiquen las pruebas necesarias para acreditar la concurrencia de los requisitos de capacidad matrimonial y de consentimiento al matrimonio por parte de ambos contrayentes (en especial, la aptitud mental de los contrayentes). En la práctica diaria²³ de los Encargados del Registro Civil, que son las autoridades que, con carácter general, se han venido encargando de la celebración de los matrimonios en peligro de muerte, podemos apreciar los siguientes trámites: primeramente, hay que subrayar que se exige en el momento de la solicitud inicial un principio de prueba de la urgencia vital, que puede ser aportada por cualquier persona; además, si hay dudas, se pide el dictamen urgente del Médico Forense de guardia adscrito al Registro Civil. A continuación, el Encargado accede a constituirse en el Hospital o domicilio donde se encuentra la persona, exigiendo que estén ambos contrayentes y dos testigos; en su caso, se puede auxiliar por el médico forense si hay dudas que pueda emitirse válidamente el consentimiento. Seguidamente, se redacta un Acta por el Secretario, donde se manifiesta por los contrayentes sus datos personales, estado civil -cotejando sus DNI- y la ausencia, a juicio del autorizante, de impedimentos y la existencia de plena capacidad. Por los testigos intervinientes se advierte lo manifestado por los contrayentes. Luego, el Encargado lee los artículos 66, 67 y 68 CC y prestado el consentimiento se les declara unidos en matrimonio. Advertir que se les requiere en el mismo Acta para que en el plazo de tres meses aporten la documentación pertinente, que queda unida al expediente que se ha formado con la comparecencia inicial y el Acta de celebración del matrimonio en peligro de muerte. Si está todo correcto, se dicta Auto aprobando el matrimonio celebrado el día que se documentó el Acta y la inscripción del mismo en la Sección 2º del Registro Civil, así como la expedición de Libro de familia.

Si bien, la exigencia del dictamen queda al libre arbitrio del funcionario o autoridad interviniente en la ceremonia, puesto que ese es el principio que recoge el art. 56 CC. De esta manera, la resolución de la DGRN de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003\4025), considera que "si el autorizante del matrimonio juzga por sí que un enfermo físico tiene la conciencia suficiente para contraer matrimonio, no hay razón para exigir un certificado médico corroborante, porque esto no se compaginaría con la urgencia que, por definición, tiene todo matrimonio en peligro de muerte". En concreto, en este supuesto resuelto por la Dirección General, junto con la solicitud de tramitación del matrimonio en peligro de muerte se aportó, como principio de prueba, certificado médico oficial en el que constaba que el contrayente de 90 años de edad se hallaba en plenas facultades mentales pero en deficientes condiciones físicas que le impedían desplazarse de su domicilio siendo su estado grave y hallándose en peligro latente de muerte. Con posterioridad a la celebración del matrimonio el 5 de septiembre de 2002, se presentó escrito en el Registro Civil por la hija del contrayente, instando la anulación del matrimonio por incapacitación del contrayente y aportando como documento una demanda de incapacitación contra su padre presentada el 22 de julio de 2002, que resultó desestimada en virtud del auto de 2 de septiembre de 2002.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que "es fundamental la decisión del Encargado, que puede ir precedida de una audiencia personal a la contrayente, quien por su inmediación a los hechos es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos", en el caso límite resuelto por la RDGRN de 17 febrero 2010 (JUR\2011\102449) que concierne a una persona en la fase terminal de una grave enfermedad y en peligro inminente de muerte, pues fallece al día siguiente de contraer matrimonio, estando sometida a medicación propia de cuidados paliativos. En el mismo sentido, la RDGRN de 10 septiembre de 1999 (RJ 1999/10139), en la que se estimó que no

²³ Esta es la documentación que actualmente se utiliza para la tramitación e inscripción del matrimonio en peligro de muerte: comparecencia y solicitud inicial; informe del médico forense; acta de celebración del matrimonio en peligro de muerte; auto acordando la inscripción registral; notificación del auto, firmeza y entrega del libro de familia. Se pueden visualizar tales documentos en el siguiente enlace: http://www.sd-a.com/RegistroCivil/EXP/EXP02.aspx?CDG=EM_09&Num02=hj14gbngo0sh1p55ravjck55

había existido un defecto en la celebración de un matrimonio en peligro de muerte por no haberse solicitado tal dictamen, dado que no había duda para el autorizante de la unión acerca de la capacidad de los contrayentes. Por el contrario, si en estos momentos previos a la celebración el autorizante constata la falta de capacidad de los contrayentes, no deberá celebrar el matrimonio. Éste es el supuesto que resolvió la RDGRN de 9 marzo de 1996 (RJ 1996/3361) en la que se denegó la celebración del matrimonio por no encontrarse el enfermo en condiciones para expresar su voluntad inteligiblemente, deduciéndose además de su comportamiento la intención de no casarse.

En el caso resuelto por la RDGRN de 21 octubre 2014 (JUR\2015\261429) el dictamen médico que se utiliza es de fecha posterior a la celebración del matrimonio, pero previo a su inscripción registral y es emitido por el Médico forense con ocasión de un procedimiento de incapacitación que se insta por los hijos del contrayente después de la celebración del matrimonio en peligro de muerte. Se celebra el matrimonio en el domicilio del interesado el 15 de octubre de 2012. Se realiza el informe del médico forense²⁴ el 13 de noviembre de dicho año en el marco del procedimiento seguido en relación con la capacidad del interesado. El 23 de noviembre de 2012, la Encargada del Registro Civil cita al Médico Forense que realizó el informe para que comparezca ante ella. El contrayente fallece el 1 de diciembre de 2012.

Es por ello que la misión de las personas facultadas para autorizar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte es especialmente delicada porque las circunstancias subjetivas del contrayente pueden hacer dudar si está o no en condiciones psíquicas suficientes para prestar el consentimiento matrimonial, consentimiento que se concibe como un requisito imprescindible para la validez del matrimonio. Por esto, los autorizantes de tales enlaces han de extremar el cuidado en la apreciación de la capacidad del afectado y, cuando la urgencia del caso lo permita, los Jueces Encargados del Registro Civil deberán recabar el oportuno dictamen médico, pues, aunque éste está previsto para el expediente previo al matrimonio (art. 56 CC) concurren las mismas o más fuertes razones para que, si ello es posible, no haya de prescindirse de esta garantía en el matrimonio en peligro de muerte de un enfermo²⁵.

Sobre lo delicado de la labor del autorizante del matrimonio en peligro de muerte y lo conveniente de desplegar una actividad investigadora, requiriendo el dictamen médico siempre que sea posible, consideramos interesante traer a colación el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de la Sala de lo Civil y Penal, de 26 diciembre de 2000 (ARP 2000\3312) que desestima el recurso de apelación y confirma el auto dictado por el Magistrado Instructor que acuerda el archivo de las diligencias por no ser los hechos constitutivos de delito; si bien, se disiente en el voto particular, considerando que a la jueza no debió pasarle desapercibida la falta de aptitud y capacidad del enfermo para prestar el consentimiento que el matrimonio requiere, existiendo fundados indicios

²⁴ En la comparecencia del Médico forense y en relación con la capacidad del contrayente en el momento de celebración de matrimonio para prestar un consentimiento matrimonial válido, éste manifiesta que no se podía descartar que en la fecha de celebración del matrimonio, el contrayente hubiera podido prestar un consentimiento válido, debido a la enfermedad de carácter degenerativo que sufría y que el interesado fue examinado aproximadamente un mes después del matrimonio, no pudiendo afirmarse que el deterioro cognitivo que el mismo presentaba en dicha fecha fuera retrotraíble al 15 de octubre, día en el que contrajo matrimonio. Por otra parte, se concluye que, a la vista de la firma que figura en el acta de matrimonio, que es de puño y letra del contrayente, parece que no tenía muy deteriorada su capacidad motriz a la hora de emitir dicha firma. Asimismo, obra en el expediente escritura de poder general otorgada por el Sr. C. el 7 de septiembre de 2012, un mes antes de la celebración del matrimonio, considerando el Notario que el poderdante tenía la capacidad legal para ello. Finalmente, fue la propia Encargada del Registro Civil la que procedió a celebrar el matrimonio, estimando que "pese a lo avanzado de su enfermedad en dicha fecha, [el Sr. C.] era perfectamente consciente de lo que hacía y entendía el sentido de las preguntas que se le dirigieron por la misma, y que prestó el consentimiento matrimonial sabiendo lo que ello comportaba, de todo lo cual dio fe la Secretaria Judicial que levantó la correspondiente acta. Junto a ello, todo el ritual de la boda en el que colaboró el contrayente, -ya que no estaba postrado en la cama, sino incorporado y vestido para la ocasión-, como fue el intercambio de anillos, beso, firma de su propio puño y letra del acta matrimonial, fotos- avalan la citada convicción"

²⁵ En este sentido la RDGRN de 16 marzo 1992 (RJ 1992\2570).

para estimar que conocía o conoció el estado físico y psíquico del enfermo con el que Josefina pretendía contraer matrimonio, entendiendo que las actuaciones deberían continuar.

Se discute acerca de si en la prestación del consentimiento por don Feliciano en el matrimonio celebrado *in articulo mortis* el 12 de noviembre de 1997 con doña Josefina y autorizado por la señora Juez de Paz Sustituta, ésta autorizó el matrimonio de persona que no podía prestar ese consentimiento dada su condición física, lo que se hizo siendo plenamente consciente la autorizante de esta circunstancia que determina la causa de nulidad del número 1º del artículo 73 del Código Civil, incurriendo en delito de autorización de matrimonio ilegal del art. 219.1 del Código Penal.

La Sala de lo Civil y lo Penal, compartiendo la opinión del Magistrado Instructor estima la inexistencia de delito en base a lo siguiente: “a) que no existe en las actuaciones indicio alguno de que la señora Juez conociera a los contrayentes antes de que la contrayente se presentara en el Juzgado de Paz, interesándose por la celebración del matrimonio *in articulo mortis*. Después, al llegar a ese Centro hospitalario, nada permite afirmar que la señora Juez tuviera el propósito de autorizar un matrimonio ilegal, y nada lo permite porque de todos los hechos conocidos ninguno consiente ni siquiera sospechar intención alguna de favorecer o de perjudicar a otra persona. b) que los acontecimientos se desarrollaron de modo que la señora Juez pudo estar convencida de que el matrimonio se autorizaba, sí con un hombre en estado de grave enfermedad, pero, por otro lado, sin nada que le hiciera pensar que podía llegar a realizar algo ilegal. La señora Juez al entrar en la habitación del Hospital se encontró: Con un Capellán, sacerdote católico, que le decía que el enfermo se comunicaba con el exterior abriendo y cerrando los ojos y apretando la mano y que así lo había hecho desde su ingreso en el Centro, debiendo añadirse que el Capellán visitaba al enfermo casi todos los días. Con la madre de otro enfermo ingresado en el mismo Centro y habitación, que decía que el señor M. mostraba su consentimiento por medio del parpadeo de los ojos y que a veces le caían lágrimas. Por fin, con la señora G., la otra contrayente del matrimonio, que afirmaba lo mismo.

En estas circunstancias siempre será posible decir que la señora Juez al entrar en la habitación debió de recabar la opinión de un médico sobre la capacidad mental del enfermo, pero ello será, primero, una conclusión *a posteriori* y, después, una generalidad carente de sentido en el caso concreto. (...). El delito de autorización de matrimonio ilegal exige, según el artículo 219.1 del Código Penal, que el autorizante tenga conocimiento de la causa de nulidad, y el mismo presupone la realización de una autorización siendo plenamente consciente de una circunstancia que conduce a la nulidad. De la interpretación literal de la norma podría incluso estimarse que no se trata ya de que el autorizante se asegure de algún modo, desplegando una actividad investigadora, de que el contrayente puede válidamente prestar su consentimiento, sino de saber que no puede hacerlo.

Ese conocimiento no puede estimarse que concurriera en la señora Juez Sustituta. La Sala estima que, sin dejar de aludir como cláusula de estilo, a que pudo realizar esa actividad investigadora, la señora Juez Sustituta actuó dentro de los parámetros de lo que puede estimarse razonable en un matrimonio *in articulo mortis*, atendidas las circunstancias objetivas concurrentes y la subjetivas propias de la persona en cuestión”.

2.5. El dictamen médico que acredite la gravedad de la situación y la capacidad del contrayente cuando el peligro de muerte deriva de enfermedad o estado físico

La nueva regulación del matrimonio en peligro de muerte plasmada en el art. 52 CC señala en su último párrafo que “*no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada*”; si bien se añade una importante aclaración relativa a la aplicación de lo dispuesto en el art. 65 CC, esto es, la exigencia de que se proceda antes de la inscripción del matrimonio celebrado a la

constatación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 44 a 48 CC, sobre capacidad para contraer matrimonio.

Luego del precepto transcrito se desprende, en consonancia con la concurrencia del riesgo vital y continuando con lo previsto por la legislación anterior, que no se exige para la celebración del matrimonio del que se halle en peligro de muerte “*constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio*” (según nueva redacción del art. 51.1 CC).

La mayor novedad introducida por la LJV/2015 es la exigencia formal consistente en la necesidad de contar con un dictamen médico que tiene una doble función: por un lado, permitir al sujeto oficiante de la celebración del matrimonio controlar si el contrayente tiene una consciencia suficiente para contraer matrimonio. En segundo lugar, corroborar la gravedad de la enfermedad, esto es, la probabilidad de que el sujeto fuere a fallecer en un corto periodo de tiempo, que justifique la posibilidad de acudir a esta forma extraordinaria de celebración del matrimonio. A su vez, el peligro de muerte ha de derivar “*de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes*”²⁶. Con todo, el precepto permite excusar el incumplimiento del requisito del informe médico en caso de imposibilidad acreditada. La exigencia del dictamen médico parece referirse únicamente al matrimonio contraído por persona aquejada de grave enfermedad, esto es, al supuesto previsto en el número primero de este art. 52 CC, y no así al matrimonio de contrayentes en situación objetiva de riesgo para su vida, contemplado en los números segundo y tercero del art. 52 CC.

Siguiendo a MINERO ALEJADRE²⁷, la autora estima que “con la exigencia del informe médico se trata de evitar que la aplicación del artículo 52 CC se convierta en un subterfugio para evitar tener que cumplir con las exigencias de informe médico y expediente o acta matrimonial previstas en el art. 56 CC, cuando la gravedad de la situación no sea extraordinaria y justificativa de la aplicación del art. 52 CC”. Si bien, con las últimas reformas introducidas tendentes a facilitar el matrimonio de las personas con discapacidad el ámbito objetivo de aplicación de la exigencia de examen médico conforme al art. 52 CC es mucho más amplio que el supuesto tradicionalmente contemplado en el párrafo segundo del art. 56 CC, pues este último viene limitado al supuesto en el que uno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, que se amplió tras la reforma realizada por la LJV, a la deficiencias sensorial del contrayente y, finalmente ha quedado reducida la exigencia del dictamen médico para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo.

Así, estimamos que la reforma introducido en 2015 se ha limitado a exigir expresamente lo que venía siendo una práctica oficiosa que ya se realizaba por los Encargados del Registro civil, pues por un lado, exigían con anterioridad a la celebración del matrimonio, en el momento de la solicitud inicial, un principio de prueba de la urgencia vital para determinar la entidad del riesgo de muerte que afecta al paciente; y por otro, si bien la urgencia del

²⁶ Según CARRIÓN VIDAL “las anomalías psíquicas parece deban ser reconducidas a la enfermedad, en tanto que el estado físico aludiría, por ejemplo, a la existencia de secuelas incompatibles con la vida, y derivadas (por ejemplo) de un accidente de tráfico. En cualquier caso, el ámbito de lo puramente “físico” exigirá un cierto grado de precaución, por cuanto una de dos: o se tratará de supuestos en su mayor parte reconducibles a la “enfermedad”, o en otro caso, no resulta del todo fácil admitir que lo puramente “físico” pueda erigirse en obstáculo para la celebración del matrimonio, siempre claro es que el consentimiento pueda emitirse de modo consciente, lo cual es perfectamente compatible, como es obvio, con la posible existencia de anomalías físicas incluso graves. El derecho a contraer matrimonio, la libertad nupcial, reconocida en el art. 32.1 CE, obliga de suyo a concluir que las barreras al ius connubi sean las menores posibles” (vid. vid. A., CARRIÓN VIDAL, “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 385. Consultado en <http://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/comentarios-a-vuela-pluma-en-materia-de-capacidad-y-forma-de-celebracion-del-matrimonio-tras-la-modificacion-del-codigo-civil-por-la-ley-152015-de-2-de-julio-de-la-jurisdiccion-voluntaria-boe-d/>

²⁷ G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, p. 146.

caso eximía de la formación del expediente previo²⁸, el autorizante extremaba el cuidado para apreciar una capacidad suficiente de los contrayentes para prestar válido consentimiento matrimonial desplegando, cuando era posible, una actividad investigadora y apoyándose en el previo dictamen médico.

En cualquier caso, tal y como precisa MINERO ALEJANDRE²⁹, el cumplimiento de la exigencia del informe médico no exime de la comprobación, para la inscripción registral del matrimonio, de la capacidad de las partes y de la inexistencia de vínculo matrimonial previo, en ejercicio de lo dispuesto en el art. 65 CC.

2.6. Los funcionarios o autorizantes del matrimonio en peligro de muerte

El reformado apartado segundo del art. 51 CC ha introducido una serie de modificaciones en la regulación de la competencia para la celebración del matrimonio. En primer lugar, la antigua competencia del Juez encargado del Registro Civil se sustituye por la del Juez de Paz y se elimina la referencia a la competencia del sujeto designado reglamentariamente en los municipios en los que no resida el Juez encargado del Registro Civil. A ello se une la tradicional competencia del Alcalde del municipio donde se celebra el matrimonio, lo que incluye la posibilidad de delegación de la atribución a los concejales. Seguidamente, se cita la competencia para autorizar el matrimonio del Secretario Judicial o Letrado de la Administración de Justicia y del Notario³⁰ que hubiera sido elegido por los contrayentes, siempre que ese sujeto ostente competencia en el lugar de celebración. Finalmente, se mantiene la competencia sustitutiva por razones de extraterritorialidad del funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero. Por tanto, se amplía considerablemente la lista de personas ante las que se puede prestar el consentimiento matrimonial. Ello se ve completado con las indicaciones contenidas en el art. 57 CC³¹ que distingue entre la competencia para instruir el expediente previo y la facultad que tiene el que sea competente para instruirlo de delegar su celebración ante una autoridad o funcionario distinto. En definitiva, al igual que ocurre ahora, puede suceder que instruya el expediente o el acta uno de los funcionarios que enuncia el art. 51.1CC atendiendo al domicilio de uno de los contrayentes y que se celebre ante otro distinto en una población en que no tengan su domicilio ninguno de los novios; pero a diferencia de lo que ocurría antes, la delegación del instructor deja de ser discrecional y pasa a estar vinculada a la solicitud de los que quieren casarse en forma civil.

²⁸ Vid, RDGRN, de 9 de marzo de 1996 (RJ: 1996/3361), en la cual se ha negado la posibilidad de contraer tales nupcias cuando el enfermo no se encuentra con la capacidad natural para expresar su voluntad de modo inteligible. Por el contrario, en la RDGRN, de 16 marzo 1992 (RJ: 1992/2570), sí se ha admitido cuando aun a pesar de encontrarse el enfermo internado en la Unidad de Cuidados Intensivos de un Hospital, en estado muy grave, sometido a una intensa medicación y a ventilación mecánica, el mismo se podía comunicar por medio de signos afirmativos o negativos realizados con la cabeza. Además, consta un certificado del Jefe del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital en el que se afirma que el enfermo estaba, en el mismo día en que tuvo lugar el enlace, en uso de sus facultades mentales y que, a la vista de este certificado, el Juez Encargado del Registro Civil procedió a autorizar el matrimonio, en presencia de los contrayentes y dos testigos, levantándose el acta oportuna por el Secretario.

²⁹ G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, p. 146.

³⁰ La Circular del Consejo General del Notariado 1/2015, de 18 de julio de 2015, aprobada por posterior Instrucción de la DGRN (Instrucción de 3 de Agosto de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la intervención de los Notarios y Secretarios Judiciales en la celebración de bodas al amparo de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria) consideró que, a pesar de que la entrada en vigor sobre la tramitación de los expedientes matrimoniales y de los nuevos artículos de la Ley del Notariado relativos a la celebración del matrimonio se encuentre aplazada hasta la definitiva entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 2011, los notarios podrían otorgar válidamente las escrituras de celebración del matrimonio a partir de la misma entrada en vigor de la LJV/2015, sujetándose a las reglas generales de la legislación notarial y el Código Civil.

³¹ Tras su redacción por la Ley 15/2015 dice esta norma que “*el matrimonio tramitado por el Secretario judicial o por funcionario consular o diplomático podrá celebrarse ante el mismo u otro distinto, o ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue, a elección de los contrayentes*”; que “*si se hubiere tramitado por el Encargado del Registro Civil, el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue, que designen los contrayentes*”; y por último que “*si fuera el Notario quien hubiera extendido el acta matrimonial, los contrayentes podrán otorgar el consentimiento, a su elección, ante el mismo Notario u otro distinto del que hubiera tramitado el acta previa, el Juez de Paz, Alcalde o Concejál en quien éste delegue*”.

En plena coherencia con lo establecido en el art. 51, el mencionado art. 52 CC que regula la celebración del matrimonio *in extremis* muerte permite a los contrayentes que se encuentran en tal supuesto de hecho beneficiarse de la ampliación del listado de sujetos con competencia general para la celebración de matrimonios.

Conectando con lo dicho, la reforma introducida por la LJV/2015 ha afectado al listado de sujetos competentes para la celebración del matrimonio de persona que se halle en peligro de muerte. Al Oficial o Superior inmediato de contrayentes militares en campaña y al Capitán o Comandante de contrayentes a bordo de nave o aeronave, prevista en los números segundo y tercero de esta norma se suma una ampliación de la lista de posibles sujetos oficiantes que se preveía en el primer apartado. A la tradicional competencia del Juez Encargado del Registro civil, el delegado de éste o el Alcalde, (si bien, cuando cese la *vacatio legis* desaparecerá la posibilidad de celebrar este matrimonio urgente ante el Juez encargado del Registro Civil) se une la de los sujetos mencionados en el nuevo art. 51.2 CC, en relación a matrimonios que no presentan la característica del peligro de muerte, esto es, el Secretario judicial, Notario o Funcionario diplomático o consular Encargado del Registro civil en el país extranjero. En la nueva redacción de esta norma se contempla expresamente la posibilidad de que el Alcalde delegue la competencia para la celebración en el correspondiente Concejal.

La competencia para celebrar esta forma extraordinaria de matrimonio se otorga a los sujetos mencionados en el art. 52 CC de forma concurrente o alternativa³², habiéndose superado la interpretación que defendía el carácter subsidiario de la competencia del Alcalde con respecto a la del Juez Encargado del Registro civil y a la del delegado. La tradicional falta de exigencia a los sujetos implicados en la celebración del matrimonio in articulo mortis de las reglas sobre competencia territorial e innecesariedad de formalizar la correspondiente delegación es extensible a la nueva redacción del artículo 52 CC, a pesar de la eliminación de la mención “*aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva*”, que expresamente contemplaba el primer epígrafe del precepto mencionado.

El nuevo texto, igual que ocurría en la redacción anterior, sigue exigiendo la presencia de dos testigos mayores de edad en el momento de la celebración del matrimonio en peligro de muerte. Sobre este particular, la doctrina³³ se había pronunciado sobre lo innecesario de este requisito, entendiendo que lo correcto habría sido eliminar la presencia de los dos testigos. Se argumentaba que de ser necesarios, ya aparecían previstos en el anterior art. 57 CC³⁴; destacando, por otra parte, que dado que la ausencia de éstos en la ceremonia no daba lugar a la nulidad del matrimonio si la misma estaba fundada en una “imposibilidad acreditada”, todo ello contribuía a reforzar la postura de su innecesariedad.

Sin embargo, si antes de la reforma se acreditaba la imposibilidad de la presencia de los testigos el matrimonio continuaba siendo válido, en cambio en el nuevo art. 52 CC no hay excepción alguna por cuanto a la presencia de los testigos se refiere; ello ha llevado a concluir a CARRIÓN VIDAL³⁵ que la ausencia de testigos acarreará la nulidad del matrimonio del que se halle en peligro de muerte, al no quedar amparado el supuesto por el art. 53, y sí por el contrario hallarse por completo incluido en el número 3º del art. 73 CC.

³² Vid. en este sentido a G., MINERO ALEJANDRE, “Artículo 52”, en ob. cit., en nota 3, pp. 143-144.

³³ Vid. E., ABAD ARENAS, “El art. 52 del CC y el matrimonio “in extremis”: nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social”, (...), ob. cit., en nota 5, pp. 12-13.

³⁴ El art. 57 CC, en su nueva redacción, no en la todavía vigente, se olvida de añadir que en el acto de prestación del consentimiento matrimonial es además requisito de solemnidad la presencia de dos testigos mayores de edad, pero así habrá de seguirse entendiendo a la vista de lo dispuesto en su art. 73.3 CC

³⁵ Según la autora “conduce, necesariamente, a tal interpretación la circunstancia de que la salvedad “*salvo imposibilidad acreditada*” viene referida, exclusivamente, al supuesto en el que derivando el peligro de muerte “*de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes*”, no sea posible emitir “*dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación*”, vid. ob. cit., A., CARRIÓN VIDAL, “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras la modificación del Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, ob. cit. en nota 26, p. 384.

2.7. Inscripción del matrimonio en peligro de muerte

Como señala la mayoría de la doctrina³⁶, el matrimonio celebrado en peligro de muerte tiene validez desde el momento de la celebración, a diferencia de la regulación anterior (arts. 93, 94 y 95 CC) que le atribuía carácter condicional, mientras no se acreditara legalmente la libertad previa de los contrayentes, si bien la doctrina no había llegado a soluciones acordes sobre el sentido de dicha condicionalidad. El actual art. 52 CC no contiene referencia alguna al carácter condicional del matrimonio, y únicamente se establece que cuando el matrimonio se haya contraído sin haberse tramitado el expediente previo, antes de inscribirse en el Registro Civil deberá el encargado comprobar si concurren los requisitos legales para su celebración (art. 65 CC). Pero de ello no se sigue que el matrimonio en peligro de muerte haya de calificarse de condicional, sino que el matrimonio será válido si se han cumplido los requisitos que exige la ley para su celebración y nulo si se contrajo no encontrándose ninguno de los contrayentes en peligro de muerte (art. 73.3 CC) o concurriendo alguno de los impedimentos o prohibiciones que establece la ley (art. 73.2 CC).

Por otra parte, la nueva regulación del matrimonio *in articulo mortis* recogida en el art. 52 CC, añade expresamente una importante aclaración relativa a la aplicación de lo dispuesto en el art. 65 CC³⁷, esto es, la exigencia de que se proceda antes de la inscripción del matrimonio celebrado a la constatación del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 44 a 48 CC, sobre capacidad para contraer matrimonio. Luego, en ausencia de un examen previo, se prevé un control posterior³⁸, en el momento de la inscripción, con el fin de evitar que puedan entrar en el Registro Civil matrimonios que incumplen los requisitos de validez legalmente establecidos, por lo que el nuevo³⁹ art. 65 CC seguirá siendo aplicable -al igual que el anterior- en los casos de matrimonio en peligro de muerte, del celebrado por un español fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y del celebrado por dos extranjeros en España cumpliendo la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

La comprobación que ha de efectuar el encargado del Registro antes de proceder a inscribir el matrimonio puede discurrir por dos caminos registrales distintos.⁴⁰ El primero, parte de la existencia del acta que el autorizante del matrimonio *in extremis* extenderá, una vez celebrado. En tal caso, el encargado comprobará la realidad del hecho y su legalidad

³⁶ L., PUIG FERRIOL, "Comentario al artículo 52 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, tomo I, 1991, pp. 284-286. Por su parte, considera ABAD ARENAS que la inscripción comporta que su eficacia se retrotraiga al momento de la celebración, y mientras ello se comprueba, tanto la validez como los efectos del mismo quedarán en suspenso, por tanto, si se deniega la inscripción por no concurrir aquéllos, el matrimonio entendemos que no habrá llegado a existir (vid. E., ABAD ARENAS, "El art. 52 del CC y el matrimonio "in extremis": nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social", en op. cit., en nota 5, pp. 11-12).

³⁷ La nueva redacción del art. 65 CC, (cuya entrada en vigor está prevista en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según establece la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio) obliga al Secretario judicial, al Notario, o al funcionario diplomático o consular que lo haya celebrado a comprobar "antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción (...) si concurren los requisitos legales para su validez"; y de haber tenido lugar su celebración ante una autoridad o funcionario sin competencia para llevar a cabo el control previo, la misma está obligada a remitir la correspondiente acta al Encargado del Registro Civil, que en este caso debe abrir un expediente posterior para poder inscribirlo.

³⁸ A., PANIZA FULLANA, "Matrimonio en peligro de muerte", coords. F. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez, O. Monje Balmaseda en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, vol. 1 parte sustantiva, Dykinson, 2011, pp. 243-244.

³⁹ La redacción anterior a 2015 del mencionado precepto excluía de su aplicación a los matrimonios celebrados en forma religiosa (que se regían por el art. 63.II CC). Sin embargo, considera MINERO ALEJANDRE que la nueva redacción de este precepto busca abarcar la totalidad de formas de celebración del matrimonio y dar una solución al incumplimiento de la exigencia de certificación de la capacidad matrimonial de los contrayentes con carácter previo a la fecha de celebración del matrimonio, conforme se exige para el matrimonio en forma civil en los arts. 51 y 56 CC; y para el matrimonio en forma religiosa en la normativa específica que le es de aplicación (art. 7 de las Leyes 24 y 25/1992, para los matrimonios evangélico y judío; y el art. 60.2 para los matrimonios de confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y que cuenten con reconocimiento de notorio arraigo en España). Vid. G., MINERO ALEJANDRE, "Artículo 65 del Código Civil", op. cit. en nota 3, pp.179-181.

⁴⁰ M. J., MARÍN LÓPEZ, "Artículo 56 del Código Civil", coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano de *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2001, p. 166.

conforme a la ley española, a través del título presentado y de las declaraciones complementarias oportunas (art. 256 RRC); no se ve obligado, por tanto, a tramitar un verdadero expediente. En caso de no existiera tal acta, el segundo instrumento registral es el previsto en el art. 257 RRC. Siempre que haya dudas de la realidad del matrimonio o no existan los documentos del art. 256 RRC, el encargado deberá tramitar un expediente, y éste concluirá permitiendo la inscripción únicamente cuando se acredite debidamente la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos⁴¹.

III. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN PELIGRO DE MUERTE

En nuestro ordenamiento jurídico-positivo la validez del matrimonio viene condicionada, en primer término, a la concurrencia en los contrayentes de ciertos requisitos o presupuestos objetivos, tipificados por la ley, que lo son de validez del matrimonio. (arts. 46 y 47 CC), en segundo lugar a la prestación libre, y sin vicios invalidantes, del consentimiento matrimonial, según previene el artículo 45, y, finalmente, a la concurrencia de los requisitos formales establecidos en los artículos 49 y siguientes; de ahí que la falta de cualquiera de dichos condicionantes determine la nulidad⁴² del vínculo matrimonial del artículo 73.

Sin embargo no todas las expresadas causas ostentan el mismo rigor respecto de la sanción de la ineficacia *ex tunc* del vínculo conyugal contraído, pues el principio del *favor matrimonii* permite en determinados supuestos la ulterior convalidación del vínculo matrimonial que, al momento de su celebración, adolecía de determinados defectos en principio invalidantes, ya por una tácita renovación de un consentimiento que entonces no se pudo prestar, por falta de discernimiento suficiente, o bien por el voluntario o libre mantenimiento de la convivencia matrimonial una vez cesado el vicio del consentimiento que concurrió al momento de su prestación (arts. 75 y 76), y ello sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 78 respecto de la buena fe con que se contrajo el matrimonio, en cuanto superadora de defectos de forma. Es en dichos ámbitos donde el Código civil permite la superación del rigor dimanante de la literalidad del art. 73, lo que obviamente excluye otros posibles mecanismos jurídicos sanadores de vicios invalidantes del negocio matrimonial, que ni la analogía permite, ni atempera la equidad.

3.1. Nulidad por ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensables

Nuestro ordenamiento jurídico positivo es tajante, y sin fisura posible, al exigir, como ineludible e insuperable condición para la validez de una unión nupcial, el que, al momento de su celebración, ambos consortes gocen de absoluta libertad, en cuanto no ligados por un vínculo matrimonial anterior subsistente, de tal modo que el segundo matrimonio queda impedido en tanto subsista el primero, lo que tiene lugar mientras no se haya disuelto por

⁴¹ En el supuesto de la RDGRN de 10 de septiembre de 1999 se pone de manifiesto que cuando el matrimonio en peligro de muerte está documentado en el acta oportuna (art. 256.1º RRC), la inscripción de tal acta se efectúa, no por medio de ningún expediente (art. 257 RRC), sino por la calificación del Encargado de dicha acta y de las declaraciones complementarias oportunas (art. 256 «fine» RRC en relación con el art. 654 CC). La intervención del Ministerio Fiscal sólo es preceptiva en la tramitación de expedientes, pero no en la labor de calificación.

⁴² Siguiendo a De Pablo Contreras, las principales causas de nulidad que pueden afectar al matrimonio son: 1) Ausencia de los presupuestos o requisitos para la válida prestación del consentimiento matrimonial, salvo dispensa de los que son dispensable (arts. 73. 2, 46, 47 y 48 CC). 2) Ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo y la existencia en el prestado de un vicio que haga que aquél no sea plenamente consciente o libre (art. 73.1, 4 y 5 CC). 3) La no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (art.73.1 CC). 4) El incumplimiento de los requisitos de forma *ad solemnitatem* impuestos por la ley para la recepción del consentimiento de los contrayentes (art. 73.3 CC) o, en su caso, de otras formalidades. Vid. P. DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en ob. cit., nota 1, p. 141-142.

muerte, por la declaración de fallecimiento del otro cónyuge (pero será válido si se celebra el segundo después de la fecha en que se entienda acaecido el fallecimiento según la resolución que lo declare: vid. párrafo segundo del art. 195 CC) o por el divorcio desde la sentencia que así lo declare (cfr. art. 85 CC).

Es lo que acontece en el supuesto resuelto por la RDGRN de 8 de junio de 2005⁴³. Se trata de un caso sobre el que no hay duda de la nulidad del matrimonio que se pretende inscribir; en concreto es un matrimonio en peligro de muerte celebrado el 29 de agosto de 2001, pues en tal fecha la contrayente estaba ligada a un matrimonio anterior, celebrado con otro español en 1999, del cual no se divorció sino por sentencia judicial de 8 de octubre de 2002. Consiguientemente el segundo matrimonio de la interesada es nulo por concurrir el impedimento de ligamen (art. 46.2 CC).

Existe también un impedimento de ligamen en el supuesto que resuelve la RDGRN de 18 de febrero de 1995 (RJ 1995\2280). En este caso, el interesado celebra un primer matrimonio en 1946; en 1975 a iniciativa de la esposa se declara judicialmente el fallecimiento de aquél; en 1980, recae resolución judicial que deja sin efecto la declaración de fallecimiento por reaparición del desaparecido. En marzo de 1990 se autoriza en peligro de muerte el segundo matrimonio de esta persona con otra mujer; en mayo 1990 muere el contrayente y en junio se pronuncia sentencia de divorcio por que se disuelve el matrimonio celebrado en 1946. En este caso la Dirección General consideró que el matrimonio subsistió hasta el fallecimiento del contrayente en mayo 1990, de manera que en marzo de 1990, el estado civil del contrayente seguía siendo casado y no puede inscribirse el segundo matrimonio celebrado en peligro de muerte, ya que es nulo por concurrir impedimento de ligamen.

3.1.1.- Impedimento de vínculo y disolución del primer matrimonio por la acción de divorcio. Sus características

Acerca de las particularidades que presenta la acción de divorcio como acción de estado, GARCÍA CANTERO⁴⁴ ha destacado su carácter personalísimo, la exigencia de ejercicio judicial, su carácter constitutivo, que es imprescriptible e irrenunciable. Tales características reclaman una matización después de las reformas que ha experimentado el matrimonio desde 2005. Ciertamente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, decidió basar la normativa del matrimonio y sus incidencias en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad. Este predominio del consentimiento se manifiesta especialmente en la regulación del divorcio, dada la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegación de causa o motivo alguno, de modo que el Juzgador, al resolver sobre la procedencia o no del divorcio solicitado, carece de margen de ninguna clase para desestimar esa pretensión, salvo que no se cumpla el período mínimo de tres meses de vigencia del matrimonio.

3.1.1.1. Exigencia de ejercicio judicial

Señala GARCÍA CANTERO que cuando se resalta que la acción de divorcio sólo es ejercitable mediante un procedimiento judicial que finalice en sentencia firme, se quiere dejar claro que los cónyuges no pueden divorciarse por su propia autoridad en forma privada, ni ante notario, ni ante cualquier otra autoridad pública.

Sin embargo, con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria el divorcio pierde la que permanecía como una de sus características más destacadas, pues ya no será, en todo caso, judicial, compartiendo escenario con el nuevo divorcio de mutuo acuerdo sin intervención del Juez, que se materializa en el divorcio notarial y el divorcio decretado por el Letrado de la Administración de Justicia, ambos previstos para aquellos casos

⁴³ BOE núm. 165 de 12/7/2005.

⁴⁴ G., GARCÍA CANTERO, "Comentario a los artículos 88 y 89 del CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo*, Tomo II (arts. 42 al 107 CC), Madrid, 1982 (Id. vLex: VLEX-229686).

considerados menos conflictivos -hay acuerdo entre los cónyuges, y en su caso con otras personas afectadas-, y menos problemáticos -no hay personas dependientes, ni sospecha de lesión grave a los intereses implicados-. En cualquier caso, cuando proceda el divorcio judicial -previsto para aquellos casos en que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores o cuando se trate de un divorcio contencioso (arts. 86 y 87 CC)-, la actuación judicial seguirá estando presidida por el automatismo, nota que la doctrina refiere a la inexistencia de margen alguno de discrecionalidad en la apreciación de la situación, pues si concurren los requisitos que la ley exige, habrá de dictarse la correspondiente sentencia de divorcio.

3.1.1.2. Carácter personalísimo. Muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción de la acción de divorcio

Establece el art. 88 CC que “*la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges*”, luego, al hacerse depender la vigencia de la misma de la supervivencia de ambos cónyuges, parece lógico concluir que la acción de divorcio es personalísima, de suerte que únicamente puede ser ejercitada por los cónyuges. La referencia legal del art. 88 significa, por lo tanto, que el fallecimiento de uno de los cónyuges impide la continuación del proceso de divorcio ya iniciado.

Este carácter personalísimo puede plantear problemas tales como determinar cuáles son las consecuencias del inicio de un proceso de divorcio cuando se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges antes de llegarse a dictar sentencia, o cuando ya ha habido sentencia pero no notificada aún, o ya notificada, pero sin que aún haya adquirido firmeza la sentencia.

En tales situaciones ¿que procede hacer?. Se pueden plantear dos posibles caminos: permitir la continuación del proceso hasta su conclusión mediante sentencia o aplicar el criterio estricto de extinción automática de la acción de divorcio por muerte de alguno de los cónyuges y finalización por tal causa del proceso ya iniciado, quedando disuelto el matrimonio por la muerte de unos de los cónyuges (art. 85 CC).

La Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno, ha dictado una sentencia de fecha 16 de abril de 2015⁴⁵, en la que ha sentado doctrina en torno a la eficacia de la sentencia de divorcio dictada de mutuo acuerdo en un supuesto⁴⁶ en que no llegó a notificarse a uno de los cónyuges por su fallecimiento concluyendo que el dictado de la sentencia de primera instancia, estando ambos cónyuges de acuerdo en cuanto a la petición de divorcio, determina la disolución del vínculo por dicha causa, no produciendo efecto distinto el fallecimiento de uno de los cónyuges en fecha posterior a dicha sentencia, aunque aún no hubiera sido notificada. Así, el Supremo confirma la decisión de la Audiencia y sienta doctrina en torno a la eficacia de la sentencia de divorcio, que determina la disolución del vínculo por dicha causa.

⁴⁵ Vid. La Ley 37421/2015. Reitera la doctrina sentada por esta sentencia la SAP de Murcia de 19 de enero de 2016 (La Ley 2388/2016).

⁴⁶ Los hechos son los siguientes: En primera instancia se dictó sentencia estimando la demanda de divorcio interpuesta por el exmarido, sin que procediera la adopción de medida alguna dada la inexistencia de hijos comunes y la escasa duración del matrimonio, que además deniega la solicitud de la mujer, que, estando de acuerdo con la solicitud de divorcio, pedía se fijase una pensión compensatoria a su favor.

No obstante, como el demandante falleció cuatro días después de que se dictara dicha sentencia sin que la misma hubiera sido notificada, la exmujer interesó en apelación que se decretara la nulidad de actuaciones y el archivo del procedimiento –en el trámite de notificación de la sentencia-, y, subsidiariamente, que se revocara la sentencia de primera instancia en cuanto al pronunciamiento recurrido y acordase una pensión compensatoria con efectos desde la fecha en que se dictó, lo que fue rechazado por la Audiencia.

La demandante solicita que se declare que la extinción del vínculo matrimonial se ha producido en este caso por fallecimiento de uno de los cónyuges y no por divorcio, para ello interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Infracción del artículo 85 del Código Civil; 2) Infracción del artículo 88 del Código Civil; y 3) Infracción del artículo 89 del Código Civil.

Por su parte el recurso de casación se formula por interés casacional basado en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca del momento en que la sentencia dictada produce efectos.

3.1.1.3. Efectos de la sentencia de divorcio. Su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo

Según declara el nuevo art. 89 CC, “*los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil*”.

De tal precepto se deriva que la acción de divorcio tiene carácter constitutivo. Ello es así aunque la poca afortunada redacción del art. 89 parezca dar a entender que la sentencia es meramente declarativa. A diferencia de la declaración de nulidad del matrimonio, la sentencia de divorcio no mira al pasado; el matrimonio producirá todos sus efectos hasta el momento de su firmeza, y sólo dejará de producirlos para el futuro. El efecto pretendido por el accionante en divorcio, a saber, la ruptura del vínculo, sólo puede lograrse mediante la sentencia y a partir de su firmeza, sin tener nunca efectos retroactivos, son efectos *ex nunc*.

Sin embargo, dicha norma no dice explícitamente que el divorcio declarado no pueda tener efectos retroactivos, o que no los pueda tener, en algunos casos, al menos a partir de la fecha de interposición de la demanda de divorcio. Lo único que dice con claridad es que el divorcio, por comparación con la sentencia de nulidad matrimonial, no tiene el mismo efecto que esta última, donde sí hay efectos claramente retroactivos, al declarar la inexistencia del vínculo matrimonial desde el momento mismo de su celebración.

A este respecto, y frente a la opinión clásica partidaria de los efectos *ex nunc* de la sentencia de divorcio, debe recordarse que el cambio de paradigma en materia de divorcio, en el sentido de dar preponderancia total a la voluntad (unilateral o bilateral) de divorciarse, puede haber afectado también a esta cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la resolución judicial de divorcio.

Así, en la medida en que conste ante la autoridad encargada de decidir la disolución por divorcio, la existencia de una voluntad de al menos uno de los cónyuges de divorciarse, en tanto la misma sea clara e inequívoca, no debería haber inconveniente en retrotraer la eficacia de la sentencia que ulteriormente se dicte, a la fecha en que se hizo esa manifestación ante dicha autoridad. En suma, se trataría de retrotraer los efectos de la sentencia, no ya al momento de celebración, sino al momento que hoy debemos considerar como decisivo en materia de divorcio, es decir, el de la presentación de la demanda unilateral o de la solicitud conjunta de divorcio.

3.1.1.4. Problemas derivados de la presentación de demanda de divorcio, cuando se celebra un segundo matrimonio en peligro de muerte antes de la firmeza de la sentencia de divorcio del primer matrimonio dictada en primera instancia, y luego fallece el solicitante

Esta cuestión ha sido tratada tanto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado como ante los tribunales, en la RDGRN de 31 de marzo de 1987 (RJ 1987\2895) y la SAP de Madrid de 21 abril 1997 (AC 1997\1666). Ambas resoluciones hacen referencia al mismo supuesto. Se trata de un matrimonio in articulo mortis celebrado entre D^a Mari Cruz y D. Gonzalo el 21 de septiembre de 1985. La sentencia que declaró resuelto un anterior matrimonio del contrayente era de 21 de abril de 1984, si bien, no había alcanzado firmeza por falta de notificación a la anterior esposa, en situación procesal de rebeldía. D. Gonzalo estaba convencido de que ya estaba divorciado, y por ello pretendía institucionalizar las relaciones que venía manteniendo con D^a Mari Cruz. Se produce el fallecimiento de D. Gonzalo el 7 de enero de 1986 antes de que la referida resolución disolutoria del anterior vínculo conyugal hubiese adquirido firmeza, que no tiene lugar hasta el día 20 de febrero de 1986.

La DGRN advirtiendo a la interesada de la posibilidad de que el matrimonio cuestionado pudiera producir efectos civiles por aplicación del art. 79 CC y dejando a salvo la posible

responsabilidad de las personas por quienes una sentencia dictada el 21 de abril de 1984 no ha llegado a ser firme hasta el día 20 de febrero de 1986, concluye que “el contrayente varón estaba aún ligado por el impedimento de ligamen, puesto que la sentencia de divorcio de su primer matrimonio no había adquirido firmeza, dados los términos inequívocos del entonces vigente art. 89 CC que proclama que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza, rechazando la inscripción solicitada del matrimonio en peligro de muerte celebrado el 21 de septiembre de 1985”.

La contrayente D.^a Mari Cruz continúa su calvario en la vía judicial a la que recurre en busca de una resolución que declare la validez de su matrimonio. La contrayente, en apoyo de su pretensión, argumenta el convencimiento por parte de D. Gonzalo de que ya estaba divorciado; además, alega que habiendo fallecido su pareja antes de que la sentencia de divorcio de su anterior matrimonio hubiese alcanzado firmeza, el segundo matrimonio contraído por él mismo, y respecto del que se solicita su declaración de validez, es un acto irrepetible por lo que debe ser aplicado el principio del *favor matrimonii*.

Considera la Audiencia Provincial de Madrid que “la disolución del matrimonio por divorcio, a diferencia de la producida por la muerte de uno de los cónyuges, es siempre producto de una resolución judicial firme, tal y como se deduce del art. 89 CC, de tal forma que no basta, cual acaece en el supuesto examinado, que al momento de la celebración del matrimonio cuya validez se propugna hubiera recaído sentencia en la instancia disolviendo el anterior matrimonio de uno de los nuevos contrayentes, sino que además, es exigencia *sine qua non*, que en el momento de la celebración de las nupcias de éstos, aquella resolución hubiere adquirido firmeza, bien por el agotamiento de los medios impugnatorios correspondientes, bien por haber sido consentida por las partes, dejando transcurrir, en inactividad procesal, el plazo para recurrirla, el que no comienza a correr sino desde la fecha de su notificación que, en el caso, tuvo lugar respecto de la parte demandada por medio de edicto, dada su situación procesal de rebeldía e ignorado paradero, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid de fecha 11 de enero de 1986. Luego, en el sentir del tribunal, resulta obvio que al momento de la celebración del matrimonio in articulo mortis cuya declaración judicial de validez se propugna subsistía el precedente vínculo conyugal, lo que impedía al esposo contraer nuevas nupcias, sin que dicho obstáculo invalidante pueda ser superado, ni por la alegada buena fe del referido contrayente, ni por haber alcanzado ulterior firmeza la sentencia que declaró la disolución de su anterior matrimonio, de nula eficacia además en tal momento, pues su muerte producida el 7 de enero de 1986, implicaba de manera automática e imperativa la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 CC) y la extinción de la acción de divorcio en ejercicio, según previene el artículo 88 CC.

Por todo lo cual no puede sino concluirse en la inviabilidad jurídica de la pretensión deducida, al no ser convalidable, a pesar de la posible buena fe de los contrayentes, el matrimonio celebrado al tiempo de la existencia del impedimento de vínculo, que no admite resquicio alguno en el rigor de sus efectos invalidantes, al ser indiferente que las anteriores nupcias puedan ser disueltas, mientras ello no se haya realizado, en virtud de sentencia firme, con anterioridad al segundo matrimonio”. Se puede apreciar en este último argumento una alusión al carácter irretroactivo de la sentencia de divorcio.

Así, la sentencia comentada aplica el criterio estricto de la extinción de la acción de divorcio por fallecimiento de uno de los cónyuges y la finalización por tal causa del proceso ya iniciado.

Las consecuencias hubieran sido menos graves si los cónyuges de este segundo matrimonio cuya validez se discute siguieran vivos, y el procedimiento continuara hasta el dictado de sentencia de apelación. Sin embargo, en el caso comentado el matrimonio era un acto irrepetible, dado que se había producido el fallecimiento de D. Gonzalo y en nuestro derecho

positivo no se regula el denominado matrimonio “*post mortem*”⁴⁷, que encontramos en el derecho francés, desde la Ley 31 diciembre 1959, que introdujo el art. 171 Code Civil⁴⁸, que permite que el Presidente de la República, por motivos graves, autorice la celebración del matrimonio si uno de los futuros esposos muere después de que el cumplimiento de las formalidades oficiales muestre inequívocamente su consentimiento; en tal caso, los efectos del matrimonio son retroactivos a la fecha del día precedente al deceso del cónyuge. Sin embargo, tal matrimonio no entraña ningún derecho de sucesión ab-intestato en beneficio del esposo sobreviviente reputándose además que no existió ningún régimen matrimonial entre los esposos.

Si este asunto se hubiera planteado tras los nuevos planteamientos derivados de la reforma del divorcio de 2005, la respuesta quizás hubiera sido otra. La cuestión de fondo es hasta qué punto debe mantenerse la extinción de la acción de divorcio, en casos como éste, aplicando sin más la disolución por fallecimiento, cuando resulta que ya se había interpuesto demanda de divorcio, es decir, se había manifestado la inequívoca voluntad de disolver el vínculo matrimonial. Una aplicación tan rígida de la norma fue lo que llevó a considerar inválido el segundo matrimonio, celebrado en peligro de muerte, con el convencimiento de la disolución del matrimonio anterior, aunque pendiente de adquirir firmeza la sentencia dictada.

Así pues, quizás podría defenderse en el futuro el criterio de que la extinción de la acción previsto en el art. 88 CC concierne a una acción aún no entablada judicialmente, pero no a la ya presentada, si luego fallece el solicitante antes de dictarse sentencia o adquirir la misma firmeza, pudiendo y debiendo continuar el procedimiento ya iniciado hasta la sentencia y su firmeza, y teniendo entonces la misma efectos retroactivos al momento de presentación de la demanda de divorcio.

3.2. Nulidad por ausencia de consentimiento en uno o los dos contrayentes por falta de aptitud para entender y querer en el momento de prestarlo (art. 73.1 CC)

Ni el contenido del dictamen médico que cabe exigir en el expediente matrimonial previo ni ninguna otra circunstancia limita el examen de la madurez psíquica de los contrayentes en el marco de la ulterior acción de nulidad por falta de consentimiento matrimonial que, junto a otros supuestos (falta de discernimiento no permanente, sino manifestada en el momento de prestar el consentimiento), ampara la falta de aquélla.

No puede olvidarse que el Código Civil no exige, en orden a la validez del matrimonio, que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando, al efecto, que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren, y conste su libre decisión de asumirlo. Así lo evidencia, en primer término, el párrafo segundo del art. 56 CC, que permite el matrimonio de quien estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, lo que no constituye impedimento para la validez del consentimiento conyugal, siempre que, previo dictamen médico, se determine su aptitud para prestarlo.

La regulación del matrimonio de quien se halla en peligro de muerte y la posibilidad de su válida celebración, obviamente, abarca supuestos, como puede ser una enfermedad

⁴⁷ Vid. L'Elysée autorise le mariage posthume de l'un des militaires tués à Montauban (23 mars 2012 à 17:22). Consultar en: http://www.liberation.fr/societe/2012/03/23/l-elysee-autorise-le-mariage-posthume-de-l-un-des-militaires-tues-a-montauban_805321

Igualmente vid. La justice autorise le mariage posthume de Martine et Alain (17 août 2010, 7h00). Consultar en: <http://www.leparisien.fr/faits-divers/la-justice-autorise-le-mariage-posthume-de-martine-et-alain-17-08-2010-1034126.php>

⁴⁸ Article 171 Code civil: *Le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement.*

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux.

terminal, que conlleva no sólo un progresivo deterioro y agotamiento de las facultades físicas de quien la sufre sino también, y en la mayor parte de los casos, una disminución de las de carácter mental o psicológico; pero ello no conlleva, de modo automático y fatal, la inexistencia, del consentimiento prestado bajo tales condiciones, habiendo de quedar limitada tal consecuencia jurídica al supuesto extremo en que el sujeto emisor de tal declaración de voluntad haya perdido la capacidad básica de entender el alcance del negocio jurídico matrimonial, y de asumir libre y conscientemente sus consecuencias legales y morales.

Es lo que acontece en el caso resuelto por la SAP Madrid de 10 enero 2003 (JUR 2003\92883), a propósito de un matrimonio en peligro de muerte habiendo sufrido el día anterior uno de los contrayentes un derrame cerebral. En el supuesto enjuiciado, las pruebas practicadas⁴⁹ no permiten asegurar que el fallecido, que contrajo matrimonio tras sufrir un derrame cerebral, estuviera privado de consciencia en el momento de prestar el consentimiento, sin que se exija que en el momento de prestar el consentimiento matrimonial en peligro de muerte, el contrayente en esta situación deba estar en plenas facultades psíquicas. En consecuencia, la declaración de nulidad matrimonial requiere una prueba inequívoca de la certeza de la causa de nulidad invocada, no bastando a ese efecto meras conjeturas procediendo a la desestimación del recurso.

Igualmente, se afronta una situación terminal en el caso resuelto por la SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140), desestimándose la pretensión de nulidad matrimonial. El relato de los hechos tiene se inicia cuando D^a Eulalia, madre del contrayente, interpone demanda de nulidad del matrimonio en peligro de muerte contraído por su hijo, D. Carlos Antonio, con la demandada D^a Inmaculada, el 1 de febrero de 2012 (27 días antes del fallecimiento de aquél). Sostiene la madre y recurrente falta de consentimiento matrimonial ya que, en la consideración de la parte actora, el Sr. Carlos Antonio carecía de capacidad para contraer matrimonio al hallarse en una situación terminal derivada de un cáncer de faringe con infiltración en pulmón derecho (diagnosticado en diciembre de 2010, cuando contaba con 57 años de edad), el cual le provocaba un estado de alteración mental que sólo le permitía adoptar decisiones sin contenido sintético ni intencional, por lo que era incapaz para prestar un consentimiento válido y eficaz al matrimonio. La Sala no considera suficientemente probada la pretendida incapacidad del otorgante del matrimonio en peligro de muerte, teniendo en cuenta para ello las declaraciones de los testigos y el propio proceder de la madre del otorgante, quien en el momento en cuestión no solo no hizo reserva, sino que incluso manifestó que no dijo nada a la Juez encargada del Registro Civil porque quiso respetar la voluntad de su hijo; que

⁴⁹ Se celebra un matrimonio en peligro de muerte entre D. Bruno y D^a Andrea el 12 julio de 2000. El día anterior, 11 de julio, el contrayente había sufrido un derramen cerebral, que a juicio de la hermana del contrayente solicitante de la declaración de nulidad del matrimonio, provoca que éste se encontrara en estado comatoso, inconsciente, sin habla y con parálisis de la parte derecha de su cuerpo, por lo que no pudo prestar "consentimiento matrimonial bastante y suficiente para dar virtualidad al matrimonio". Se le efectúa el día 11 de julio un TAC cerebral, que es interpretado como "hemorragia cerebral-parietal izquierda que desplaza línea media con edema alrededor". En el siguiente día se refleja que "clínicamente parece estabilizado. Está consciente", pasando la mañana (período en el que se celebra el matrimonio) "consciente, aunque dormido a ratos". Partiendo de tales historiales médicos, y conforme así interesaba la parte actora, se practican sendos informes periciales por un doctor especialista en hematología y otra en neurología. En el primero de ellos se afirma que el tratamiento quimioterápico seguido en días anteriores no afecta directamente sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento, y concluye el Perito exponiendo que "únicamente con los datos recogidos en la historia clínica, no se puede determinar la capacidad-incapacidad para consentir matrimonialmente de D. Bruno". En el acto de la ratificación de dicho informe, expresa dicho doctor que "según la historia clínica parece que mejoró su nivel de consciencia el día 12 de julio, con respecto al día anterior, manteniéndose en los días posteriores". La segunda Perito coincide con el anterior en que los medicamentos que le fueron suministrados a D. Bruno no tienen repercusión sobre la capacidad de discernimiento y conocimiento de la persona a la que se aplican., se expone que el día 12 de julio, a escasas horas de haberse producido el daño cerebral del sujeto, ha mejorado su situación, saliendo del grado de estupor, y estando clínicamente estabilizado. Se añade que el sujeto "en el mejor de los casos estaba obnubilado, es decir mucho mejor que en las horas previas cuando estaba estuporoso, pero desde luego no con una conciencia plena ni en el mejor momento de rendir al 100% de sus capacidades mentales, siendo imposible de precisar más sobre su situación de nivel de conciencia en ese día ante la escasez de datos del evolutivo tanto facultativo como de enfermería". Se añade que "es imposible saber, por las anotaciones de los evolutivo si en el momento de llevar a cabo el acto matrimonial D. Bruno estaba en una situación de nivel de conciencia normal, o estaba obnubilado, o confuso o estuporoso ...".

tuvo conocimiento de la celebración de la boda el día anterior porque su hijo se lo dijo; y que tanto Inmaculada como su hijo le dijeron que ellos no tenían que dar cuentas a nadie. De suerte que, en la consideración de la Sala, tales manifestaciones maternas, que en definitiva atribuyen a su hijo un acto de voluntad tan evidente y determinado que no quiso entonces ella contradecir, viene a entrar en conflicto con el eje en el que se sitúan la periciales actoras y el propio escrito de demanda, en la que se dice que: "..., el Sr. Carlos Antonio, en el momento de la celebración del matrimonio, presentaba un estado de alteración mental que sólo le permitía adoptar decisiones sin contenido sintético ni intencional; ...".

En el caso resuelto por la SAP de Barcelona de 10 de septiembre de 2008 (JUR 2009/253420), no se considera probado por el recurrente la falta de condiciones psíquicas para prestar el consentimiento matrimonial. Se insta la nulidad por el hijo del desposado que pretende que se declare la nulidad del matrimonio contraído por su padre D. Pablo, con la demandada y ahora apelada, D^a Begoña (el matrimonio se celebra el 27 de febrero de 2006 y el contrayente fallece el 3 de agosto de 2006). Alega como causa en la que basa dicha pretensión "no gozar el esposo de aptitud psíquica para dar un consentimiento matrimonial válido dada la gravedad de la enfermedad y la inminencia de la intervención el mismo día de la celebración del matrimonio"⁵⁰. Se da la circunstancia que durante el tiempo de su hospitalización D. Pablo siguió tratamiento con sales de litio a fin de mantener estable su trastorno psiquiátrico y no se observó descompensación maniaca ni una depresión psicótica durante su ingreso. Por otra parte, en el acto del juicio manifestó el Doctor Gustavo⁵¹ que la enfermedad que le llevó al hospital es un infarto cerebral que le dejó muy incapacitado desde el punto de vista físico, pero que, cognitivamente, aparte de la enfermedad psiquiátrica que padecía, estaba bien, que le dio la impresión de que estaba consciente, luego cabe deducir que, en contra de lo pretendido por el hijo y recurrente, en el momento de contraer matrimonio, aún las deficiencias físicas que padecía su padre, sí podía prestar consentimiento.

3.3. Nulidad del matrimonio por la no adhesión de los contrayentes al modelo o concepto de matrimonio predispuesto por el ordenamiento que haga que su consentimiento, aun consciente y libre, no sea matrimonial (la simulación y la reserva mental)

En palabras de DE PABLO CONTRERAS⁵² el carácter constitutivo del consentimiento matrimonial hace posible la hipótesis de simulación en el matrimonio civil, que tiene lugar cuando los contrayentes, pese a expresar formalmente su consentimiento, no quieren

⁵⁰ Alega también que el contrayente no goza tampoco de libertad interna para aceptar o rechazar el susodicho matrimonio por su dependencia física y emocional de la Sra. Begoña, con lo que en dicha causa se incluyen dos, una, la falta de consentimiento matrimonial y, otra, la coacción o miedo grave, aunque expresamente no la mencione, pero que, sin duda, se halla implícita en la aducida ausencia de libertad interna atendida la dependencia física y emocional de la Sra. Begoña. La misma suerte desestimatoria debe correr la subcausa alegada de coacción o miedo grave, por cuanto la situación de dependencia de la cuidadora, la Sra. Begoña, su temor a que la misma dejara de cuidar al padre del recurrente, ni siquiera encuentra atisbo de verosimilitud en las manifestaciones vertidas por la promotora del expediente matrimonial en nombre del padre del demandante-apelante, la hija Adriana, en la prueba testifical practicada en el acto del juicio celebrado en la instancia, en la que dijo que su padre no decía nada, ni sí ni no, que inició los trámites porque vio que su padre tenía una situación totalmente dependiente de Begoña le pidió que le ayudara y así lo hizo, aunque señaló que se sintió totalmente presionada para la boda por la Sra. Begoña, como también dijo que Begoña le recordaba la situación de su madre y que se tenía que ir y que a ella le asustaba la situación de su padre, con lo que la coacción o el miedo grave en ningún caso puede entenderse inferido al contrayente, sino el sentido por la hija a que Begoña se marchara a cuidar a su madre y dejara de ser la cuidadora del padre de la testigo.

⁵¹ La hija del contrayente, Adriana, encargó a D. Gustavo, Médico especialista en Medicina Interna y Neurología, quien lo atendió desde su ingreso, el mismo día de la celebración del matrimonio, un informe médico en el que se especificara la situación médica del enfermo: se señala que el paciente está ingresado en el Hospital desde el día 5 de diciembre de 2005 por infarto cerebral bulbar y cerebelos (síndrome de Wallenberg por infarto en territorio de la arteria cerebelosa postero-inferior derecha). Durante su ingreso ha presentado insuficiencia respiratoria aguda. Necesitó respiración asistida e ingreso prolongado en la Unidad de intensivos. Actualmente el enfermo está vigil y plenamente consciente. Presenta las secuelas propias del infarto cerebral. Se alimenta por sonda nasogástrica. Porta traqueostomía. Presenta infección de vías respiratorias por pseudomona. Su situación ha sido crítica y sigue crítica. El pronóstico es reservado. Su hospitalización es obligada y no se ve el día de una posible alta.

⁵² P., DE PABLO CONTRERAS, "Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", ob. cit., en nota 1, p. 134.

realmente que nazca entre ellos el vínculo. Tal posibilidad está de plena actualidad por la frecuencia de los matrimonios blancos o de complacencia⁵³ –en los que muchas veces media dinero o contraprestación– que son aquellos cuyo objetivo es el de beneficiarse de las ventajas que en materia de nacionalidad y extranjería se reconocen al cónyuge extranjero del nacional español o del residente legal en España, y que presentan dos elementos estructurales⁵⁴: la ausencia del imprescindible consentimiento matrimonial y la presencia de al menos un elemento de extranjería⁵⁵.

Ha sido duramente criticado por la doctrina, especialmente después de las reformas matrimoniales introducidas por las Leyes 13/2005 y 15/2005 que han privado al matrimonio de toda su sustancia, que se pretenda imponer un modelo intolerante por el que el matrimonio se entiende como una institución con una finalidad y una estructura causal típica y rígida, que trasciende a los deseos de las partes. Es lo que se pretende cuando se realizan afirmaciones como las que se recogen en la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de conveniencia, cuando señala que el consentimiento matrimonial exigido por el art. 45 CC es un “consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión matrimonial, por lo que el consentimiento matrimonial es existente, verdadero y auténtico cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia”; añadiendo que “aunque el Código civil no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, sí contiene una determinación legal de los derechos y deberes de los esposos, de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumir tales derechos y deberes”; todo lo cual lleva a concluir que “cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir esos derechos y deberes que constituyen su contenido, es decir, sin la clara intención o el común propósito de fundar una familia, siendo otro su propósito (por ejemplo, recibir una pensión de viudedad, subrogarse en un arrendamiento de vivienda, convertirse en beneficiario de derechos hereditarios en cuanto a la legítima usufructuaria del cónyuge viudo o entrar en el orden para suceder en la sucesión intestada, etc.), el matrimonio será simulado por ausencia de consentimiento matrimonial y, en consecuencia, nulo

En contra de lo que en dicha Instrucción se afirma, no hay duda de que en el Derecho español, el matrimonio civil es válido aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua, no contemplando el matrimonio al que consienten como una comunidad de vida en el sentido tradicional, porque la actual regulación no ofrece datos para considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento⁵⁶. En la misma línea, considera CARRASCO PERERA⁵⁷ que “la gente se casa por las razones más variadas, todas ellas legítimas. A ver si ahora vamos a decir que el matrimonio solo existe para cumplir con el propósito de encauzar honestamente las pulsiones sexuales, procrear y amarse para toda la vida. No existen fines típicos del matrimonio, y éste, como institución, es un contrato con causa plural, y potencialmente ilimitada en su fenomenología”.

⁵³ Sirva como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño –y las demás resoluciones que en ella se citan– de 26 de marzo de 2018 (Roj: SAP LO 184/2018).

⁵⁴ V., GARCÍA HERRERA, “Los matrimonios de conveniencia”, en *Actualidad Civil*, núm. 4, Abril 2016 (LA LEY 2390/2016).

⁵⁵ Si no existe el referido acuerdo simulatorio y la ausencia de consentimiento matrimonial se produce únicamente en uno de los contrayentes, no estaremos ante un supuesto de simulación, sino ante un caso de reserva mental, si bien el resultado será el mismo, la nulidad del matrimonio por ausencia de consentimiento. Obvia por tanto esta distinción la Instrucción de la DGRNA de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia, que considera simulado también el matrimonio en el que la ausencia de verdadero consentimiento matrimonial se produce en uno solo de los contrayentes. Ello nos lleva necesariamente a conectar el matrimonio simulado con los negocios en fraude de ley, es decir, con aquellos en los que bajo una apariencia de legalidad se esconde un fin fraudulento que quienes los realizan no pueden obtener de otra manera.

⁵⁶ P., DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 5: El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, ob. cit. en nota 1, p. 135.

⁵⁷ A., CARRASCO PERERA, *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Ed. Dilex, 2006, p. 107.

A continuación, consideramos de interés el supuesto resuelto por la citada SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140). Es la madre del contrayente en peligro de muerte fallecido quien alegaba la existencia una reserva mental en contra de los fines propios del matrimonio y con simulación absoluta⁵⁸. Así, se interesó la declaración de nulidad radical y de pleno derecho del matrimonio por reserva mental de ambos contrayentes o, cuando menos, por reserva mental de su hijo, D. Carlos Antonio, que se casó con la finalidad de que la demandada (Doña Inmaculada) cobrara la pensión de viudedad.

Interpretando la Sala que de la lectura de la resolución recurrida no se dice que el Sr. Carlos Antonio se casara "para que la Sra. Inmaculada cobrara la pensión de viudedad"; sino que lo que dice es que lo hizo "... porque así se lo había pedido Inmaculada y para que esta cobrará la pensión de viudedad.". En consecuencia, la sentencia incorpora en su razonamiento un primer motivo sentimental inherente a todo casamiento, cual es la aceptación de una petición matrimonial de la pareja, la cual, por otro lado, no se presenta en autos como petición descontextualizada, puesto que es pacífico el hecho de que había existido entre los otorgantes una relación de pareja de hecho que duró años y que, si bien hubo un periodo reducido de ruptura, se restauró a raíz del surgimiento de la enfermedad del contrayente Sr. Carlos Antonio, y se perpetuó después hasta su muerte. De modo que la voluntad del fallecido y de la hoy demandada de contraer matrimonio en artículo mortis viene respaldada por una realidad probatoria que sitúa tal voluntad bilateral como susceptible de ser considerada dentro de lo natural y admisible en un enlace de estas características. Por lo tanto, a partir de los razonamientos anteriores no cabe entender que exista un matrimonio de conveniencia.

En estos casos en los que la convivencia de la pareja ha sido de larga duración, se pregunta ABAD ARENAS⁵⁹ por qué la misma decide contraer matrimonio *in extremis*, a la vista del cercano fallecimiento de uno de ellos, resultando cuestionable que dicha decisión radique en razones sentimentales o afectivas, al objeto de terminar su unión estable con la condición legal del matrimonio, ya que no parece lógico que la misma tome tal decisión en un momento tan crítico, cuando podía haber formalizado esa situación con anterioridad.

Lo que lleva a la autora a plantearse la cuestión de si la finalidad del supérstite al contraer matrimonio *in extremis* (justo antes del fallecimiento del causante), tiene por objeto una motivación económica a su favor, es decir, obtener la pensión de viudedad (lo cual sería un fraude a la SS) y/o los derechos hereditarios, puesto que el viudo sería legitimario⁶⁰.

En cualquier caso, es lo cierto que el análisis de la expresión de un verdadero consentimiento matrimonial o, por el contrario, la calificación de la unión como un matrimonio simulado, sigue siendo, cumplida o no la nueva exigencia de informes médicos prevista en el nuevo art. 52 CC, una labor de gran dificultad, dada la frecuente inexistencia en estos matrimonios de una comunidad de vida propia de los esposos.

⁵⁸ También se alega por los hijos del cónyuge fallecido reserva mental y mala fe por parte de la contrayente, que es rechazada por el tribunal, en el caso resuelto por la ya citada SAP de Barcelona de 10 de septiembre de 2008 (JUR 2009/253420): Se debe rechazarse la alegada reserva mental por cuanto los hechos anteriores al matrimonio, esto es, el arraigo de la Sra. Begoña en España, la relación sentimental habida entre los contrayentes al menos desde 2001, con independencia de que el Sr. Pablo tuviera también otra relación, los coetáneos, es decir, el cuidado que la Sra. Begoña dispensó al Sr. Pablo en el Hospital durante su enfermedad, que la propia hija Adriana reconoció en la prueba testifical al decir que la demandada era la que más se cuidaba de su padre una vez ingresado, y los posteriores en que siguió cuidando del mismo hasta su muerte, ponen de manifiesto que la voluntad de la demandada-apelada era la de consentir en contraer matrimonio con las consecuencias que ello entraña, entre ellas la de socorrer a su cónyuge, por cuanto es claro que, aunque en peligro de muerte, sin embargo, no podía preverse el día de la muerte.

⁵⁹ Considera E., ABAD ARENAS que la finalidad de contraer el matrimonio radica en obtener por el supérstite la pensión de viudedad, originándose con ello un fraude y, por tanto, entendemos que el acto debe considerarse nulo. Puesto que el matrimonio se habría celebrado con fines distintos de aquéllos para los que está pensada la institución. No obstante, ello no quiere decir que todo vínculo matrimonial contraído en tales circunstancias debe tener la consideración de fraudulento. ["El art. 52 del CC y el matrimonio "in extremis": nuevas perspectivas a la luz de la Ley 40/2007 y los fraudes a la Seguridad Social", ob. cit. en nota 5, pp. 14-15].

⁶⁰ Esta posibilidad cabe descartarla, puesto que en nuestro Código, a diferencia de otros ordenamientos, se concede al viudo un puesto en la sucesión intestada con independencia del momento en que hayan sido contraídas las nupcias, amén de que esta cuestión también podría salvarse mediante testamento otorgado antes del fallecimiento.

Así, si bien el matrimonio que pudiéramos considerar habitual presenta su proyección temporal en una doble y natural vertiente: por un lado la previa a su formalización, consistente normalmente en el inicio de una relación sentimental, la estabilización de la misma y el posterior surgimiento del deseo mutuo de casarse para formalizar, con el tradicional enlace, la relación de hecho previamente surgida; y, por otro lado, una vertiente de futuro, cual es la reforzar y mantener dicha relación con asunción de los derechos y deberes inherentes a la familia. Sin embargo, en el matrimonio celebrado en peligro de muerte tal desdoblamiento temporal no concurre, al no presentar, por su propia naturaleza y en un principio, una proyección de futuro de convivencia en familia, por lo que su razón de ser estaría fundada esencialmente en la existencia de dicha relación sentimental previa que le serviría de natural soporte, a la que se uniría un deseo matrimonial sobrevenido que puede tener contenidos plurales y diversos (sentimentales, espirituales, religiosos, sociales, etc.) que no son contradictorios ni incompatibles con el eventual deseo de suplir, a través de los derechos inherentes a la viudedad, la ausencia de la ayuda que la persona desahuciada podrá aportar en vida a su pareja. Luego, no queda claro que, existiendo dicho legítimo soporte sentimental de origen, naturalmente reforzado por la proximidad y consuelo durante la enfermedad terminal al compañero finalmente fallecido, pueda el acto final de formación de tal voluntad y de emisión del consentimiento matrimonial in articulo mortis diseccionarse y simplificarse a posteriori hasta el punto de hallar en el resultado económico sobrevenido tras la muerte del consorte (cuál sería el cobro de una pensión de viudedad o la adquisición de determinados derechos sucesorios) la única consecuencia para la que habría servido aquella causa, puesto que ello desvirtuaría la propia naturaleza de la institución del matrimonio en peligro de muerte, admitido en nuestro Derecho, y conllevaría una compartimentación demasiado deshumanizada del alcance de los sentimientos de las personas, que además merecen especial sensibilidad cuando estas se hallan en trance de fallecer. Y para terminar, en supuestos como el matrimonio en peligro de muerte es lógico que se busque de forma importante regularizar una situación existente, y por qué no, de un acomodo económico de uno de los contrayentes del que antes se carecía sin que ello implique atentar contra la esencia del matrimonio⁶¹.

Precisamente por no existir una relación sentimental previa al tiempo de la celebración del matrimonio, se aprecia la existencia de simulación matrimonial en la RDGRN de 12 mayo 2014 (JUR\2015\225246). En este caso se trata de inscribir un matrimonio celebrado el 27 de diciembre de 2012, en peligro de muerte (el contrayente fallece el 20 de enero de 2013). De los hechos se desprende que ambos interesados ya estuvieron casados entre sí en el año 1973; y posteriormente se separaron en 1987 y se divorciaron en 1993. Según se desprende de los certificados de empadronamiento residen en domicilios diferentes. En la declaración realizada por los interesados ante la Encargada del Registro Civil y la Secretaria Judicial del mismo puede apreciarse la finalidad perseguida con el matrimonio. El promotor manifestó en que la finalidad de contraer matrimonio de nuevo con la interesada, es que cree que fue injusto con los hijos habidos en común, en su anterior matrimonio, y quiere compensarlo casándose con ella para que pueda percibir su pensión y a través de ella beneficiar a sus hijos. En el mismo sentido se pronuncia la promotora declarando "que la finalidad del matrimonio es compensar a los hijos que tienen en común por lo que no les dio en vida", añadiendo que ella vive en O. y constando en las audiencias que el promotor vive con otra persona que le cuida y con la que tuvo una relación sentimental tiempo atrás. Por lo que tanto se deduce que la única finalidad del matrimonio es que a la interesada le quede la pensión de viudedad, por lo que no existe verdadero consentimiento matrimonial.

Otro ejemplo de celebración de matrimonios simulados *in extremis* de cuidados a cambio de la pensión de viudedad tras el fallecimiento del causante, como una forma de agradecimiento a tal asistencia o compañía prestada durante los últimos años, se recoge en la RDGRN de 19 de enero de 2004 (RJ: 2004/2788). En este caso, se trata de inscribir un matrimonio celebrado in articulo mortis entre un hombre (pensionista) y su hijastra, a la cual propuso, estando él muy enfermo, casarse para que le quedara la pensión de viudedad, como única manera de agradecerle los cuidados que le estaba proporcionando. De las dos

⁶¹ Vid. el F.D. 4º de la SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140).

audiencias reservadas practicadas se deduce que la única finalidad del matrimonio es la de conseguir que ella obtenga una pensión de viudedad en el caso de que él fallezca y ella le sobreviva. Esta motivación instrumental y económica es por sí misma ajena a las que son consustanciales al matrimonio quedando pues en evidencia la ausencia de consentimiento matrimonial y la nulidad del matrimonio celebrado». Establece «con acierto» a tal efecto el Encargado del Registro Civil que de estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitrario entender que el matrimonio es nulo por simulación.

Precisamente para evitar tales realidades⁶² próximas a la compra de pensiones, o para evitar situaciones de fraude con matrimonios simulados es por lo que se ha producido un endurecimiento de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad, cuando se produce la muerte del cónyuge a causa de una enfermedad común⁶³ (anterior al momento del matrimonio). En concreto, se exige alternativamente⁶⁴, bien que el matrimonio se hubiera celebrado, como mínimo, con un año de antelación a la fecha del fallecimiento. En los casos de pareja de hecho que posteriormente contrajera matrimonio, y no se hubiere llegado al año de matrimonio antes de la muerte del causante, puede suplirse esta falta si se demuestra una convivencia de dos años sumando el período de convivencia notoria como pareja de hecho más el tiempo de matrimonio. Bien, que existan hijos comunes; ello viene a suponer que han de tener más de un hijo pero no es necesario que los mismos sean beneficiarios de la prestación de orfandad.

En el caso de que no se llegue a tales períodos exigidos de convivencia⁶⁵ o de cumplimiento de los requisitos de hijos comunes, y reúna el resto de los requisitos, se crea una prestación temporal de viudedad en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años. Es un modo de hacer menos “traumática” esta situación de cambio de estatus del cónyuge sobreviviente que tiene ese plazo para buscar medios económicos para poder subsistir.

3.4. Nulidad por defectos formales

El matrimonio en peligro de muerte es aquel que se da cuando uno de los cónyuges está efectivamente, como dice su nombre, en riesgo de fallecer. Ya sea por enfermedad, por ser un militar en campaña, o por cualquier otro motivo que ponga en peligro real la vida de una

⁶² En relación con este tema de la simulación, queremos traer a colación la STS, Sala de lo Social de 17 de Noviembre de 2010 (JUR 2011\2380). Se trata de una viuda que solicita una pensión de viudedad al INSS. Había estado conviviendo con su pareja más de 17 años, sin hijos, a pesar de lo cual no se habían inscrito en el registro de parejas de hecho. Contrajeron matrimonio 20 días antes de la muerte de uno de los cónyuges. El INSS, tras la solicitud de la pensión de viudedad por parte de la superviviente de la pareja, resolvió, en diciembre de 2008, el reconocimiento de una prestación temporal de viudedad, por el plazo legal de 2 años. Se recurre en casación para unificación de doctrina la Sentencia del TSJ del País Vasco de 12 de enero de 2010 por la que se negaba el derecho a pensión de viudedad. El TS entiende que basta con la acreditación de la convivencia de hecho, no siendo necesario inscripción ni formalización ninguna, puesto que la “acreditación como pareja de hecho” está establecida sólo para los exclusivos efectos de otorgar la pensión de viudedad a uniones de hecho “pero no cuando se trata de un matrimonio, como es el caso”. Lo que ocurre es que, para evitar matrimonios de conveniencia, cuando el fallecimiento se produce por enfermedad anterior se exige o bien una duración del matrimonio de un año o bien una duración de ese matrimonio más una convivencia anterior por un total de más de dos años. Esto es, la remisión del art. 174.1 al art. 174.3 de la LGSS no se hace a la integridad del mismo, sino de forma exclusiva al primer inciso de ese párrafo cuarto.

⁶³ Vid. J. C., ÁLVAREZ CORTÉS, “Sobre los nuevos requisitos de la pensión de viudedad por enfermedad común: antigüedad del matrimonio y convivencia more uxorio antes del deceso. Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Noviembre de 2010”, en *Temas Laborales*, núm. 109/2011, pp. 225-239.

⁶⁴ La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, establece lo siguiente en su art. 174.1 tercer párrafo: “En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

⁶⁵ Existen multitud de sentencias que resuelven situaciones semejante de matrimonios celebrados *in articulo mortis*, de duración inferior a un año y posterior reclamación de pensión de viudedad. Por ejemplo vid. la sentencia que resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por el Tribunal Supremo. Sala de lo Social, 15 de noviembre de 2017 (Roj: STS 4235/2017).

persona. Constada la urgencia de la situación, los requisitos de forma que exige el Código civil que lo son de validez de este matrimonio es que se contraiga ante la persona o funcionario ante quien deba celebrarse “aunque los contrayentes no residan en la circunscripción respectiva” y en presencia de dos testigos mayores de edad, salvo imposibilidad acreditada (art. 73.3 CC).

Sin embargo, en aras del principio del *favor matrimonii*, el art. 53 CC relaja un tanto esta exigencia de forma de solemnidad considerando válido el matrimonio contraído ante autoridad o funcionario incompetente siempre que por lo menos uno de los contrayentes desconozca que concurren dichos defectos en quien, en tal concepto, preside la celebración de las nupcias; es lo que ocurriría en el caso de que ninguno de los contrayentes se encontrara en situación de urgencia vital, pues es precisamente la concurrencia real del peligro de muerte, el hecho que determina la competencia de las personas y autoridades que intervienen a tenor del art. 52 CC. Luego, constatada la situación de urgencia vital, el resto de requisitos formales, tales como el expediente previo, el dictamen médico, e incluso la formalización del mismo matrimonio mediante acta por el autorizante, desaparecen como requisitos de validez para la celebración de esta forma de matrimonio.

Así, las irregularidades alegadas por las partes enfrentadas en las distintas resoluciones estudias y que, a juicio de los reclamantes⁶⁶, pueden provocar la nulidad de las actuaciones y, en su caso, de la inscripción de matrimonio practicada, se traducen en la inexistencia del expediente previo -o infracción de las normas reguladores del mismo-, e inexistencia del dictamen médico sobre la aptitud del enfermo físico para contraer matrimonio. En este sentido, al hilo de la ya mencionada SAP de Islas Baleares de 18 junio de 2014 (AC 2014\1140), se pone de manifiesto que “vista la innecesaridad del expediente previo cuando existe, como en el caso que hoy nos ocupa, la correspondiente acta levantada por el Encargado, es obvio que son igualmente innecesarias para practicar la inscripción del matrimonio, todas las actuaciones que conforman el precitado expediente, entre ellas la solicitud inicial del interesado/a, la audiencia reservada, la notificación de un expediente que no procede llevar a cabo, etc. (...)”. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, centrándonos en la infracción de normas imperativas relativas al expediente matrimonial y concretadas en la ausencia de la audiencia reservada personal del fallecido, debemos recordar que el artículo 78 CC establece que “el Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, con la excepción de lo dispuesto en el número 3 del art. 73”, en el que no se sitúa el supuesto que comentamos. Y ello a partir del hecho de que, como se verá, no prueba el actor la concurrencia de mala fe de los contrayentes, la cual correspondía a su responsabilidad acreditativa.

En cuanto a la necesidad de un examen del médico forense previo sobre la aptitud para contraer matrimonio, “es indudable que, no siendo necesario, por existir acta, la existencia de un expediente preliminar, si el Juez-encargado autorizante del matrimonio juzga, en el momento de la celebración, al levantar acta, y a través de las diligencias de comprobación posteriores, que el contrayente tiene la consciencia y voluntad suficiente para prestar el consentimiento, no hay razón para exigir un certificado médico corroborante, lo que se compaginaría con la urgencia de todo matrimonio en peligro de muerte; ni desde luego la superior objetividad, calidad y validez su propio juicio, obtenida de la relación de intermediación con el enfermo a quien pregunta y ve⁶⁷, es comparable con otras opiniones

⁶⁶ RRDGRN, entre otras la de 7 de julio de 1988 (RJ 1988 /6109); 10 de septiembre de 1999 (RJ 1999/10139), 19 de enero de 2004 (RJ 2004/2788).

⁶⁷ En el caso resuelto por la citada SAP de Baleares resulta que “de la prueba testifical de quienes fueron también testigos en el matrimonio (Sr. Julián y Sra. Inés) se deriva que la Juez encargada de la celebración (de la que destacó el testigo su sensibilidad en la práctica de la diligencia judicial) conversó con D. Carlos Antonio y le realizó plurales preguntas, incluso sobre periodos lejanos, como el colegio, donde el Sr. Carlos Antonio conoció a la Sra. Inmaculada ; y, asimismo, se formularon preguntas a la madre, quien no hizo entonces reserva alguna (DVD número 3; hora 14, minuto 9 y minuto 23 de la grabación; de abril de 2013), añadiendo dichos testigos que D. Carlos Antonio , si bien estaba cansado, se hallaba consciente y actuaba con coherencia. Viniendo al caso recordar, en dicho sentido, que según dispone el artículo 247 del Reglamento del Registro civil, el Ministerio Fiscal y los particulares a cuyo conocimiento llegue la pretensión del matrimonio, están obligados a denunciar cualquier

profesionales, por muy respetables que sean, emitidas a posteriori y a instancia de parte interesada."

impedimento u obstáculo que les conste; sin que, por otro lado, contra el auto de aprobación de la celebración del matrimonio fuera interpuesto el recurso que dicho precepto prevé.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA PERSONA COMO RESPUESTA

Isaac Ravetllat Ballesté
Doctor en Derecho Civil
Universidad de Talca (Chile)

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2018

RESUMEN: El texto se hace eco de la intensa discusión existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de la pertenencia o adscripción de las disposiciones relativas a la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes a una de las dos grandes ramas en que tradicionalmente se subdivide el Derecho: el *ius publicum* y el *ius privatum*. En este sentido, el presente artículo tiene como fin una propuesta de solución frente a la eterna dicotomía Derecho público / Derecho privado que presenta un sistema de protección a la infancia y la adolescencia público y administrativizado (o si se prefiere desjudicializado) como es el vigente en España desde el año 1987.

ABSTRACT: The text takes into account the intense discussion that exists in our legal system about the belonging or ascription of the provisions related to the care and protection of girls, boys and adolescents to one of the two main branches in which the law is traditionally subdivided: the *ius publicum* and the *ius privatum*. In this sense, this article has as its purpose a proposed solution to the eternal dichotomy Public law / Private law that presents a system of protection to childhood and adolescence public and administrative (or if you prefer not judicial) as is the current Spain since 1987.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la persona – sistema de protección de la infancia y la adolescencia – derechos de la infancia – instituciones públicas de protección a la infancia y la adolescencia

KEYWORDS: Right of the person - system of protection of childhood and adolescence - rights of the child - public institutions for the protection of childhood and adolescence

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Criterios de delimitación entre las nociones de Derecho público y Derecho privado. 3. El criterio subjetivo como aspecto delimitador del *ius publicum* y del *ius privatum*. Diferentes posturas doctrinales. 4. Concurrencia material entre el Derecho público y el Derecho privado: la persona como respuesta. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La difusa distribución competencial existente en España en materia de protección a la infancia y la adolescencia ha generado la interacción de normas, instituciones y figuras de muy diversa índole y variada naturaleza. Algunas de ellas incardinadas dentro de los lindes particulares del Derecho civil (tanto el estatal como los autonómicos) y otras, de un marcado carácter administrativo¹.

Efectivamente, la sola presencia e intervención del ente público encargado de velar por la guarda y el cuidado de las personas menores de edad en situación de desamparo, regulada en disposiciones de carácter civil, suscita ciertas dudas sobre la condición privada o pública de su actuación². Lo mismo acontece, cuando determinadas figuras de clara adscripción privada encuentran su acomodo en disposiciones que se autocalifican como administrativas. Puede, por tanto, en este ámbito resultar poco eficaz la aplicación literal de la tradicional máxima de ULPiano "*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*" (El Derecho Público es lo que mira al Estado de la República Romana, el privado lo que mira al bien de los particulares)³.

Para poder esbozar una teoría sobre la pertenencia o adscripción de las disposiciones relativas a la atención y protección de los ciudadanos menores de edad a una de las dos grandes ramas en que se subdivide el ordenamiento jurídico, debemos retrotraer nuestro objeto de estudio al análisis pormenorizado de cuáles han sido, durante el acontecer de los tiempos, los principales criterios empleados para delimitar entre las categorías de Derecho público y Derecho privado.

Una vez realizada esta operación, y tras apuntar los razonamientos esgrimidos por parte de los defensores y detractores de subsumir tales categorías dentro de los principios y fundamentos propios del *ius privatum* o del *ius publicum*, estaremos en condiciones de afirmar que la opción más pertinente es la de adscribir este sector del conocimiento en el seno de una tercera vía, o *tertium genus*, que identificaremos con el Derecho de la persona.

Esta rama del ordenamiento jurídico, inscrita dentro de la lógica conceptual civil, se caracteriza justamente por ofrecernos una percepción público-privada de las instituciones que desarrolla. Tal circunstancia nos permitirá acomodar, sin notables dificultades, en su contexto natural de aplicación, todos los aspectos relativos a los niños, niñas y adolescentes y su régimen público-privado de atención y asistencia.

¹ Cfr. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, "El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 de la Constitución Española)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 5, 2015, pp. 3-13; I. RAVETLLAT BALLESTÉ, "Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio al hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 21, 2015, pp. 160-162; V.M. MAYOR DEL HOYO, *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000, p. 33; L. TOLÍVAR ALAS, "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores", *Revista de administración Pública*, núm. 124, 1991, p. 51; J.M. ALONSO SECO y B. GONZALO GONZÁLEZ, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 88, y F. DE VICENTE PACHÉS, *Asistencia social y servicios sociales, régimen de distribución de competencias*, Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones, Madrid, 2003, p. 133.

² Cfr. I. RAVETLLAT BALLESTÉ, "Las autorizaciones judiciales para la entrada en domicilios para hacer efectivas las medidas de protección de las personas menores de edad: ¿la solución definitiva de un eterno dilema", en V. CABEDO e I. RAVETLLAT (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-212.

³ D. 1,1,1 y 2.

2. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En el presente epígrafe partiremos de los principios esbozados por el profesor DE CASTRO, quien en un intento de distinguir entre ambas esferas normativas, así como de hallar la interrelación existente entre ellas, puso de relieve que en el ordenamiento jurídico actúan dos grandes fuerzas centrípetas, la comunidad y la personalidad, ambas dirigidas hacia la consecución de un fin común y en constante colaboración; una y otra, además, siempre están presentes en todas y cada una de las disposiciones, si bien es cierto que una predominará por encima de la otra y relegará a esta última a un segundo plano. Presididos, pues, por cada uno de estos principios se constituyen dos subconjuntos bien identificados de mandatos: uno trata de la reglamentación, la estructura, defensa y funcionamiento del Estado (Derecho político); y el otro de la situación y convivencia de las personas dentro del Estado (Derecho civil). Su nota diferencial y característica yace en la determinación de cuál de los dos razonamientos que los informan constituye su punto de partida y determina así su tendencia inmediata, delimitando las relaciones jurídicas en que se organiza⁴.

Ahondando un tanto en la cuestión, sin llegar a pretender elaborar una teoría general acerca de la cuestión, interesa ahora destacar los diferentes criterios argüidos por la doctrina científica al tratar de delimitar la línea divisoria entre ambas disciplinas. Para ello seguiremos al profesor CASTÁN, quien resume a la perfección (acompañándolo, eso sí, de sus respectivas críticas), las principales tendencias argumentales esgrimidas a lo largo de la historia (antigua y contemporánea) para deslindar entre el *ius publicum* y el *ius privatum*⁵.

Así, atendiendo al criterio de la naturaleza del fin o interés protegido, el denominado como criterio teleológico, el Derecho público es aquel directamente referido a la utilidad del Estado; mientras que el Derecho privado se ocupa de proteger el interés particular⁶. En segundo término, y poniendo ahora el énfasis en la patrimonialidad o no de la expectativa contemplada, se identifica al Derecho privado con el Derecho patrimonial (encargado de la tutela de los aspectos económicos), y por exclusión, al Derecho público, con el resto de materias. Por lo que a la forma de protección se refiere, lo característico del Derecho privado radica en que su defensa ha de ser impetrada, por el titular lesionado (acción privada), entretanto que lo peculiar del Derecho público es que se restablece de oficio, es decir, por virtud de una acción que los órganos del Estado tienen el deber de promover (acción pública)⁷.

Igualmente, de acuerdo con el origen y función de la norma y su derogabilidad o inderogabilidad, son disposiciones de Derecho público las que limitan la libre voluntad de las personas, y reglas de Derecho privado las que optan por dar libertad a ese consentimiento. Las primeras, se fundan en el principio de dependencia o necesidad; las

⁴ En este sentido, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general. Tomo I, segunda edición*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 91-96, añade que el Derecho realiza su función en dos direcciones fundamentales: para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la organización y conservación de la comunidad; y, para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteger a la persona. Esta doble adscripción se expresa en dos principios: el de personalidad y el de comunidad, ambos dirigidos al mismo fin común (realización social de la Justicia) y en constante y necesaria colaboración.

⁵ Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general*, Reus S.A., Madrid, 1984, pp. 108-115. También se hacen eco de estos criterios clasificatorios J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, Tomo I. Parte general. Introducción, tercera edición*, Dykinson Madrid, 2002, pp. 17-21; L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, undécima edición*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 45-47; y F. FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Dottrini Generali. Parte I. Il Diritto. I Soggetti. Le Cose*, Athenaeum, Roma, 1921, pp. 71-78.

⁶ Se trata ésta de la teoría más antigua, fundada en los textos del Derecho Romano y mantenida persistentemente en la doctrina, con escasas variantes, a través de obras tan significativas como las de Vigelio, Donello, Domat o Savigny.

⁷ Cfr. A. THON, *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagini di Teoria Generale del Diritto, traduzione di Alessandro Levi*, CEDAM, Pádova, 1951, pp. 131-137.

siguientes, en el criterio de la autonomía. Aquéllas reciben su fuerza del Estado que las impone; mientras éstas, de la *voluntas* de los individuos⁸.

Finalmente, y a tenor de la condición de los sujetos en la relación jurídica regulada (no tanto por su naturaleza, como por la posición y carácter que presentan), se discrimina entre los vínculos legales propios del Derecho público (en que uno de los sujetos, activo o pasivo, o los dos a la vez, son el Estado o una autoridad cualquiera, actuando investidos de *imperium*), y los exclusivos del Derecho privado (en los que ambas partes intervinientes se integran por personas o grupos desprovistos de carácter oficial)⁹.

3. EL CRITERIO SUBJETIVO COMO ASPECTO DELIMITADOR DEL IUS PUBLICUM Y DEL IUS PRIVATUM. DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES

Tomando ahora como criterio de referencia el relativo a la posición que ocupan los individuos en las interacciones que las normas jurídicas establecen o sobre las que se constituyen, que es el que en la actualidad goza de un mayor nivel de aceptación entre los civilistas¹⁰ (acogido también en múltiples ocasiones por la jurisprudencia)¹¹, se trata, a continuación, de dilucidar si la normativa reguladora de los mecanismos de protección de niños, niñas y adolescentes, forma parte del ordenamiento jurídico-civil, es decir, si pertenece al Derecho privado, o bien si corresponde al Derecho público, concretamente al Derecho administrativo¹². Existen, en este sentido, importantes divergencias entre los autores¹³.

⁸ Este criterio diferenciador fue avalado por aquellos estudiosos del Derecho de la primera mitad del siglo XX que, como Antonio Cicu, pretendieron adscribir al Derecho público el Derecho familiar, por entender, aparte de otras consideraciones relativas a la intervención de los funcionarios públicos en las cuestiones familiares, que la mayor parte de las reglas del mismo, en particular las que se refieren a los aspectos personales, tienen alcance imperativo.

⁹ En este sentido, F. DE CASTRO, op. cit. pp. 78 y 90, diferencia como criterio de clasificación primario entre las doctrinas que afirman la división bipartita del Derecho público y el Derecho privado (tesis dualistas), las que añaden tipos intermedios (denominadas pluralistas) y las que niegan tal división (teorías negativas). Por su parte, J.M. VILLAR ROMERO, "La distinción entre Derecho público y Derecho privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 171, enero 1942, pp. 21-39, enumera en su artículo no las teorías formuladas al respecto, sino más bien los grupos que de las mismas pueden extraerse. Así, puede distinguirse entre la teoría del interés (de larga tradición jurídica, basada en los textos romanos y que ha perdurado hasta nuestros días); teoría de los sujetos; teoría teleológica; teoría de la acción; teoría del *ius cogens* y *ius dispositivum*; teoría del rango superior del Derecho público; teoría del Derecho sustantivo y adjetivo; teoría del Derecho formal y material; teoría de la patrimonialidad; teorías tripartitas (Derecho privado, público y social); y, por último, teorías unitarias.

¹⁰ Entre ellos destacan F. BONET RAMÓN, "Derecho público y Derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 39, julio-agosto 1955, pp. 648; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, Tomo I. Introducción y parte general, decimoséptima edición*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 34-35; J.L. LACRUZ, op. cit. pp. 19-20; J.M. VILLAR, op. cit. p. 55; y en J.M. VILLAR ROMERO, "La transformación del Derecho privado en el Derecho público", *Revista de Derecho Privado*, 1943, p. 411. En general, los autores italianos, ya sean civilistas, ya se dediquen al estudio del Derecho público, también muestran una especial predilección por este criterio. Un buen ejemplo lo encontramos en F. FERRARA, op. cit. pp. 71-78 y en N. COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milán, 1910, pp. 15-16. También en Alemania se impuso este criterio, vid. L. ENNECCERUS, *Derecho civil. Parte general. Vol. I. Introducción. Derecho objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1934, pp. 132-135.

¹¹ Así lo pone de manifiesto M. ALBALADEJO, op. cit. p. 20, que cita alguna sentencia del Tribunal Supremo: sentencias de 3 de julio de 1941, de 19 de febrero de 1958, de 16 de marzo de 1964, de 4 de marzo de 1967, de 24 de junio de 1968, de 20 de marzo de 1975 y de 30 de abril de 1976.

¹² Idéntica cuestión se formula con respecto a la figura de la guarda administrativa V.M. MAYOR DEL HOYO, op. cit. p. 21.

¹³ Así, J. DELGADO ECHEVERRÍA, "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán", en *Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1980, pp. 51-52, se hace eco de cómo la legislación de la Generalitat de Cataluña en materia de Derecho público puede comprimir y alterar el Derecho civil aplicable en Cataluña; añadiendo a continuación, que es un dato sobresaliente de la experiencia jurídica de los últimos decenios como el Derecho público, y más específicamente el administrativo, condiciona, modifica y, en definitiva, transforma el Derecho civil tradicional, sin necesidad de alterar formalmente los preceptos de éste. Naturalmente, concluye el autor, este fenómeno ha llevado, entre otras cosas, a poner en cuestión la misma funcionalidad de la distinción entre Derecho público y Derecho privado.

Por una parte, ciertos sectores de la doctrina apuntan que los poderes públicos, en este tipo de intervenciones, no actúan investidos de *imperium* hacia otros sujetos, los niños, niñas y adolescentes, que aparecen en un lugar subordinado, por contra, la relación entre el organismo público y la persona menor de edad se da en un plano de igualdad (similar a la existente entre éste y sus progenitores o tutores), sin perjuicio, eso sí, de que los procedimientos hayan de ordenarse por normas de carácter administrativo. Advierten estos autores que la actividad de la Administración se produce en el espacio propio de las relaciones jurídico-privadas, ya que se está, en definitiva, ante aspectos personales. Se trata de atender, representar, administrar a la persona y bienes del sujeto menor de edad (idéntica función a la realizada por la potestad y la tutela ordinaria), cuestión ésta que pone en tela de juicio la necesaria sumisión al Derecho público¹⁴.

Por consiguiente, se considera que en las relaciones jurídicas que entabla la Administración a consecuencia de las disposiciones que facultan su intervención en la protección de personas menores de edad (tutela *ex lege*, guarda administrativa, acogimientos), no ostenta ésta una posición de preeminencia, de lo que se infiere que se trata de relaciones de Derecho privado¹⁵. Añadir, además, que al margen de los aspectos de organización y aplicación de medios personales y materiales, que siguen regulados por las normas jurídico-administrativas, el resto de actuaciones emprendidas por el órgano público competente en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia (desde que inicia su actividad de investigación, pasando por la valoración de los supuestos de hecho y finalizando con la declaración y posterior seguimiento de las situaciones de desamparo), todas ellas pertenecen, en realidad, a la órbita del Derecho privado¹⁶.

Si uno de los objetivos del Derecho civil es la creación de un ámbito de responsabilidades donde debe crecer y desarrollarse el ser humano, no puede soslayarse que las situaciones de desamparo y las medidas de protección que de ella se derivan, se dirigen hacia el más pleno y armonioso desarrollo de la persona dentro de su entorno familiar¹⁷. Este enclave no se desvirtúa por la necesaria y prudente influencia pública en las instituciones que albergan una determinada función social o actúan en interés de la colectividad¹⁸.

¹⁴ En este sentido, F.J. ARELLANO GÓMEZ, "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre 1992, pp. 2104-2105, defiende que la asunción de la tutela *ex lege* por el ente público incide en el campo del Derecho de las personas. Por tanto, no son actos administrativos, sino actos de un organismo público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil. De ahí que hayan de decaer las prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración propias de su derecho estatutario o administrativo. Esta misma idea la presenta J. LORCA MARTÍNEZ, "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo", *Actualidad Civil*, núm. 24, junio 1989, pp. 1820-1821, al afirmar que la asunción de la tutela *ex lege* por el Ente Público y el ingreso en un centro público de un menor abandonado sometido a patria potestad, incide en el campo del Derecho de las personas (no son actos administrativos sino actos de un Ente Público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil) y no puede entenderse que afecte a ningún derecho fundamental, sino que, al contrario, se busca la vigilancia de sus derechos.

¹⁵ B. VARGAS CABRERA, "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1991, pp. 612-613, apunta que por lo que respecta a la Administración no debe olvidarse que a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, toda su actividad de intervención en la tutela, guarda y adopción de menores está plenamente sometida al Derecho privado, sustantivo y procesal. Por ello, concluye este autor, en las relaciones jurídicas que entabla la Administración pública en este ámbito, no ostenta una posición de preeminencia, como ocurre cuando se trata de disciplinas integradas en el Derecho administrativo. Repite dicha argumentación en B. VARGAS CABRERA, *La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994, pp. 4-5 y 383.

¹⁶ El propio Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, tras reconocer que estas instituciones (en particular la figura del acogimiento) se habían regulado por dispersas normas administrativas, se entiende que ya reúnen la sustantividad necesaria para ser dignas de incluirse en el Código civil, con lo que también se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación. Por otra parte, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno de S.M. en 1989-1990*, pp. 239-262, establece que los entes públicos no tienen una posición de privilegio en la protección de menores que se regula en la Ley de 1987.

¹⁷ Cfr. F. ARELLANO, op. cit. p. 2093.

¹⁸ Ese interés público (protección a la infancia en situación de riesgo o desamparo) es diferente del oficio o función de Derecho público que a algunos civilistas, como Antonio Cicu, sirvieron para negar al Derecho de familia la categoría de Derecho privado. J. CASTÁN, op. cit. pp. 102-103, identifica dos acepciones del adjetivo público. Unas veces, público equivale a *estatal* y otras veces significa *social* o *común*. Y así, normas de Derecho público son las que afectan al Estado (primera connotación) o las que interesan a la sociedad o comunidad humana (segunda acepción, que atiende no tanto al objeto de la norma, sino a su inderogabilidad por la libre iniciativa de los particulares). Aprovechando esta disyuntiva A. CICU, *Il Diritto de Famiglia. Teoria generale*. Roma, 1914, p. 106 y

El Tribunal Supremo, en una línea argumental consistente y duradera en el tiempo (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 y sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2004), ha venido manteniendo, en relación a una materia que dista enormemente del eje central de nuestro análisis, cual es el derecho de propiedad, una tesis o razonamiento que puede ser perfectamente extrapolable al ámbito o sector del conocimiento que nos ocupa y preocupa. Así, la jurisprudencia, frente a la recurrente controversia suscitada sobre cuál debe ser el criterio o elemento indicador seleccionado para dirimir el ámbito de actuación del Derecho público y del privado, se pronuncia en el siguiente tenor literal:

"tradicionalmente se ha admitido que el método para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de equidad con los particulares, se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho público, la potestad corresponderá a los Jueces y Tribunales del ámbito contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuestos en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, el ordenamiento jurídico español considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la cuestión civil planteada a esta jurisdicción". Amén de este claro pronunciamiento, el propio Tribunal Supremo manifiesta y reconoce acto seguido la *"falta en nuestro sistema de una definición clara de lo que se considera como cuestión civil"*.

Pues bien, glosando las principales ideas interpretativas emanadas de estas sentencias y trayéndolas a colación en el sector del conocimiento que ahora nos ocupa, parece entreverse que la jurisprudencia es partidaria de considerar que la resolución administrativa mediante la que se declara la situación de desamparo de una persona menor de edad y se adoptan las oportunas medidas para su salvaguarda, no es más que un acto administrativo, que goza de todos los caracteres propios de las resoluciones emanadas de los poderes públicos (presunción de validez y, por ende, eficacia inmediata y la consiguiente ejecutividad)¹⁹.

En consecuencia, la razón que explicaría que finalmente se haya atribuido el control de este tipo de actos administrativos a los Jueces y Tribunales del orden civil, radica en la incidencia que estos tienen en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado (se concretaría así la llamada *cuestión civil*). No se trata, pues, de que la Administración actúe en situación de igualdad con los particulares y, por tanto, sometida al Derecho privado. La Administración procede como poder del Estado investida de prerrogativas. Sin embargo, su intervención afecta al contenido de relaciones de Derecho privado (potestad, tutela, guarda). Tal posibilidad, sin ir más lejos, es admitida por la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que en su artículo 3 apartado a) nos recuerda que "no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-

A. CICU, *Diritto Civile. Della figliazione*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 1923-1924, pp. 7-11, apuntó que el centro de gravedad no es el derecho subjetivo, sino el deber jurídico. La estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar que no es un interés individual, sino uno superior inserto en una relación de carácter orgánico que justifica la injerencia del Estado en dicho ámbito. Por su parte E. FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia. Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 23-24, sigue considerando que el Derecho de familia es Derecho privado, y más concretamente Derecho civil. Y ello, sean cuales fueren las razones por las que algunos civilistas, en los años treinta y principios de los cuarenta del siglo XX, pretendieron, siguiendo las huellas de Antonio Cicu, incluir el estudio del Derecho de familia en el ámbito del Derecho público o crearon un híbrido con aquél, mixto de Derecho público y privado, *tertium genus* de uno y otro.

¹⁹ Cfr. A. PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006. p. 430.

administrativo: las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública".

Otro sector doctrinal, sin embargo, ha optado por situarse en posiciones antagónicas a las referenciadas, y contra-argumentar frente a los que defienden que la Administración, en sus distintas acepciones, actúa en este sector como si de un particular se tratara, que en realidad nos hallamos ante instituciones propias del ordenamiento público, artificialmente *civilizadas* y que, en consecuencia, su inclusión en las disposiciones civiles es meramente formal. Es evidente, indican los seguidores de esta posición ideológico-técnica, que los poderes públicos actúan legitimados por el dictado de un acto administrativo que ha de reunir todos los requisitos exigidos por la ley, y limitados, desde un punto de vista competencial, por razón del territorio. Aspecto este último, que demostraría con claridad meridiana su adscripción a las prerrogativas del *ius publicum*.

Bajo este prisma, la tutela que ostentan las entidades públicas sobre las personas menores de edad en situación de desamparo es una institución propia del Derecho administrativo. Así, la reforma del sistema de protección a la infancia operado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, no supuso una *administrativización* de la tutela, sino que, por el contrario, *civilizó* la figura administrativa de la protección de niños, niñas y adolescentes. Esta transformación no se operó por razón de técnica jurídica alguna, ni porque el legislador de la época considerara que el Derecho civil fuera la sede ideal de tales instituciones, sino que los motivos que inspiraron tal decisión fueron pura y simplemente de carácter pragmático: procurar una cierta unificación legislativa en todo el territorio del Estado en una materia en que todas las Comunidades Autónomas habían asumido competencias²⁰. Se defiende así que la citada *civilización* introducida en 1987, respecto de la tradicional intervención de la Administración en el ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia, presenta no pocos problemas teóricos y prácticos.

También cabe ofrecer una explicación más histórica del proceso de *publicación* que se ha perpetrado en este sector del ordenamiento jurídico. En este sentido, es a partir de la segunda mitad del siglo XX que la atención de los poderes públicos a las personas que no han alcanzado todavía la mayoría de edad deja de ser concebida como una simple atención benéfica, concurrente o no con la de otras instituciones de carácter privado, pasando, por el contrario, a catalogarse y a ser regulada como una responsabilidad directa e ineludible, como una obligación de las autoridades competentes correlativa a los derechos de la infancia y la adolescencia sancionados por la Constitución española y por los Tratados internacionales que la protegen²¹. En ese contexto, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, rompió con el modelo privatista de las regulaciones anteriores. La protección de la persona menor de edad se articula, a partir de ese momento, bajo el principio básico de la "responsabilidad pública" (previsto en el artículo 39 de la Constitución española y en los artículos 3.2 y 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Tal circunstancia, significó una superación de los planteamientos privatistas vigentes hasta entonces y exigió de los poderes públicos algo más que una mera función de arbitraje o intermediación²².

Un último argumento esgrimido por este grupo de juristas, defensor acérrimo del carácter público de la normativa protectora de la niñez, se centra en tratar de catalogar la actividad desarrollada por el órgano competente en materia de defensa y tutela de los derechos de la infancia y la adolescencia dentro de una de las tres formas en que tradicionalmente se ha venido ordenando la actuación de los poderes públicos del Estado: policía, fomento y servicio público.

²⁰ Cfr. P. DE PABLO CONTRERAS, "Comentarios al artículo 172 del Código civil - Ley 21/1987, de 11 de noviembre -", en R. BERCOVITZ-CANO (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 62-64.

²¹ Está de acuerdo con esa opinión C. CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, "Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras", *Publicaciones de la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía*, marzo de 2010, pp. 1-3.

²² Cfr. M. CALVO GARCÍA, "Transformaciones del Derecho civil", en UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. FACULTAD DE DERECHO (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Verdejo. Vol. II*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1027.

Así, una lectura inicial de la cuestión nos conduciría a excluir, *a priori*, por definición, la posibilidad de encuadrar la mentada actividad dentro de cualquiera de las dos primeras opciones (policía y fomento). Efectivamente, el elemento unificador, tanto en la función de policía como en la de fomento, es la destacada presencia y el protagonismo otorgado a la figura del particular: en la primera, utilizando una serie de medidas coercitivas para que éste ajuste su comportamiento a un fin de utilidad pública; en la segunda, protegiendo o promoviendo aquellas actividades adeudadas a los individuos y que dan respuesta a las carencias de la comunidad.

En cambio, el servicio público, por el contrario, se significa por ser una modalidad de la acción administrativa consistente en la satisfacción directa de las necesidades ciudadanas, mediante la intervención de los propios poderes públicos a través de órganos creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los administrados. Esta sería, por tanto, la descripción administrativa que parece cohonestarse a la perfección con la intervención asignada a las entidades encargadas del bienestar de la infancia y la adolescencia, así como de la normativa diseñada para alcanzar con éxito tal finalidad²³.

4. CONCURRENCIA MATERIAL ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA PERSONA COMO RESPUESTA

Apuntadas las dos grandes líneas del pensamiento moderno sobre el carácter público o privado de las instituciones tuitivas y protectoras de los niños, niñas y adolescentes, podría pensarse, por qué no, en la viabilidad de instaurar una tercera vía o concepción intermedia que, tomando en consideración el carácter público que reviste toda intervención de la Administración en el ámbito de la prestación de un servicio comunitario enmarcado dentro de las políticas sociales y, sin olvidar, el debido respeto al procedimiento administrativo establecido a tales efectos, tuviera también presente la naturaleza o esencia eminentemente privada de las figuras legales que están siendo objeto de aplicación y sobre las que se erige o fundamenta el actual modelo o sistema de intervención. No debe confundirse materia con modo de regulación y la naturaleza privada o pública del Derecho depende del asunto, o sea, de la cualidad de los intereses y relaciones objeto de la disciplina jurídica, y no del modo de disciplinarlos.

Si bien es cierto que durante décadas se hizo imperiosa la necesidad funcional de parcelar el estudio y el análisis del Derecho, tal circunstancia, entendemos, no debiera servir ahora como excusa para justificar ruptura alguna del principio rector de la unidad del ordenamiento jurídico²⁴.

En consecuencia, y atendiendo a los postulados de esa pretendida uniformidad, así como por efecto de la meteórica evolución de las circunstancias sociales, que ha provocado (a partir sobre todo de la II Guerra Mundial) la alteración de las estructuras socio-económicas, y también por la acentuada presencia de los poderes públicos en la vida individual y comunitaria de los ciudadanos, e incluso, por qué no decirlo, por la asunción estatal de numerosas técnicas e instrumentos *iusprivatistas*, la inveterada distinción entre Derecho público y Derecho privado ha entrado en proceso de crisis y decadencia. Como claro reflejo de este planteamiento crítico, traer a colación la circunstancia de que mientras algunos autores se refieren a la *publificación* del Derecho privado²⁵, lo que se ha calificado como la invasión del Derecho privado por el Derecho público²⁶, otros creen, en cambio, percibir una

²³ F. GARRIDO FALLA, A. PALOMAR ALMEDA y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Parte general, duodécima edición*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 149-153, evocan que el servicio público implica una actividad para la satisfacción de necesidades públicas que, por consecuencias de circunstancias históricas determinadas, pasa a manos del Estado con carácter exclusivo o no; en cualquier caso se trata de actividades que sin repugnancia podrían estar en manos de particulares.

²⁴ Cfr. F. DE CASTRO, op. cit. p. 121.

²⁵ J. ARCE Y FLORES VALDÉS, *El Derecho civil constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pp. 31-32.

²⁶ Entiende a este respecto F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 135, que la invasión del antiguo campo jurídico-privado se ha producido a través de unas

privatización del Derecho público. Y no faltan quienes patrocinan el abandono de la misma distinción por estimarla superada o caduca, o sugieren dotarla de una nueva perspectiva sociológica²⁷.

DE CASTRO, máximo valedor de esta propuesta ecléctica, propugna una construcción en la que, frente a las escuelas dualistas (aquéllas que defienden a ultranza la división entre *ius publicum* e *ius privatum*), quede afirmada la unidad del Derecho, y frente a las doctrinas negativas (mantenedoras a toda costa de la uniformidad del sistema jurídico), se sostenga la variedad funcional de las disposiciones legales. Esta dicotomía, le lleva a afirmar, opinión que compartimos, que no debe fraccionarse el Derecho positivo en dos campos o esferas separadas, sino que procede clasificar sus reglas en atención a la dirección hacia la que puedan ser orientadas sus disposiciones, de acuerdo con los dos grandes principios informadores e inspiradores del modelo: comunidad y personalidad, ambos dirigidos, como ya se apuntó con anterioridad, hacia un fin común y en constante y necesaria colaboración²⁸. El Derecho privado no es sólo el derecho del egoísmo individual, sino también el del altruismo social²⁹.

En esa línea de pensamiento, es clave evocar y enfatizar la distinción existente entre la naturaleza de la institución en sí misma considerada y la de los procedimientos que llevan a ella. Así, por ejemplo, la esencia de la tutela *ope legis*, atribuida a los órganos administrativos competentes para aquellos casos verificados de desamparo (situación de hecho que ellos mismos evalúan sirviéndose de sus propios equipos multidisciplinares), se resuelve atendiendo a unos parámetros o presupuestos regulados por procedimientos estrictamente administrativos, cuestión ésta que no contradice en absoluto el hecho de que el producto final de esa actuación se inscriba en la órbita del Derecho privado. Lo que en ningún caso podrá negarse es el protagonismo concedido a los entes públicos administrativos en cuanto sujetos de derecho que personifican los intereses generales de la comunidad, en este caso los de la infancia y la adolescencia desprotegida o en situación de riesgo o desamparo.

A este respecto, los administrativistas reconocen que los poderes públicos detentan la facultad de poder concluir actividades, que si bien desde una perspectiva meramente interna, por lo que a su formación y constitución se refiere, se hayan sometidas al Derecho público, en cambio, están llamadas a desarrollar una función externa materialmente sujeta al Derecho privado. El supuesto más característico que ejemplifica esta eventualidad, es el de la celebración de un contrato de carácter privado por parte de los organismos públicos, posibilidad reconocida de manera expresa en nuestro Derecho por los artículos 26 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público y 2.b) de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa. En este tipo de negocios jurídicos, antes de llegar al convenio definitivo hay que superar una fase, llamémosla preparatoria, encomendada al Derecho administrativo, sin perjuicio de que el producto final obtenido se rija por las reglas y principios propios del Derecho privado. En definitiva, se trata de trazar una meridiana separación entre la articulación interna y externa de un complejo de normas e instrucciones, si bien públicas, incidentes sobre una relación fundamentalmente privada. Tal y como se encarga de recordarnos la doctrina administrativa, esta sería la calificada como teoría de los actos administrativos separables³⁰, que entendemos perfectamente aplicable al contexto material objeto de nuestro estudio.

determinadas técnicas operativas que, de más a menos, según el grado de intensidad intervencionista, se han denominado: anexión pura y simple; protectorado; limitaciones de policía; e, infiltraciones.

²⁷ Considera F. GARRIDO, op. cit. pp. 135-136, que junto al proceso de publicitación del Derecho civil se da una simultánea y paralela tendencia de socialización del ordenamiento jurídico-privado.

²⁸ Cfr. F. DE CASTRO, op. cit. pp. 91-96. También J. CASTÁN, op. cit. p. 102, sustenta que los intereses del colectivo y los intereses de los particulares no son términos irreductibles. Al Estado interesa la situación de los individuos, que, generalmente, redundan también en beneficio de la comunidad, y a la inversa, lo que atañe a la *pública utilitas* afecta a cada hombre en singular.

²⁹ Cfr. F. FERRARA, op. cit. p. 79.

³⁰ Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. FERNÁNDEZ TOMÁS, *Curso de Derecho administrativo, Vol. I, décimotercera edición*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 431, quienes afirman que la actuación de las Administraciones en el ámbito jurídico-privado debe ir precedida o acompañada de resoluciones, e, incluso procedimientos complejos, inequívocamente jurídico-públicos; es la doctrina llamada de los actos administrativos separables, reconocida de manera expresa en nuestro Derecho, tanto legalmente como jurisprudencialmente. En

Partiendo de esta última percepción público-privada de la normativa reguladora de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia, a la que nos adscribimos de manera incondicional, personificada en la teoría intermedia de DE CASTRO, y dejando temporalmente al margen la periclitada distinción entre Derecho público y Derecho privado, ya originariamente conceptuada como de oscura y polémica³¹, consideramos que todas las cuestiones que giran en torno a los mecanismos y dispositivos legales arbitrados por nuestro sistema jurídico para velar por el normal y adecuado desarrollo de las personas menores de edad (sean de carácter privado o público) encuentran su razón de ser y, por ende, deben ser técnica y metodológicamente ubicadas dentro de una rama autónoma y sustantiva de la normativa civil, cual es el Derecho de la persona³².

Si se admite que la función esencial, por no calificarla de única o exclusiva, desempeñada por los instrumentos de cuidado y amparo de los individuos que se encuentran, por razón de su edad, en fase de desarrollo y formación, es la de garantizar el libre e integral desarrollo de su personalidad, es decir, dotarles de las herramientas jurídicas necesarias que aseguren su atención personal y patrimonial (a través de la figura de la representación legal y de la administración de su patrimonio) durante toda su etapa de minoridad, no resta mejor opción que la de subsumir el núcleo básico de su regulación a las reglas y parámetros propios de las disposiciones emanadas del denominado como Derecho de la persona, ello con total independencia de las posibles remisiones, por lo que a su estructura y puesta en funcionamiento se refiere, a normas de carácter administrativo.

Entre las muchas singularidades que este ámbito del Derecho privado presenta en comparación con los restantes sectores del ordenamiento jurídico, quizá la más notable y llamativa sea una paradójica situación de inflación valorativa que puede caracterizarse como propia de un estatuto jurídico de gran importancia, unánimemente reconocido, pero de contenido realmente mínimo, en parte anacrónico y en el resto disperso y descodificado³³, configurado siempre por oposición o exclusión respecto de las relaciones económicas y familiares, hasta el extremo de llegar a ser calificada como una área deprimida del Derecho civil³⁴.

Precisamente, la situación del Derecho de la persona en el proscenio del Derecho privado y su conexión directa con la Teoría general del Derecho han colocado a esta normativa en una situación ambivalente e híbrida por lo que a su naturaleza pública o privada se refiere³⁵, de modo que, "nos situamos en esa zona del sistema donde Derecho público y Derecho privado encuentran su punto de más radical convergencia"³⁶.

Es tradicional, además, señalar el carácter imperativo de las normas referentes a la persona, la extraterritorialidad de su régimen jurídico, así como otras notas características del mismo que lo distinguen del grueso de la normativa privada y de sus reglas generales de aplicación³⁷. De lo anterior, no obstante, no suele deducirse más que una especialidad, una

una línea similar S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Iustel, Madrid, 2007, p. 856, refiriéndose a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la materia, destaca que éstas pueden adoptar normas de Derecho público que incidan en algunos derechos privados tradicionalmente incluidos en la legislación civil.

³¹ Para P. PERLINGIERI, "Por un Derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1983, p. 54, ya los romanos tenían dificultades en delimitar tal distinción.

³² En este sentido, por tanto, disentimos de la opinión de B. VARGAS, op. cit. pp. 4-5 y 383, que ubica esta materia dentro del Derecho de familia. Sí compartimos, en cambio, la posición de J. LORCA MARTÍNEZ, "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo", *Actualidad Civil*, núm. 24, 1989, pp. 1820-1821, que apunta que la asunción de tutela *ex lege* por el ente público y el ingreso en un centro público de un menor abandonado sometido a patria potestad, incide en el campo del Derecho a la persona (no se trata de actos administrativos, sino acciones de un ente público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil).

³³ Cfr. E. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 157.

³⁴ Cfr. R. SACCO, "Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo)", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 21, 1975, p. 343.

³⁵ Cfr. M. ALONSO PÉREZ, "Reflexiones sobre el valor y el concepto de la persona en el Derecho civil de España", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1983, p. 1121. Por su parte, J. ARCE y FLORES, op. cit. p. 29, hace referencia a la contribución constitucional a la interrelación e interpenetración del Derecho público y el Derecho privado.

³⁶ Cfr. A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 14.

³⁷ Como serían sus especialidades procesales: intervención necesaria del Ministerio Fiscal, actuación de oficio o eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada, por citar algunas.

restricción del principio de la autonomía privada de la voluntad en aras del interés o del orden público, mas no su naturaleza propiamente administrativa desde una concepción global de la materia.

En otro orden de cosas, tampoco debe obviarse ni menospreciarse el servicio prestado por la noción abstracta de persona a la teoría *iuspublicista* moderna y contemporánea, a través del doble expediente de la personificación y la publicación. Puede afirmarse, por tanto, que el actual Derecho público no puede explicarse ni aplicarse sin las categorías formalistas de la personalidad, y que recíprocamente el Derecho privado de la persona tampoco puede serlo sin las categorías *iuspublicistas* del orden público y la imperatividad absoluta. A ello cabe añadirle el hecho de que la constitucionalización de muchos derechos de la personalidad como fundamentales, junto con las libertades públicas, borra la frontera público-privada en el núcleo mismo del régimen jurídico de la persona.

En suma, es ésta la rama del ordenamiento donde más claramente se identifica y pone de manifiesto la crisis existente en la secular distinción del Derecho entre *ius publicum* y *ius privatum*, a la que anteriormente hacíamos referencia y, tal vez, no afrontar de plano esta dificultad sea una de las causas fundamentales de los múltiples y estériles debates que todavía hoy se suscitan alrededor de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la normativa reguladora de las instituciones protectoras de la infancia y la adolescencia.

En el ámbito más estrictamente civil, la primacía de esta visión interdisciplinar, inherente al propio concepto de persona, debe conducir a la superación de la concepción rigurosamente privatista de las disposiciones reguladoras del régimen jurídico de los instrumentos de atención y protección de las personas menores de edad, que se reconoce, en la actualidad, como insuficiente, y asumir la interferencia o yuxtaposición del Derecho público. Se da aquí, por tanto, lo que podría calificarse como un *tertium genus*. El Derecho de la persona, en esencia, no es ni público ni privado, ni tampoco, propiamente, las dos cosas a la vez. Se da, por contra, una interconexión entre ambas nociones, si bien la preponderancia del principio de personalidad consigue unificar el régimen de forma que éste no quede como el punto de equilibrio entre dos fuerzas contrapuestas (individuo y comunidad), sino como la garantía del desarrollo pleno de la personalidad en todos sus aspectos, incluido el social o comunitario.

En efecto, los sectores del ordenamiento que se ocupan de regular las situaciones de *status*, aunque históricamente formen parte del Derecho civil, vienen considerándose desde antaño, como cada vez más próximos al Derecho público³⁸, y es en este ámbito donde los principios de personalidad y comunidad encuentran su primer punto de bifurcación y, por ello, pertenecen aún al Derecho de la persona y participan de la apuntada naturaleza *sui generis* del mismo³⁹.

Manteniéndonos en los campos estrictamente privatistas, generados por los caracteres fundamentales de la persona-sujeto (capacidad y derechos inherentes al individuo), la influencia del principio de comunidad y del Derecho público continúa implicándose con la *singulorum utilitas*, en el sentido de que existe un evidente y prioritario interés general en la protección integral de la persona como garantía de realización del mismo orden público. Esta innovadora visión exige la actuación de los órganos de la administración en pro de la defensa y promoción de los valores superiores del individuo, para hacerlos, tal y como establece la Constitución, "reales y efectivos" (artículo 9.2).

³⁸ Un claro ejemplo podríamos encontrarlo en materia de nacionalidad, donde la consideración "publicista" ganó terreno con la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que dio redacción al punto 5 del artículo 22 del Código civil español, atribuyendo competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. No altera esa remisión la última reforma introducida en este ámbito por la Ley 36/2002, de 8 de octubre.

³⁹ En esta misma línea, E. RAMOS, op. cit. p. 167, apunta que el principio de comunidad predomina más en el *status civitatis*, que procura a la persona una protección basada en vínculos políticos, mientras que el de personalidad prevalece actualmente en el *status familiae* que, sobre todo, mediante la filiación liga a la persona con su comunidad natural de origen, generando consecuencias protectoras de todo orden y, también, a través del matrimonio, regula las relaciones personales más íntimas, instaurando un estatuto igualitario en el que el interés supraindividual de la familia da origen a peculiares deberes y derechos en el marco de una relación claramente jurídico-privada, cualquiera que sea el criterio de distinción que se utilice.

De ahí que pertenezca igualmente al Derecho de la persona, aunque no sea estrictamente Derecho privado, el desarrollo de ciertos derechos fundamentales que no se consideran comúnmente como de la personalidad (el derecho a la educación, por citar un ejemplo) o de muchos principios rectores de la política social que derivan del paradigma antropológico personalista, como los consagrados en los artículos 39.4 (niños), 48 (juventud) o 49 (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), todos ellos de la Constitución española. Esta legislación, así como todas sus derivaciones orgánicas y normativas, al estar al servicio de la institución de la persona y derivar de ella, conciernen, en definitiva, a su mismo régimen jurídico general, de forma que la adscripción de este *Derecho administrativo de la persona*⁴⁰ al Derecho público se debe también a una razón extrínseca, meramente histórica, asociada al desarrollo de la teoría y la praxis del Estado social y democrático de Derecho.

El anterior, por ejemplo, es el espíritu que parece dimanar del Libro II, relativo a la persona y la familia, del Código civil de Cataluña. En un intento de proseguir el camino ya iniciado por la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, el vigente Código catalán propugna abiertamente la necesidad de reforzar el ámbito de la autonomía de la persona.

Además, la distinción trazada entre persona física y familia contenida en el artículo tres de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, que aprueba la Primera Ley del Código civil de Cataluña, ha permitido enfatizar el protagonismo que ha de atribuírseles a las instituciones tutelares, otorgándoles un tratamiento autónomo e independiente que las aleja, en parte, de la simple consideración y tratamiento como meros sucedáneos de las relaciones familiares. Es en ese mismo contexto, en el que el capítulo VIII del Título primero del Libro II del Código civil de Cataluña incorpora a la norma, los aspectos civiles de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y tiene en cuenta el nuevo modelo de atención y protección de la infancia y la adolescencia instaurado por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

En suma, por vez primera en nuestro entorno jurídico, la norma civil más emblemática emanada del Parlamento de Cataluña ha integrado, junto con las demás instituciones de protección a la persona, la regulación básica concerniente a la atención y cuidado de las personas menores de edad en situación de desamparo, remitiendo a la legislación especial sobre la materia, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, todo lo relativo a los indicadores de la situación de desamparo, las medidas de protección y sus modificaciones, el procedimiento de su adopción y revisión, así como el régimen de recursos y sus causas de extinción.

El anterior nos parece un buen ejemplo de cómo poner fin a la tradicional discriminación existente en nuestro ordenamiento jurídico civil, consistente en mantener en una ley especial, fuera de la codificación vigente, el régimen jurídico aplicable a las personas menores de edad en situación de desamparo, es decir, aquellos respecto a los que no cabe constituir una tutela ordinaria, porque en su círculo cercano no hay sujetos que se puedan hacer cargo de ellos. Y significa, a nuestro entender, un claro exponente de la adscripción material que las instituciones de protección de las personas menores de edad tienen al Derecho de la persona, a esa rama del ordenamiento jurídico que se encuentra en una posición ecléctica entre el Derecho público y el Derecho privado.

5. CONCLUSIONES

Se ha suscitado en nuestro ordenamiento jurídico una intensa discusión acerca de la pertenencia o adscripción de las disposiciones relativas a la atención y protección de los ciudadanos menores de edad a una de las dos grandes ramas en que tradicionalmente se subdivide el Derecho: el *ius publicum* y el *ius privatum*.

⁴⁰ J. ARCE y FLORES, op. cit. pp. 69-84.

Partiendo de los diferentes criterios utilizados por la doctrina científica al tratar de fijar la línea divisoria entre ambas disciplinas legales, y tomando de entre todos ellos, el criterio subjetivo como aspecto delimitador entre el Derecho público y el Derecho privado, arribamos a la conclusión de que todas las cuestiones que giran en torno a los mecanismos y dispositivos legales arbitrados por nuestro sistema jurídico para velar por el normal y adecuado desarrollo de las personas menores de edad (sean de carácter privado o público) encuentran su razón de ser y, por ende, deben ser técnica y metodológicamente ubicadas dentro de una rama autónoma y sustantiva de la normativa civil, cual es el Derecho de la persona.

Precisamente, la situación del Derecho de la persona en el proscenio del ordenamiento jurídico privado y su conexión directa con la Teoría general del Derecho han colocado a esta normativa en una situación ambivalente e híbrida por lo que a su naturaleza pública o privada se refiere, de modo que, nos situamos en esa zona del sistema donde *ius publicum* y *ius privatum* encuentran su punto de más radical convergencia.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, Tomo I. Introducción y parte general, decimoséptima edición*, Edisofer, Madrid, 2006.

ALONSO PÉREZ, M., "Reflexiones sobre el valor y el concepto de la persona en el Derecho civil de España", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1983, pp. 1117-1128.

ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, 1997.

ARCE Y FLORES VALDÉS, J., *El Derecho civil constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.

ARELLANO GÓMEZ, F.J., "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre 1992, pp. 2085-2106.

BONET RAMÓN, F., "Derecho público y Derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 39, julio-agosto 1955, pp 648 y ss.

CALVO GARCÍA, M., "Transformaciones del Derecho civil", en UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. FACULTAD DE DERECHO (coord.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Verdejo. Vol. II*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1017-1044.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., "Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras", *Publicaciones de la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía*, marzo de 2010.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general*, Reus S.A., Madrid, 1984.

CICU, A., *Il Diritto de Famiglia. Teoria generale*. Roma, 1914.

CICU, A., *Diritto Civile. Della figliazione*, Universidad de Bolonia, Bolonia, 1923-1924.

COVIELLO, N., *Manuale di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Parte generale*, Società Editrice Libreria, Milán, 1910.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Parte general. Tomo I, segunda edición*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al artículo 172 del Código civil - Ley 21/1987, de 11 de noviembre -", en BERCOVITZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1993.

DE VICENTE PACHÉS, F., *Asistencia social y servicios sociales, régimen de distribución de competencias*, Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones, Madrid, 2003.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán", en *Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1980.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, undécima edición*, Tecnos, Madrid, 2003.

ENNECCERUS, L., *Derecho civil. Parte general. Vol. I. Introducción. Derecho objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1934.

FERRARA, F., *Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Dottrini Generali. Parte I. II Diritto. I Soggetti. Le Cose*, Athenaeum, Roma, 1921.

FOSAR BENLLOCH, E., *Estudios de Derecho de familia. Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ TOMÁS, R., *Curso de Derecho administrativo, Vol. I, decimotercera edición*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

GARRIDO FALLA, F., PALOMAR ALMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Parte general, duodécima edición*, Tecnos, Madrid, 2006.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2002.

GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, Tomo I. Parte general. Introducción, tercera edición*, Dykinson Madrid, 2002.

LORCA MARTÍNEZ, J., "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo", *Actualidad Civil*, núm. 24, junio 1989, pp. 1812-1844.

MAYOR DEL HOYO, V.M., *La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores*, Cedecs, Barcelona, 2000.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Iustel, Madrid, 2007.

PERLINGIERI, P., "Por un Derecho civil constitucional español", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1983, p. 52-73.

RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "Las autorizaciones judiciales para la entrada en domicilios para hacer efectivas las medidas de protección de las personas menores de edad: ¿la solución definitiva de un eterno dilema", en V. CABEDO e I. RAVETLLAT (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 187-212.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "Competencias autonómicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia: estudio al hilo del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 21, 2015, pp. 159-201.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "El modelo constitucional de protección a la familia y a la infancia: el principio de mínima intervención en los asuntos familiares en el sistema normativo español (artículo 39 de la Constitución Española)", *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 5, 2015, pp. 3-13.

SACCO, R., "Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo)", *Rivista di Diritto Civile*, núm. 21, 1975.

THON, A., *Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagini di Teoria Generale del Diritto*, traduzione di Alessandro Levi, CEDAM, Pádova.

TOLÍVAR ALAS, L., "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores", *Revista de administración Pública*, núm. 124, 1991, pp. 35-64.

VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Comares, Granada, 1994.

VARGAS CABRERA, B., "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas", *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1991, pp. 611-695.

VILLAR ROMERO, J.M., "La transformación del Derecho privado en el Derecho público", *Revista de Derecho Privado*, 1943.

VILLAR ROMERO, J.M., "La distinción entre Derecho público y Derecho privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 171, enero 1942, pp. 21-39.

PROPUESTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONCURSAL RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 183 TER 1 (*DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING*)

María Isabel Montserrat Sánchez Escribano
Profesora Contratada Doctora int. Derecho penal
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 8 de febrero de 2018
Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2018

RESUMEN: El delito de *online child grooming* fue introducido en el artículo 183 *bis* del Código Penal español a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, cambió su ubicación sistemática (actualmente se encuentra recogido en el artículo 183 ter 1) y algunos términos de su redacción legal, introduciendo importantes novedades¹ aunque sin mejorar algunos de los defectos que la doctrina penal acertadamente había criticado en relación con la anterior descripción típica.

ABSTRACT: The crime of online child grooming was introduced in Article 183bis of say through Spanish Criminal Code reform operated by the Organic Law 5/2010 of 22nd June. In addition, the Organic Law 1/2015 of 30th March, changed its systemic location (currently is embedded within 183 ter 1 article) and some terms of its legal wording, introducing important updates but without improving some of the flaws that criminal doctrine had correctly criticised regarding previous typical description

PALABRAS CLAVE: El delito de *online child grooming*, novedades, mejoras.

KEYWORDS: Online child grooming, updates , improvements.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONDUCTA DE ONLINE CHILD GROOMING COMO DELITO DE PREPARACIÓN. III. ONLINE CHILD GROOMING A LA LUZ DEL NON BIS IN IDEM. 3.1 UNIDAD DE HECHO: PROGRESIÓN DELICTIVA VS. AUSENCIA DE UNIDAD FÁCTICA. 3.1.1 UNIDAD FÁCTICA: ARTÍCULO 183 TER 1 Y 183 + 189. 3.1.2. QUIEBRA DE LA UNIDAD FÁCTICA: “OTROS DELITOS”. 3.2 UNIDAD DE FUNDAMENTO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING. IV. TIPOS DE CONCURSOS EN EL ONLINE CHILD GROOMING. 4.1 ONLINE CHILD GROOMING Y CONCURSO DE NORMAS. 4.2 ONLINE CHILD GROOMING Y CONCURSO DE DELITOS. V. PROPUESTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONCURSAL Y CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL ACUERDO NO JURISDICCIONAL DEL PLENO DEL TS. VI. A MODO DE CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El delito de *online child grooming* fue introducido en el artículo 183 *bis* del Código Penal español a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, cambió su ubicación sistemática (actualmente se encuentra recogido en el artículo 183 *ter* 1¹) y algunos términos de su redacción legal, introduciendo importantes novedades² aunque sin mejorar algunos de los defectos que la doctrina penal acertadamente había criticado en relación con la anterior descripción típica³.

Uno de los puntos que mayor controversia ha generado en lo que respecta a la interpretación de este precepto ha sido su tratamiento concursal. Así, partiendo de que el *online child grooming* constituye un delito de preparación (acto preparatorio elevado a la categoría de delito) de ciertas conductas atentatorias contra la indemnidad sexual de los menores, concretamente (desde 2015) las previstas en los artículos 183 y 189 del Código penal⁴ —en él, el autor, conocido como *groomer*, contacta por vía telemática con el menor y le prepara en orden a lograr tener un encuentro con él en el que o bien le agrede o abuse sexualmente de él (artículo 183) o bien lo utilice para elaborar material pornográfico o para participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (artículo 189.1 letra a)⁵—, la ejecución de la acción descrita en cualquiera de estos preceptos relegaría la punición de aquel a la de estos últimos. Ello porque sobradamente conocidos son los criterios doctrinales y jurisprudenciales, no consagrados de forma positiva, de que en la progresión delictiva el avance en el *iter criminis* supondrá la absorción de los actos previos a favor del castigo de los posteriores, más lesivos, y de que el castigo del delito de lesión absorberá al de peligro.

No obstante, el propio tenor literal del artículo 183 *ter* 1 parece contradecir estos criterios, ya que en su primer inciso *in fine* establece que el *online child grooming* se castigará *sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*, fórmula utilizada habitualmente por el Código penal para referirse a supuestos de concurso real de delitos. La problemática interpretación de esta previsión típica ha acaparado totalmente la atención de la doctrina y de la jurisprudencia, sin que exista todavía un acuerdo unánime al respecto (aunque cada vez más voces apuntan al concurso de delitos)⁶. El Tribunal Supremo ha

¹ El actual artículo 183 *ter* 1 reza lo siguiente: *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

² Concretamente, las modificaciones que ha llevado a cabo son las siguientes:

a) La edad de la víctima, que se ha elevado de 13 a 16 años; y
b) El fin o propósito perseguido por el autor (la comisión de determinados delitos), que ha pasado de efectuarse una remisión a los artículos 178 a 183 y 189, a una remisión más restringida de los delitos de los artículos 183 y 189.

³ Una enumeración de los mismos puede encontrarse en M. CANCIO MELIÁ “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, La Ley penal, (80), 2011, consulta online.

⁴ Con la introducción del tipo penal en 2010 se efectuaba una remisión a los artículos 178 a 183 y 189, pero la reforma de 2015 redujo esta referencia a los artículos 183 y 189 del Código penal.

⁵ Aunque el artículo 183 *ter* 1 hace referencia de forma genérica al 189, algunos autores proponen acertadamente una interpretación restrictiva de este precepto basada en el artículo 23 del Convenio de Lanzarote que supone limitar el alcance de esta concreta remisión a los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas pornográficos, de tal forma que tan solo quedarían abarcadas las conductas del artículo 189.1.a) J. m: TAMARIT SUMALLA “Art. 183 bis”, en Tomo I de los *Comentarios al Código penal español* QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), 6ª Edición, Pamplona: Aranzadi, 2015, 354 y C. VILLACAMPA ESTIARTE *El delito de online child grooming*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 183.

⁶ Doctrina y jurisprudencia se encuentran divididos al determinar si la solución que debe darse en este caso debe tener lugar a través del concurso de normas o de delitos. Así pues, mientras que las primeras voces abogaron a favor del concurso de normas, cada vez son más los autores que proponen resolver estos supuestos a través del concurso de delitos ya sea medial o real, ello con base a la autonomía punitiva del *online child grooming*, su carácter pluriofensivo, la identificación de un bien jurídico supraindividual, o, finalmente, su lógica aplicación a

tratado de zanjar el debate a través de un muy criticable Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de ocho de noviembre de 2017, en el que entiende que “*el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter 1 del Código Penal puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189*”⁷.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la referida cláusula concursal y la solución interpretativa que de ella ha hecho el Tribunal Supremo, con la finalidad de ofrecer una visión crítica de los mismos así como una propuesta de interpretación respetuosa con la teoría general del delito y los principios del Derecho penal, que permita, definitivamente, poner fin a la polémica planteada.

II. LA CONDUCTA DE *ONLINE CHILD GROOMING* COMO DELITO DE PREPARACIÓN

La primera cuestión a dilucidar a la hora de adentrarse en la interpretación de la cláusula concursal objeto de este artículo es la propia naturaleza del delito de *online child grooming*. Así pues, la única forma de castigar este tipo penal en concurso de delitos y no de normas con el abuso sexual o la captación de menores para espectáculos exhibicionistas sin vulnerar el principio *non bis in idem* pasaría por afirmar el carácter autónomo de ambas figuras delictivas, negando cualquier conexión entre las mismas. Sin embargo, a mi juicio, ello no resulta posible por cuanto el artículo 183 ter 1 conforma, sin duda alguna, uno de los supuestos más prototípicos de los denominados delitos de preparación⁸.

Efectivamente, el *online child grooming* puede definirse, fácilmente, como un delito de preparación de un hecho propio si se le aplican las características inherentes a esta

supuestos de víctimas múltiples. Defienden el concurso de normas: CUGAT MAURI, “La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso”, *La Ley penal*, (10), 2014, consulta online. M. GÓMEZ TOMILLO “Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en *Comentarios al Código penal EL MISMO* (dir.), 2a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, 709. E. GÓRRIZ ROYO “On-line child grooming” en *Derecho penal español*. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter. 1o CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de Marzo), *InDret*, (3), 2016. C. LAMARCA PÉREZ, C. *Delitos: La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2015, 194. F. SANTA CECILIA GARCIA “Acoso sexual a menores mediante tecnologías de la comunicación (“child grooming”)", *La Ley Derecho de familia*, 2014, consulta online; J. M^a TAMARIT SUMALLA “Art. 183 bis”, en Tomo I de los *Comentarios al Código penal español* G. QUINTERO OLIVARES (dir.), 6ª Edición, Pamplona: Aranzadi, 2015, 353. J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO “La regla... cit. pág. 406. C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, (34), 2014, 687 y 688; y la misma, “El delito... cit., 2015, 178. Afirman que debe apreciarse un concurso ideal medial: M. DE LEMUS VARA, “El delito... cit, consulta online. F. PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)”, *Diario la Ley*, (7915), 2012, consulta online y F. PÉREZ FERRER “La regulación del child grooming en el ordenamiento penal español tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio”, en *Actas al I Congreso Internacional de Retos sociales y Jurídicos para los menores y Jóvenes del s. XXI*, 114-131, 2013, 126; E. ORTS BERENGUER “Artículo 183 ter,” en *Derecho penal. Parte Especial* JL. GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, pág. 227. Por concurso real se decantan “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, (7575), 2011, consulta online y “Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015”, *Diario La Ley*, (8758), 2016, consulta online; MM. GONZÁLEZ TASCÓN El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, *Estudios Penales y Criminológicos*, (31), 2011, 254. F. MUÑOZ CONDE *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2016, pág. 241. J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (65), 2012, pág. 204. Se refiere a concurso de delitos en general “Ciberacoso”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015* G. QUINTERO OLIVARES (coord.), Aranzadi: Pamplona, 2015, 623 y “Grooming y sexting: artículo 183 ter CP”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* JL. GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, 441.

⁷ Con base en este Acuerdo ha dictado ya una resolución, la Sentencia 777/2017, de 30 de noviembre.

⁸ Este carácter preparatorio del delito de *online child grooming* es ampliamente reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Véase, al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 1º y, siguiendo a la primera, la 527/2015, de 22 de septiembre, Fundamento Jurídico 1º del recurso de Horacio y la 864/2015, de 10 de diciembre, Fundamento Jurídico 1º. En la doctrina M. CUGAT MAURI “Capítulo 26... cit., consulta online.

tipología delictiva. Aúna todas ellas en un magnífico artículo ALONSO RIMO, publicación que se tomará como base para el análisis del referido tipo penal⁹:

1. Dependencia valorativa respecto del hecho principal: El delito de *online child grooming* forma parte de la dinámica preparatoria de dos delitos concretos: el abuso sexual a menores (art. 183) y la agresión, abuso o captación y utilización del menor para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas pornográficos (art. 189.1 a)). Uno de estos tipos penales constituye, por tanto, el delito fin del *groomer*, cuya conducta facilita.

2. Concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en la voluntad de realización del delito fin: La literalidad del artículo 183 es explícita en este sentido, al afirmar que la conducta del sujeto debe ir orientada hacia una finalidad muy concreta, que puede ser o bien cometer un delito de abuso sexual del artículo 183 o bien cometer el delito del artículo 189. Tan claro es en este punto el precepto que enuncia expresamente los delitos-fin que integran la tendencia interna del *groomer*.

3. Carácter pre-ejecutivo: La acción de *online child grooming* consiste en una manifestación externa de la voluntad del autor, hecho que impide que se consume antes de un momento muy concreto: cuando el autor realice una propuesta de encuentro al menor y, además, actos materiales dirigidos al acercamiento, es decir, cualquier acto dirigido a lograr el encuentro solicitado.

4. Definición como delito de peligro: No cabe duda de que este comportamiento conforma un delito de peligro porque adelanta la barrera punitiva a un momento anterior al inicio de la ejecución del tipo contra la indemnidad sexual, los actos preparatorios¹⁰. Sin embargo, aunque la estructura de peligro abstracto se compadece mejor con la configuración típica de este tipo de delitos¹¹, lo cierto es que considero más oportuno defender en este caso que se trata de un delito de peligro concreto. Ello en atención a la naturaleza individual del bien jurídico protegido y, sobre todo, al hecho de que está integrado por actividades que en sí mismas son inocuas pero que se convierten en ilícitas por su finalidad maliciosa, finalidad que sólo se entiende materializada cuando tienen lugar actos físicos tendentes a la consecución del contacto físico-sexual con un específico menor¹². De este modo, el *online child grooming* produce únicamente un resultado de peligro que incrementa la probabilidad de lesión del bien jurídico¹³.

III. ONLINE CHILD GROOMING A LA LUZ DEL NON BIS IN IDEM

Definido el *online child grooming* como un delito de preparación de determinados delitos contra la indemnidad sexual de los menores, el siguiente paso lo constituirá analizar la punición de la comisión conjunta de estos delitos conforme al *non bis in idem*. Sabido es que, en su vertiente sustantiva, este principio pretende evitar la doble sanción penal, lo que implica la aplicación exclusiva de una norma que contempla en sí el total desvalor de la conducta sobre la que parece concurrir también, prima facie, otro precepto penal (curso de normas). Ello se manifiesta en la concurrencia de un triple presupuesto: identidad de hecho, sujeto y fundamento, que será preciso analizar de forma pormenorizada para

⁹ A. ALONSO RIMO “¿Impunidad general de los actos preparatorios?: La expansión de los delitos de preparación”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (4), 2017.

¹⁰ Sostiene también que es un delito de peligro concreto la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 1º

¹¹ La autora califica este peligro como abstracto o también hipotético C. VILLACAMPA ESTIARTE, El delito... *cit.*, pág. 170.

¹² En igual sentido, Sentencias del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 1º y 864/2015, de 10 de diciembre, Fundamento Jurídico 1º.

¹³ También consideran que se trata de un delito de peligro concreto E. GÓRRIZ ROYO “On-line... *cit.* pág. 17; F. PÉREZ FERRER “El nuevo delito... *cit.* pág. 1 y 5; E. ORTS BERENQUER “Artículo 183 ter”, *cit.* pág. 227. En la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, se decanta a favor de la estructura de peligro concreto con base en que el tipo exige la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

dilucidar si se produce o no la referida duplicidad. No obstante, puesto que la identificación del sujeto no supone en este caso ninguna complicación (siempre será un menor), serán objeto de comentario independiente, solamente, los otros dos.

3.1. Unidad de hecho: progresión delictiva vs. Ausencia de unidad fáctica

El primer presupuesto a tener en cuenta a la hora de analizar una posible vulneración del principio *non bis in idem* es, como se ha anunciado, la identidad de hecho. A mi juicio, esta identidad tiene lugar de forma clara si se ponen en relación el artículo 183 *ter* 1 con los artículos 183 y 189, en tanto que integran un supuesto de progresión delictiva. En cambio, no existe unidad de hecho si, tras la comisión de un delito de *online child grooming*, se realiza cualquier otro hecho delictivo distinto a los dos mencionados.

*3.1.1. Unidad fáctica: artículo 183 *ter* 1 y 183 + 189*

Para mí resulta una lógica derivación de la naturaleza preparatoria del delito de *online child grooming* afirmar la unidad de hecho entre este y los delitos de los artículos 183 y 189. Tal y como he adelantado, con el artículo 183 *ter* 1 el legislador ha decidido anticipar la tutela penal del abuso sexual y la captación de menores para espectáculos pornográficos a un estadio previo, el del acto preparatorio. De este modo, la conducta de *online child grooming* culmina en los tipos penales que incriminan tales comportamientos, los artículos 183 y 189, existiendo entre sendas acciones una conexión directa de medio a fin: la primera conforma la antesala de las segundas, las cuales, a su vez, no son más que la finalidad y el resultado perseguido por el autor de aquella (*grooming*).

La relación enunciada responde a lo que doctrina y jurisprudencia denominan un supuesto de progresión delictiva en el que, aunque no tiene lugar unidad fáctica en sentido natural, existe una unidad normativa de hecho, en el sentido de que el acto preparatorio en el que consiste el *online child grooming* debe entenderse valorativamente abarcado por el injusto de los delitos de los artículos 183 y 189, ello por dos motivos:

a) Desde el punto de vista ejecutivo, el delito de preparación en el que consiste el *online child grooming* no es más que la extensión anticipada de la punibilidad de los delitos de abuso sexual y captación de menores para pornografía infantil. Es, pues, un delito de tránsito, un paso previo a la comisión del delito fin.

b) Desde la perspectiva del bien jurídico, como se verá en el siguiente apartado, se establece entre estos delitos una línea de progresión —intensificación cuantitativa— en la afectación de un mismo bien jurídico perteneciente a un mismo sujeto. Se trata, por tanto, de diversas afectaciones del bien jurídico que solo difieren en su intensidad, una más alejada (peligro) y otra más próxima (lesión) a su menoscabo. El delito del artículo 183 *ter* 1 constituye un tipo de peligro y los artículos 183 y 189 tipos de lesión de un mismo bien jurídico, cual es la indemnidad sexual.

En consecuencia, ninguna parte del injusto típico del *online child grooming* queda sin respuesta penal cuando se sanciona alguno de los dos delitos de los artículos 183 y 189 porque entre estas acciones existe una unidad normativa de hecho en la que el tipo principal (artículo 183 o bien artículo 189) ya contiene implícitamente el desvalor representado por el acto previo (artículo 183 *ter* 1). A tal efecto, el principio *non bis in idem* impide fragmentar esta unidad de actuación y castigar dichas acciones por separado, condenando, pues, al autor por un concurso de delitos, ya sea real o ideal. Es, pues, ampliamente reconocido por la doctrina que, apreciar concurso de delitos en los supuestos de progresión delictiva, supondría la plural toma en consideración del mismo contenido disvalorativo para una asociación a este de consecuencias jurídicas también plurales. En suma, una doble incriminación y punición manifiestamente contraria al principio *non bis in idem*¹⁴.

¹⁴ En este mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, 864/2015, de 10 de diciembre, Fundamento Jurídico 1º y 109/2017, de 22 de febrero, Fundamentos Jurídicos 2.3 y 3º.

3.1.2. Quiebra de la unidad fáctica: “otros delitos”

No existe, sin embargo, unidad de hecho si, tras la comisión del tipo de *online child grooming*, se realiza cualquier otro hecho delictivo distinto a los recogidos en los artículos 183 y 189 del Código penal. La relación de medio a fin de este delito se ha establecido de forma tasada desde 2015 tan solo con dos tipos concretos, los ya citados. Por este motivo, su punición no podrá quedar desplazada si además de él se cometieran delitos distintos a los referidos, incluidos aquellos que tras la reforma de 2015 se han excluido como delitos fin. En tales casos, existirán varios sustratos fácticos y, por tanto, un concurso real de delitos¹⁵.

3.2. Unidad de fundamento: bien jurídico protegido en el delito de *online child grooming*

El tercer y último presupuesto para identificar una posible vulneración del principio *non bis in idem* consiste en analizar la existencia de una identidad de fundamento entre las normas en concurrencia, identidad que, como es sabido, hace referencia a la protección de un mismo bien jurídico por parte de todas ellas.

1. En relación con el bien jurídico protegido en el delito de *online child grooming* cabe decir que la mayor parte de la doctrina recurre a la misma idea: el adecuado desarrollo y formación de la vida sexual del menor o, en términos más amplios, el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual¹⁶, que es como tradicionalmente se ha definido la indemnidad sexual¹⁷. En mi opinión, esta, la indemnidad sexual¹⁸, es acertadamente considerada el bien jurídico protegido por dos razones: primera, porque, en tanto acto preparatorio de delitos concretos, no puede defenderse que proteja un interés distinto al de sus delitos fin; segunda, porque el artículo 183 *ter* 1 está tipificando simplemente la especial facilidad que para la ejecución de tales delitos propician unos determinados medios comisivos, las nuevas tecnologías¹⁹. Por tanto, no condiciona en ningún caso la consumación del delito fin, el cual puede perfectamente llevarse a cabo a través de otras vías por el mismo sujeto y contra la misma víctima²⁰.

2. Sin embargo, tal y como he anticipado, esta opinión en torno al bien jurídico protegido no es unánime, ya que algunos autores defienden como tal otro interés individual distinto a la indemnidad sexual, o bien un derecho colectivo concreto, o incluso ambos a la vez²¹. En

¹⁵ Utiliza un argumento similar la Sentencia del Tribunal Supremo, 864/2015, de 10 de diciembre, Fundamento Jurídico 1º.

¹⁶ E. GÓRRIZ ROYO “Online child... *cit.*”, pág. 12. C. VILLACAMPA ESTIARTE “El delito... *cit.*”, pág. 170.

¹⁷ Aunque mayoritariamente se hace referencia a la indemnidad sexual, algunos autores han recurrido a conceptos diferentes como intangibilidad sexual. Véase, por ejemplo, M. GÓMEZ TOMILLO “Art. *cit.*”, 709.

¹⁸ Consideran también la indemnidad sexual como bien jurídico protegido: LM. DIAZ CORTÉS “Algunas... *cit.*”, pág. 18. E. GÓRRIZ ROYO “Online child... *cit.*”, pág. 12. JA. RAMOS VÁZQUEZ “Ciberacoso... *cit.*”, pág. 436. JL. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO “La regla... *cit.*”, pág. 406; C. VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito... *cit.*”, pág. 170. También la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 1º.

¹⁹ En realidad, como bien indica SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, el *online child grooming* no es más que una forma de ataque al bien jurídico tutelado que se revela para el legislador como especialmente peligrosa e idónea para la lesión del bien jurídico objeto de tutela; se tiene en cuenta en este caso la especial peligrosidad del medio a través del cual se materializa la conducta. Por tanto, se refiere solamente a los medios de ejecución del delito. Se está tipificando un medio concreto de ataque el bien jurídico cuya ratio de incriminación se centra en el especial potencial lesivo de las TIC. La naturaleza de lo incriminado, que es abiertamente reconocido por la doctrina. JL. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO “La regla... *cit.*”, pág. 406.

²⁰ JL. FUENTES OSORIO *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2006, pág. 22 y 63.

²¹ Aunque se trata de posiciones minoritarias, algún autor ha afirmado el carácter pluriofensivo del delito. El propio DOLZ LAGO ha reconocido en diversas de sus publicaciones que defiende prácticamente en solitario el carácter pluriofensivo de los delitos contra la indemnidad sexual. Este autor atribuye al bien jurídico de este género de delitos una doble dimensión: una individual, la indemnidad del menor directamente afectado por la conducta prohibida, y otra colectiva, cual es la Infancia tutelada constitucionalmente ex art. 39.4 CE. Desde esta perspectiva, el autor se decanta por el concurso real de delitos. Defiende también el carácter pluriofensivo del delito GONZÁLEZ TASCÓN, pero apunta, en este caso, además de a la indemnidad sexual a otro interés en concreto: la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, ello en consideración a que lo que ha dado relevancia penal a los actos que integran el *online child grooming* es precisamente el medio del que se sirve el sujeto activo para realizarlos. M. DOLZ LAGO “Los delitos de... *cit.*”, consulta online; el mismo, “Un acercamiento al... *cit.*”, consulta online; el mismo, “Child grooming... *cit.*”, consulta online. MM. GONZÁLEZ TASCÓN “El nuevo... *cit.*”, pág. 241. Rechaza tajantemente esta opinión, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo 109/2017, de 22 de febrero, Fundamento Jurídico 2º. Sobre la polémica generada a este respecto en la doctrina, véase, por todos, E. GÓRRIZ ROYO “Online child... *cit.*”, págs. 33 y ss.

todos estos casos, existirán dos fundamentos distintos, lo que conducirá a castigar por separado una y otra conducta como concurso de delitos, ya sea real o ideal.

IV. TIPOS DE CONCURSOS EN EL *ONLINE CHILD GROOMING*

Dicho todo lo anterior, debe concluirse que la comisión de alguno de los delitos contra la indemnidad sexual del menor citados en el artículo 183 *ter* 1 junto al del delito de *online child grooming* debe conducir inexcusablemente a apreciar la existencia de un concurso de normas y no de delitos. Este último deberá apreciarse, en cambio, cuando se cometa cualquier otro delito contra la indemnidad sexual del menor o bien contra otro bien jurídico. Véase, pues, a continuación cómo creo que deben resolverse uno y otro supuesto.

4.1. *Online child grooming* y concurso de normas

1. Partiendo de la base de que entre el artículo 183 *ter* 1 y los artículos 183 y 189 hay una relación de progresión delictiva, la comisión de alguno de estos delitos además del delito de *online child grooming* conducirá inexcusablemente a apreciar la existencia de un concurso de normas. En este sentido, este último se castigará únicamente cuando no se haya iniciado la ejecución de los dos primeros, porque desde el punto de vista material su realización tanto en grado de tentativa como de consumación constituyen fases más avanzadas del *iter criminis*²².

2. A partir de aquí, solo queda por determinar la concreta regla del artículo 8 en base a la cual resolver esta concurrencia, cuestión menor que, a la hora de la verdad, no constituye más que un mero problema de etiquetas. A este efecto, entre aquellos que se decantan por la solución defendida en este estudio, el concurso de normas, no existe consenso sobre qué principio aplicar²³ y, aunque se hace referencia cada vez más al principio de subsidiariedad tácita como criterio a aplicar a este género de supuestos, me decanto por el principio de absorción o consunción. Tan solo la no comisión de los delitos fin motivará la punición del acto preparatorio, pues en estos (lesión del bien jurídico más ejecución) ya se pena el completo desvalor de la conducta.

4.2. *Online child grooming* y concurso de delitos

La existencia de un concurso de normas en los supuestos enunciados no debe conducir a negar la posibilidad de que el delito de *online child grooming* pueda concurrir con alguna otra infracción en concurso de delitos. A tal efecto, pueden plantearse dos hipótesis: cuando el hecho delictivo concreto atente contra bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual, y cuando el sujeto cometa un delito contra la indemnidad sexual distinto a los delitos fin, es decir, a las conductas contempladas en los artículos 183 y 189²⁴ del Código penal²⁵. A este grupo de supuestos añade GÓRRIZ ROYO una tercera posibilidad (supuestos de sujetos múltiples): cuando una misma persona contacta vía email con varios menores y realiza

²² En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 527/2015, de 22 de septiembre, Fundamento Jurídico 1º del Recurso de María Rosario y 684/2015, de 10 de diciembre.

²³ Resuelven conforme al principio de subsidiariedad tácita JL. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO “La regla... *cit.* pág. 406. C. VILLACAMPA ESTIARTE “El delito... *cit.*, 178. La misma “Propuesta sexual... *cit.*, pág. 687 y 688. En atención al de absorción o consunción JM” TAMARIT SUMALLA “Art. 183 bis”, *cit.*, pág. 354. MM. GONZÁLEZ TASCÓN “El nuevo... *cit.*, pág. 242; C. LAMARCA PÉREZ “Delitos... *cit.*, pág. 194; F. SANTA CECILIA GARCIA “Acoso sexual... *cit.*, consulta online; y Sentencia del Tribunal Supremo 546/2017, de 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 1º Aplica consunción, sin excluir una posible subsidiariedad la Sentencia del Tribunal Supremo 109/2017, de 22 de febrero, Fundamento Jurídico 3º apartado 3º. Excepcionalmente, se decantan por especialidad M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG “Artículo 183 bis”, *cit.*, pág. 440. y alternatividad M. GÓMEZ TOMILLO “Capítulo..., *cit.*, pág. 731 y en la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 1º y la 864/2015, de 10 de diciembre, Fundamento Jurídico 1º.

²⁴ Debe tenerse en cuenta la reducción que hace la doctrina de las conductas del artículo 189 susceptibles de concurrir con el delito de *online child grooming*: únicamente el 189.1 a) entonces con todos los demás cabe el concurso de delitos.

²⁵ Se suelen citar al respecto los delitos contra la intimidad (artículo 197 del Código penal), los delitos contra la integridad moral (artículo 173.1), los delitos de incitación a la prostitución de menores (artículo 188) y determinados delitos de pornografía infantil (artículo 188 y 189).

propuestas de encuentro y actos materiales de acercamiento a cada uno de ellos, pero consuma un único delito del artículo 183 del Código penal con respecto a uno solo de aquellos menores²⁶. Este, afirma la autora, absorbería el desvalor del previo delito de online *child grooming*, pero la puesta en peligro creada respecto del resto de menores justificaría la aplicación de un concurso real de diversos delitos del artículo 183 *ter* 1²⁷.

V. PROPUESTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA CONCURSAL Y CRÍTICA A LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR EL ACUERDO NO JURISDICCIONAL DEL PLENO DEL TS

1. Aunque me parece totalmente cierto que la cláusula concursal del artículo 183 *ter* 1 en nada beneficia la correcta aplicación del régimen general de concursos, sino que más bien distorsiona su correcto entendimiento (dado que éste se hubiera aplicado igualmente con independencia de su previsión), y que, por ello, sería aconsejable su supresión²⁸, no comparto el sentir de la doctrina cuando afirma que es consecuencia de un exceso extensivo del legislador²⁹ y que contradice totalmente las reglas de la teoría del delito³⁰. A mi modo de ver, su literalidad permite hacer una interpretación plenamente respetuosa con la teoría del delito y los principios del Derecho penal, concretamente, la planteada en las páginas precedentes: entender que existirá concurso de normas entre el artículo 183 *ter* 1 y los artículos 183 y 189, y concurso de delitos entre el artículo 183 *ter* 1 y el resto de tipos penales.

2. En cambio, la que sí me parece una flagrante vulneración de la teoría general del delito es la interpretación que de la referida cláusula ha hecho el Tribunal Supremo, interpretación que no solo contradice uno de los principios más elementales del Derecho penal, a saber, el principio *non bis in idem* (recuérdese, derivación directa del principio de legalidad), sino también la doctrina que el mismo Tribunal ha mantenido hasta el momento en otros supuestos de progresión delictiva³¹.

En cualquier caso, como recuerda TAPIA FERNÁNDEZ, los Acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del Tribunal Supremo no son resoluciones judiciales y, por tanto, ni tienen valor normativo ni tampoco de doctrina jurisprudencial, tal y como, de hecho, ha reconocido el propio Tribunal³²; ello sin perjuicio de que cuando alguno de estos acuerdos se incorpora a reiterada jurisprudencia puedan adquirir naturaleza de doctrina consolidada³³. De este modo, teniendo en cuenta su valor meramente recomendatorio, creo que los órganos jurisdiccionales pueden apartarse perfectamente del criterio adoptado por el Tribunal Supremo en ellos, e inaplicarlos en aras a garantizar la tutela judicial efectiva y, sobre todo, la primacía del principio de legalidad.

²⁶ E. GÓRRIZ ROYO “Online child... cit., pág. 37.

²⁷ E. GÓRRIZ ROYO “Online child... cit., pág. 37.

²⁸ E. GÓRRIZ ROYO “Online child... cit., pág., 36.

²⁹ J.L. SERRANO GONZALEZ DE MURILLO “La regla... cit., pág. 391.

³⁰ C. VILLACAMPA ESTIARTE “El delito... cit., pág. 178.

³¹ Particular análisis de diversos supuestos puede encontrarse en R. GARCIA ALBERO, R. *Non bis in idem material y concurso de normas penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pág. 171 y ss. y N. CASTELLÓ NICAS *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000, 59 y ss.

³² Ampliamente, I. TAPIA FERNÁNDEZ “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, (2), 2017, 2017, 62-63 y los allí citados.

³³ I. TAPIA FERNÁNDEZ “¿El Tribunal... cit., pág. 76.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

I. El artículo 183 *ter* 1 incluye una cláusula concursal cuya interpretación resulta conflictiva, ya que, *prima facie*, parece infringir el principio *non bis in idem*.

II. Sin embargo, dicha cláusula es susceptible de ser interpretada de tal forma que no se produzca una infracción del principio *non bis in idem*. Ello supone entender que la comisión de un delito de *online child grooming* junto a alguno de los dos delitos respecto de los cuales este constituye acto preparatorio dará lugar a un concurso de normas y no de delitos a resolver con base en el principio de absorción (artículo 8.3 del Código penal). En cambio, se producirá un concurso de delitos cuando concurra con cualquier otro hecho delictivo que atente o bien contra la indemnidad sexual del menor sin ser una conducta recogida en los artículos 183 y 189, o bien contra cualquier otro bien jurídico.

III. Yerra, por tanto, el Tribunal Supremo en el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de día ocho de noviembre de 2017 al interpretar que esta permite castigar en concurso real el *online child grooming* con sus respectivos delitos fin. Lo anterior sí que conduce a una aplicación de la norma claramente contradictoria del principio *non bis in idem*.

IV. Aunque lo más aconsejable sería suprimir la controvertida cláusula concursal, es perfectamente plausible hacer una interpretación respetuosa con la teoría del delito y los principios del Derecho penal, concretamente la planteada en las páginas precedentes de este artículo y reproducida en la conclusión II.

VI. Teniendo en cuenta el carácter meramente recomendatorio del Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo y el hecho de que propone realizar una interpretación contraria a los más elementales principios del Derecho penal, los jueces podrán inaplicarlo en aras a garantizar la tutela judicial efectiva.

VII. PRINCIPALES OBRAS CONSULTADAS

A. ALONSO RIMO “¿Impunidad general de los actos preparatorios?: La expansión de los delitos de preparación”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 2017.

J. BOIX REIG “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en *Derecho penal. Parte Especial*, Tomo I, EL MISMO (dir.), Iustel: Madrid, 2016.

M. CANCIO MELIÁ “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley penal*, (80), 2011.

N. CASTELLÓ NICAS *El concurso de normas penales*, Comares, Granada, 2000.

M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG “Artículo 183 *bis*”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010* LOS MISMOS (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ML. CUERDA ARNAU “Menores y redes sociales: protección penal de menores en el entorno digital”, *Cuadernos de Política Criminal*, (112)., 2014.

M. CUGAT MAURI “Capítulo 26: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2010.

——— “La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso”, *La Ley penal*, (10), 2014.

NJ. DE LA MATA BARRANCO “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017.

FJ. DE LEMUS VARA “El delito de *child grooming* tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015”, *Diario la Ley*, (8604), 2015.

LM. DÍAZ CORTÉS “Algunas consideraciones sobre el *meeting a child following sexual grooming through TICs* (contacto preordenado a la actividad sexual con menores)”, *Cuadernos Red Cátedras de Telefónica*, 2011.

——— “El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio”, *Boletín Ministerio de Justicia*, (66 – 2138), 2012a.

——— “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español- art. 183 bis CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2012b.

MJ. DOLZ LAGO “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, (7575), 2011.

——— “Los delitos de pederastia”, *Diario La Ley* (7534), 2010.

——— “*Child grooming* y *sexting*: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015”, *Diario La Ley*, (8758), 2016.

D. FERRANDIS CIPRIÁN “El delito de online *child grooming* (art. 183 bis CP)”, en *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial* M. LAMEIRAS FERNÁNDEZ y E. ORTS BERENGUER, E. (coords.), Tirant lo Blanc: Valencia, 2013.

JL. FUENTES OSORIO *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2006.

R. GARCIA ALBERO *Non bis in idem material y concurso de normas penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.

M. GÓMEZ TOMILLO “Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, en *Comentarios al Código penal* EL MISMO (dir.), 2a ed., Lex Nova, Valladolid. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, *Estudios Penales y Criminológicos*, (31), 2011.

E. GÓRRIZ ROYO “On-line *child grooming*” en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter. 1o CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de Marzo)”, *InDret*, (3), 2016a.

——— “On-line *child grooming*” desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)”, en *Menores y redes sociales* (dir. CUERDA ARNAU y coord. FERNANDEZ HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 218-287, 2016b.

JC. HORTAL IBARRA “El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP (LA LEY 3996/1995)): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en *Mir Puig / Corcoy Bidasolo* (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

C. LAMARCA PÉREZ *Delitos: La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2015.

V. MAGRO SERVET “El “*grooming*” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal”, *Diario la Ley*, (7492), 2010.

F. MIRÓ LLINARES; E. MORÓN LERMA y F. RODRÍGUEZ PUERTA “*Child grooming*: art. 183 ter CP”, en *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 en ÁLVAREZ GARCÍA* (dir.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.

- A. MONGE FERNÁNDEZ *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 bis, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- F. MUÑOZ CONDE *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2016.
- J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (65), 2012.
- E. ORTS BERENGUER “Artículo 183 ter,” en *Derecho penal. Parte Especial* GONZALEZ CUSSAC (coord.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2016.
- V. PANIZO GALENCE “El ciber-acoso con intención sexual y el child grooming,” *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, (15), 2011.
- F. PÉREZ FERRER “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)”, *Diario la Ley*, (7915), 2012.
- “La regulación del child grooming en el ordenamiento penal español tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio”, en *Actas al I Congreso Internacional de Retos sociales y Jurídicos para los menores y Jóvenes del s. XXI*, 114-131, 2013.
- R. RAGUÉS I VALLÈS “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial* SILVA SÁNCHEZ (dir.), Atelier: Barcelona, 2015.
- E. RAMON RIBAS *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- JA. RAMOS VÁZQUEZ “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, *La Ley*, (17973), 2011.
- “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2012.
- “Ciberacoso”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015* QUINTERO OLIVARES, GONZALO (coord.), Aranzadi: Pamplona, 2015a.
- “Grooming y sexting: artículo 183 ter CP”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015* GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Tirant lo Blanch: Valencia, 2015b.
- F. SANTA CECILIA GARCIA “Acoso sexual a menores mediante tecnologías de la comunicación (“chilg grooming”)”, *La Ley Derecho de familia*, 2014.
- JL. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, en *Estudios penales y criminológicos*, (32), 2012.
- I. TAPIA FERNÁNDEZ “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, (2), 2017.
- JM^a TAMARIT SUMALLA “Art. 183 bis”, en Tomo I de los *Comentarios al Código penal español* QUINTERO OLIVARES (dir.), 6^a Edición, Pamplona: Aranzadi, 2015.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE “Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, (34), 2014.
- *El delito de online child grooming*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE y MJ. GÓMEZ ADILLÓN “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 2016.
- VV.AA. Memento penal práctico, Francis Lefebvre (MOLINA FERNÁNDEZ (coord.)), 2017.

EL TAX COMPLIANCE Y EL CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO: NUEVOS RETOS EMPRESARIALES

Borja Pareja García
Unixa, Derecho Penal & Compliance

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2018

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto abordar las cuestiones relativas a la implantación de un Tax Compliance o programa de cumplimiento tributario que permita a las empresas prevenir y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones jurídico-tributarias ante una realidad compleja caracterizada por la desfragmentación de nuestro sistema tributario, compuesto por normas impositivas que proceden de diversas fuentes fruto de nuestro propio régimen de atribución de competencias en la materia, así como de fuentes externas nacidas de las Instituciones de la Unión Europea y de los Convenios y Tratados internacionales celebrados por el Estado. La finalidad que se pretende es acercar al lector ante las ventajas que para toda empresa supondría la implantación y gestión de este instrumento en aras a favorecer su propia seguridad y competitividad.

ABSTRACT: The purpose of the present paper is to deal with the issues concerning the introduction of a Tax Compliance that enables companies to prevent and assure the compliance with its tax obligation in the complex scenario where our tax system is defragmented, consisting of enforceable rules coming from various parts as a result of the current conferring power system on the subject and external sources rooted in the different institutions in the European Union and the Agreements and international Treaties reached by the Government. The aim pursued is to make the reader aware of the advantages that the implementation and management of such a tool would bring to all employers for the sake of their own reassurance and competitiveness.

PALABRAS CLAVE: Cumplimiento tributario, prevención, metodología, seguridad jurídica, transparencia.

KEYWORDS: Tax Compliance, prevention, methodology, legal security, transparency.

SUMARIO: 1. Finalidad de la instauración de un sistema Tax Compliance. 2. Prevención de riesgos y estructuración del área financiera de la empresa. 2.1. Consideraciones previas. 2.2. Políticas de actuación y buenas prácticas tributarias. 2.2.1. El principio de cooperación recíproca entre la empresa y las Administraciones tributarias. 2.2.2. El principio de transparencia. 3. Procedimiento para el diseño de un sistema de gestión de Tax Compliance. 3.1. Consideraciones previas 3.2. Estudio del contexto y planificación. 3.3 Programa de cumplimiento fiscal. 3.4 Cumplimiento normativo en el ámbito contable y financiero. 4. Las certificaciones: un valor añadido para la empresa. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. FINALIDAD DE LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA TAX COMPLIANCE.

Entre los problemas a los que se enfrentan las organizaciones –especialmente aquellas que cuentan con un volumen de negocio alto y que poseen sedes a lo largo y ancho de la esfera terrestre-, se halla el relacionado con el cumplimiento normativo. Dicho cumplimiento deriva de la existencia de unos riesgos, así como de una serie de principios que han nacido fruto del progreso de la concepción de la figura del empresario, en virtud del cual se han gestado una serie de valores o principios morales que han traspasado dicho campo para adherirse a las prácticas económicas y organizativas de la propia estructura empresarial que ahora conforman la denominada “ética de los negocios” y se incardinan dentro de la Responsabilidad Social Corporativa. Sírvese a título de ejemplo el principio de buena fe – que ha dejado de concebirse como un mero principio que pivota alrededor de las relaciones entre empresarios o entidades profesionales para delinearse dentro de los márgenes de las relaciones público-privadas-, y el de lealtad, que en la actualidad son ejes primordiales para el establecimiento del conocido como buen gobierno corporativo.

El buen gobierno corporativo es el resultado de una serie de comportamientos y conductas dentro del seno de la actividad empresarial con los que se pretende casar conceptos que antaño eran considerados enemigos: hablamos, de un lado, de la obtención de beneficios económicos, y de otro, de la obtención de los mismos siguiendo unas prácticas que resulten adecuadas y transparentes, propias de todo empresario diligente.

No obstante, hemos de recordar que la creación y el mantenimiento de una empresa lleva aparejadas una serie de obligaciones de carácter jurídico-público, tales como pudieran ser las propias obligaciones tributarias. Estas obligaciones resultan mayormente complejas si tenemos en cuenta el criterio de territorialidad que vincula los criterios impositivos a un Estado concreto, por lo que en aquellos casos en que la empresa posea una actividad multinacional deberá realizar un plus de esfuerzo por adecuar su funcionamiento al cumplimiento de sus obligaciones tributarias con respecto a los diferentes Estados en los que opera. No obstante, para evitar el incumplimiento de las obligaciones de las empresas con respecto a las administraciones tributarias, se crea la figura del Tax Compliance, que funciona como un mecanismo de prevención del incumplimiento jurídico-tributario de las empresas que desean trabajar con la mayor seguridad jurídica posible, sin que de su actividad puedan derivar costes ni sanciones.

Todo Estado requiere para su subsistencia del establecimiento de un sistema de ingresos y gastos que son el núcleo duro del Derecho Financiero y Tributario, por lo que se hace indispensable para los mismos el refuerzo de los instrumentos a través de los cuales las empresas y sus establecimientos o filiales, en calidad de obligados tributarios, queden sometidos a la materia impositiva estatal. Este hecho, sumado a la competitividad entre Estados por atraer al mayor número de empresas hacen necesario de nuevas formas de acreditación del buen funcionamiento de la actividad empresarial en relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Tal y como señala ROZAS VALDÉS¹, <<cada Estado, por sí solo, en un escenario de economía globalizada y digitalizada es incapaz de desarrollar sus funciones tributarias con un nivel aceptable de eficacia y justicia>>.

De lo mencionado con anterioridad podríamos deducir que el hecho de ser del Tax Compliance gira en torno a los siguientes puntos esenciales:

a) Seguridad jurídica: Los operadores que actúan en el mercado desean actuar con la mayor confianza en sus quehaceres, de manera que la existencia de óbices de naturaleza tributaria les supone un añadido de incertidumbre que en algunos casos anula la capacidad

¹ J.A. ROZAS VALDÉS, “Modelos de relaciones tributarias en la Unión Europea”, *Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental*, Universidad de Barcelona (2012), p. 47.

de actuación de las empresas dentro del territorio. Es por ello que la existencia de un plan de prevención de infracciones y delitos tributarios supone un aumento de la confianza de los mismos, en la medida en que puede desenvolverse con la mayor certeza de que opera conforme a Derecho.

b) Celeridad: Las posibles infracciones de naturaleza tributaria dan lugar a tensiones que han de ser resueltas por parte de toda empresa. Ello deriva en la consiguiente búsqueda de soluciones con la mayor brevedad posible que de otro lado suponen establecer una serie de prioridades entre las obligaciones de naturaleza jurídico-pública y la propia actividad empresarial –la cual no podemos olvidar, es la propia razón de ser de la empresa en sí-.

c) Establecimiento de relaciones de confianza recíproca entre la Agencia Tributaria y la empresa: La creación de un programa de cumplimiento tributario o Tax Compliance es el resultado de nuevas formas de relacionarse con las Administraciones. Si en otras etapas la relación entre Hacienda y sus obligados se regía por una desconfianza que tenía al obligado tributario por un “sospechoso habitual”; este nuevo instrumento de control y prevención de cumplimiento normativo supone para la Administración una garantía consistente en la intención de todo empresario de querer colaborar de manera activa en el sostenimiento de los gastos públicos. El establecimiento de estas nuevas relaciones no es sino el fruto de las recomendaciones que a nivel internacional se llevan realizando desde hace algunos años. Ejemplo de ello podríamos encontrar en los sucesivos trabajos que la OCDE ha estado realizando en torno a esta materia y a la creación en 2002 del Foro de la Administración Tributaria, que tal y como argumenta ROMANI SANCHO <<trata de promover la cooperación entre Administraciones Tributarias y desarrollar buenas prácticas en la Administración Tributaria, tratando temas como la gestión de riesgos, los servicios al contribuyente, el cumplimiento o la utilización de economías modernas>>. ²

d) Fortalecimiento de la economía: Aspecto que tiene efectos *ad intra* y *ad extra*. El primero revierte en un descenso de los riesgos de la empresa, lo que le permite obrar con mayor capacidad, enfocando su actividad organizativa a la obtención de beneficios; mientras que el segundo repercute en la confianza para sus colaboradores y clientes, lo que supone un aumento de la reputación que incide tanto en la mejora del saneamiento de la libre competencia entre operadores económicos.

La preocupación por el cumplimiento normativo ha dado lugar a que se comiencen a regular a través de normas ISO los estándares de calidad de las empresas, a fin de establecer un patrón para algunos aspectos técnicos específicos. Por tanto, la Comunidad Internacional comenzó a estandarizar lo relativo al cumplimiento empresarial.

El primer estándar publicado en diciembre de 2014, siendo un estándar de directrices y en consecuencia, una *management system standard* de tipo B, sobre programas de *compliance* fue el que derivó en la ISO 19600³, cuya finalidad es proponer principios para desplegar y sostener programas de *compliance* eficientes, tanto para estructuras públicas como privadas estableciendo con ello doce principios necesarios para un programa de *compliance* y una serie de buenas prácticas.

En el siguiente frente se encuentra la lucha contra el soborno, tema actual que más normativa genera en relación con el *compliance* en la comunidad internacional. Este es un problema palpable desde hace años, y han servido de referencia la convección contra el

² A. ROMANI SANCHO, “La nueva relación Hacienda-contribuyente auspiciada por la OCDE: la relación cooperativa. El Foro de Grandes Empresas y el Código de Buenas Prácticas Tributarias”, presentado en el XII Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional, editado por Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (2010), p. 273.

³ *Sistema de Gestión Compliance, UNE-ISO 19600*, Ed. Aenor, Madrid (2015).

soborno de la OCDE⁴ y la seguida recomendación para fortalecer la lucha contra el cohecho⁵. También, destacar el Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de las Naciones Unidas⁶, los principios de PACI⁷, los Principios Empresariales para contrarrestar el soborno de Transparencia Internacional⁸, todos ellos nos permiten establecer marcos de referencia para implantar programas de *compliance* determinados.

Las distintas convecciones y programas han sido la base para que en octubre de 2016, se desarrollara el estándar internacional ISO 37001 *Anty- Bribery Management Systems* (ABMS), siendo una norma de especificaciones, es decir, un MSS de Tipo A.

Posteriormente nace la UNE 19601 <<*Compliance Penal*>>, tras los estándares ISO 19600 e ISO 37001, los cuales toman en consideración esta nueva norma. Aunque nos encontramos con una norma española esta se encuentra adaptada a la <<*High Level Structure -HLS-*>>⁹. Esto permitirá integrar el *sistema de gestión de compliance penal* en una superestructura de *compliance*¹⁰.

Este norma nace en virtud de la reforma del Código Penal establecida en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y distintas sentencias del Tribunal Supremo que, inciden de manera directa en la interpretación de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹¹.

Todo este contexto confirma que es una realidad que, aun teniendo diferentes normas de carácter nacional e internacional no es suficiente para cumplir de manera eficaz con la normativa vigente, y por ello aparece en este escenario el *tax compliance*, el cual permitirá seguir ahondando en el cumplimiento por parte de la empresa, pero con el foco puesto en el área financiera de la misma. Aun no hay un estándar español para poder certificar el cumplimiento en esta materia pero se está desarrollando un borrador, denominado UNE 19602, para que en un plazo corto de tiempo contar con una norma española de *tax compliance*.

Adherirse a las estructuras internacionales en la elaboración de normas españolas de *compliance* ayuda a las compañías a implementar sistemas de gestión e integrarlos. El marco de *compliance* se beneficia de esta situación dado que todos los estándares anteriormente nombrados pueden integrarse en una superestructura de *compliance*.

Esta nueva superestructura permite coordinar distintas áreas de *compliance*, además de admitir que una política, procedimiento o control sirva para una misma obligación *compliance*. También brinda una visión global de todo el cumplimiento empresarial que permite al órgano de gobierno identificar riesgos, proponer controles, priorizar decisiones y conseguir así ser eficaces y eficientes en sus funciones.

⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), <<*Convencion on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*>>, 1997.

⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), <<*Recomendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*>>, 26 de noviembre de 2009.

⁶ NACIONES UNIDAS, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica. Nueva York, 2013.

⁷ PARTNERING AGAINST CORRUPTION INITIATIVE (PACI), 200.

⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno, 2002.

⁹ Creado por el Grupo ISO de coordinación técnica sobre sistemas de gestión para que los estándares sobre sistemas de gestión <<*Management System Standard -MSS-*>> tengan la misma estructura.

¹⁰ F. BONATTI BONET, (Coordinador), Autores varios, *Sistema de gestión de compliance*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid (2017), p. 204.

¹¹ I. LLEDÓ BENITO, *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid (2018), p. 28.

En definitiva, el establecimiento de un *Tax Compliance* supone una serie de ventajas para el empresario, colaboradores y socios que <<previene y mitiga la responsabilidad civil y penal de la Empresa y la previene de las responsabilidades en que puedan incurrir, también así lo hace de las consecuencias de su ausencia, y por tanto de la costosa reparación del daño y el no menos costoso procedimiento sancionatorio, generador de la pérdida de activos, detonante de la insolvencia empresarial>> (TEIJEIRA RODRÍGUEZ).¹²

Además, el *Tax Compliance* mitiga la planificación fiscal agresiva, mediante la cual se pretende una mayor eficacia económica, una mejora de beneficios y ganar ventajas competitivas, pero a consta de evitar algunas imposiciones legales obligatorias y beneficiarse de dobles deducciones fiscales.

2. PREVENCIÓN DE RIESGOS Y ESTRUCTURACIÓN DEL ÁREA FINANCIERA DE LA EMPRESA

2.1. Consideraciones previas

Toda empresa que desee la creación, implementación y mantenimiento de un plan de cumplimiento tributario o *Tax Compliance* debe partir de la premisa de la propia complejidad de las normas tributarias así como del sistema tributario y financiero español en su conjunto, en el cual se ven involucradas diferentes territoriales que poseen potestades tributarias, sean originarias –como el Estado-¹³ o no, así como los diferentes mecanismos de ayudas y subvenciones destinadas a la mejora de la competitividad que puedan surgir tanto en el seno interno estatal como a nivel supranacional.

Si bien es cierto que nuestra Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –en adelante LGT- cuenta con mecanismos para la interpretación, calificación e implementación de las normas tributarias- arts. 12 a 16-, así como regula algunos aspectos relacionados con las consultas que el obligado tributario pueda plantear a la Administración en relación con la aplicación de las normas tributarias al caso concreto;¹⁴ este sistema no resulta eficaz por cuanto para el cumplimiento de las obligaciones fiscales se requiere un conocimiento profundo de todos los elementos con incidencia fiscal que puedan afectar al tejido de la empresa.

El conocido principio de *quien puede lo más, puede lo menos*, resulta trascendental en esta materia. Una empresa ambiciosa y que busque asentarse en el mercado con una estructura sólida no puede enfocar el *Tax Compliance* a la mera prevención de los ilícitos contra la Hacienda Pública- cuya regulación se halla en los arts. 305 a 310 bis CP-, sino que debe ir más allá en su dinámica preventiva hasta tal punto que lo que se pretenda evitar es todo tipo de infracción de naturaleza tributaria; a la vez que se fomenta el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. Este es el marco sobre el que se mueven las actuales propuestas para la reforma de nuestra LGT, tal y como se deduce de la lectura de *La resolución de conflictos y la cooperación relacional: aspectos de mejora para la Reforma de la Ley General Tributaria* emitida por la Fundación Impuestos y Competitividad por cuanto señala entre sus propuestas la de <<incentivar el cumplimiento voluntario de

¹² M. TEIJEIRA RODRÍGUEZ, “Legal compliance: conceptualización en el marco de la regulación corporativa”, en AA.VV, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, ed. Universidad Carlos III, Madrid (2015), p. 946.

¹³ A este respecto téngase en cuenta el art. 133.1 CE en relación con el art. 4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¹⁴ El sistema de consultas puede encontrarse en los arts. 88 y ss. LGT, el cual debe establecerse en toda empresa con motivo de la implantación del *Tax Compliance* con el objetivo de instaurar dentro de la actividad empresarial un intercambio de información con la Administración que derivaría en el acortamiento de los plazos para la satisfacción de las obligaciones tributarias, así como reduciría los niveles de incertidumbre en torno a la aplicabilidad e interpretación de los criterios fijados por la misma.

obligaciones tributarias, con medidas que hubiesen dado entrada a soluciones de “cumplimiento cooperativo”; “cooperación reforzada” o incluso declaraciones de operaciones potencialmente elusivas, en línea con las soluciones de Derecho Comparado en países de nuestro entorno>>.¹⁵

Partiendo de estas bases, la instauración de un *Tax Compliance* requiere partir del conocimiento de la actividad y organización de la empresa, es decir, lo que los expertos en materia *Compliance* denominan como “contexto”. En virtud del mismo, se estudiarán cada uno de los factores que pueden incidir en materia fiscal, tales como el número de trabajadores, naturaleza de las actividades, lugar en que se tenga la sede principal así como si existieran establecimientos permanentes, etc. El objetivo de este análisis es obtener un catálogo preciso de normas fiscales a las que puede verse sometida la empresa, con el objeto de ponerlas en conocimiento por los operadores que intervengan en el *Tax Compliance*. A este respecto, las normas a cumplir han de ser puestas en consideración en función de su trascendencia para la propia actividad del empresario, así como la fuente de la que emanen, recomendándose por tanto su clasificación desde esta doble perspectiva.

Y es que, el conocimiento de la norma fiscal resulta determinante para disminuir los riesgos de la inseguridad jurídica, si bien es cierto que en muchos casos la misma trae su causa en una mala técnica legislativa así como de la celeridad con la que suelen ser modificadas, de tal suerte que <<en los últimos años ha sido frecuente, y sencillo de comprobar, el alto grado de denuncia por parte de sectores profesionales del asesoramiento fiscal de los niveles de litigiosidad e inseguridad jurídica que aprecian en el modelo de aplicación del sistema tributario en España, así como la insuficiencia de los mecanismos vigentes para la resolución de conflictos>> (JUAN LOZANO).¹⁶

Una vez tenido en cuenta el marco legal sobre el que se desenvuelve toda la organización empresarial, el sistema de implantación de *Tax Compliance* queda preparado para adecuar su actuación a la normativa, lo cual tiene lugar a través del siguiente apartado cuyo objeto es el desarrollo de las políticas de actuación y buenas prácticas tributarias, que pasamos a analizar.

2.2. Políticas de actuación y buenas prácticas tributarias

Conviene definir las políticas de actuación como aquellas directrices que han de ser seguidas por todos los integrantes y miembros que forman parte de la organización y actividad empresarial. Estas directrices están conformadas por una serie de valores, principios y normas que han de regir el comportamiento de la empresa, ya sea tanto a nivel interno, como a nivel externo con respecto a las relaciones que se mantengan con terceros. Es decir, nos hallamos ante las estrategias globales que deben ser tenidas en cuenta y que se reflejarán en el conjunto de prácticas, procedimientos y actuaciones que deben incorporar el *Tax Compliance* o programa de cumplimiento tributario, del cual se hablará en los siguientes apartados.

Si bien es cierto que en sus orígenes, las políticas de actuación tenían una base estrictamente mercantil, no es menos cierto que en los últimos tiempos se está produciendo una ampliación de los ámbitos en que se desarrollan. A este respecto, muchas empresas comienzan a integrar dentro de sus políticas de actuación y de empresa las pautas a seguir en relación a las buenas prácticas tributarias, ya que en su calidad de contribuyente, no puede obviar las relaciones que han de establecerse con respecto a la Administración Tributaria. Por tanto, podríamos decir que, en definitiva, toda empresa que desee una mayor seguridad en su actuación ha de incluir el contenido en que han de basar las buenas prácticas tributarias dentro de sus propias políticas de actuación, tal y como defiende

¹⁵ <http://www.fundacionic.com/la-resolucion-de-conflictos-y-la-cooperacion-relacional-aspectos-de-mejora-para-la-reforma-de-laley-general-tributaria/>.

¹⁶ A.M. JUAN LOZANO, “Retos y Propuestas del Modelo Español”, en AA.VV., *Buena Administración Tributaria y seguridad jurídica: Cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad*, ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid (2016), p. 9.

GARCÍA-HERRERA BLANCO,¹⁷ y cuyo trabajo resulta interesante a efectos de poder determinar algunos de los aspectos que han de ser incluidos dentro de las políticas de actuación.

La autora entiende que el buen gobierno fiscal -dentro del cual se encontraría el relativo a las prácticas tributarias-, es una parte esencial del propio sistema de buen gobierno corporativo. Por tanto, el gobierno fiscal dentro del cual se asienta la materia tributaria forma uno de los elementos trascendentales a la hora de configurar los mecanismos de control de la actividad y organización empresarial.

Una de las peculiaridades que presenta el establecimiento de las buenas prácticas tributarias que deben quedar plasmadas en el comportamiento empresarial y de los miembros que intervienen en la actividad y organización, es que las mismas están forjadas bajo una serie de principios y valores, siendo los principios de cooperación recíproca y de transparencia, los cuales pasamos a explicar a continuación.

2.2.1. El principio de cooperación recíproca entre la empresa y las administraciones tributarias

Este principio acuñado en el marco de las nuevas formas de relacionarse con la Administración¹⁸, resulta trascendental para asegurar el cumplimiento jurídico-tributario de las obligaciones impuestas a la empresa en el marco de sus actividades económicas. Tradicionalmente, las relaciones entre las empresas y la AEAT estatal han estado consideradas en el imaginario popular como una especie de “matrimonio mal avenido” donde primaban ideas tales como la deslealtad, desconfianza, y la mala comunicación. Con la instauración de este principio, tal y como ya se anuncia en el Código de Buenas Prácticas Tributarias emitido en 2013 por la Agencia Tributaria, lo que se pretende es sentar un núcleo sólido de cooperación donde el intercambio de información financiera y tributaria de la empresa rijan las relaciones con la Administración tributaria. Algún sector de la doctrina entiende que este principio se ubica dentro de la denominada como *economía colaborativa*, en la cual se encuentra interesada la Comisión Europea con el objeto de regular las relaciones jurídico-tributarias de los Estados Miembros de la Unión Europea, y en virtud de la cual no sólo basta con la voluntad de las empresas por acogerse a este principio, sino que debe existir un margen de reciprocidad entre contribuyentes y Administraciones tributarias. En palabras de SÁNCHEZ HUETE, <<se trata de una realidad en donde la confianza, reputación y buena fe de las empresas está presente, no sólo para el cumplimiento de las obligaciones legales, sino que ha de existir una actitud o dinámica que facilita el mismo...>>.¹⁹

Las prácticas empresariales enfocadas en este principio tendrían como resultado las siguientes ventajas prácticas:

a) Proximidad entre la Administración y el empresario-contribuyente: Esta característica se reflejaría tanto con respecto al conocimiento en todo momento de la actuación empresarial en calidad de contribuyente, como en la publicidad y perdurabilidad de los criterios que han de regir las obligaciones tributarias. Para ello, el principio de cooperación recíproca se vierte en la necesidad de instauración de unos servicios de información y asistencia fiscal que no sólo deben ser tenidos en cuenta por parte de la empresa, sino que además han de regir la propia actuación de la Administración con respecto a sus contribuyentes.

¹⁷ C. GARCÍA-HERRERA BLANCO, *Buen gobierno fiscal y cumplimiento cooperativo con las grandes compañías*, Revista Quincena Fiscal nº 1/2017 parte Estudio, ed. Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, Navarra (2017).

¹⁸ Téngase en cuenta el Código de Buenas Prácticas Tributarias que fue elaborado por la Agencia Tributaria española y en el que se hace referencia a los principios que se desarrollan en el presente apartado.

¹⁹ M.A. SÁNCHEZ HUETE, *Cuestiones tributarias y economía colaborativa*, Revista Quincena Fiscal nº 18/2017 parte Estudios, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra (2017), p. 100.

b) Cambiar el concepto “contribuyente” por “colaborador”: El establecimiento de esta nueva forma de relacionarse con Hacienda, supondría para la misma entender que la empresa no sólo cumple con sus obligaciones en calidad de contribuyente, sino que además desea adecuar sus parámetros de comportamiento de tal manera que pretende facilitar y agilizar los trámites relativos al cumplimiento normativo, de tal manera que pasaría de ser un mero contribuyente a convertirse en un auténtico colaborador tributario.

c) Seguridad jurídica: Tras la implementación de un programa de cumplimiento normativo de naturaleza tributaria, las posibilidades de error en la cuantificación y existencia de nuevas obligaciones disminuirían de manera considerable, lo cual aumentaría la seguridad jurídica dentro de la actuación empresarial.

Con estas ventajas podemos afirmar que el principio de cooperación recíproca recae dentro de las buenas prácticas tributarias con el objeto de hacer que los sujetos que intervienen en las relaciones jurídico-tributarias actúen en sus relaciones bajo la buena fe y la confianza legítima.

2.2.2. El principio de transparencia

Este principio vierte sus efectos tanto a nivel interno como externo. Con respecto a los efectos *ad intra*, supone una implicación activa tanto de la Alta Dirección como del resto de sujetos con responsabilidad dentro de la empresa en el conocimiento del estado en que se encuentre el marco de cumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa, a su vez que se fomenta la publicidad del mismo bajo en prisma de la claridad, sencillez y nitidez. Estaríamos, por tanto, ante una serie de controles internos que han de ser reflejados dentro del Tax Compliance.

En cuanto a los efectos *ad extra*, los expertos en la materia entienden que supondría un aumento de la reputación de la empresa dentro del mercado, lo que supondría a su vez un aumento de la competitividad. Se favorecería un control exitoso de la cadena organizativa y de la actividad dentro de la cual se mueve la empresa, evitando con ello medidas represivas y reputacionales. Para las grandes sociedades, también supondría un aumento del número de inversores y colaboradores dispuestos a establecer relaciones, por ser la transparencia un valor fundamental en la confianza de los mercados. De otro lado, los efectos *ad extra* no sólo quedan contemplados a nivel de las relaciones jurídico-privadas, sino que también se muestran en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas, y cuya finalidad básica es la prevención, evitando con ello cualquier tipo de práctica perniciosa que son objeto de eliminación por parte de los Estados, la cual pretende combatir estableciendo mecanismos de planificación fiscal agresiva.²⁰

3. PROCEDIMIENTO PARA EL DISEÑO DE UN SISTEMA GESTIÓN DE TAX COMPLIANCE

3.1. Consideraciones previas

Es de obligado cumplimiento señalar que España consta de un sistema tributario, que aun siendo semejante al de los países europeos, denota una inseguridad jurídica más que relevante fundamentada en la actuación de distintas entidades comunitarias, estatales, autonómicas, y locales, en la creación de normativa tributaria aplicable. A esta complejidad,

²⁰ D.R. PÉREZ-BUSTAMANTE YABAR, *Adaptación de los programas de Compliance fiscal al proyecto BEPS de la OCDE*, Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales N° 6/2017 parte Editorial, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra (2017), pp. 139-138.

hay que sumar la derivada de las normas con trascendencia tributaria provenientes de Acuerdos o Convenios internacionales, así como las normas que emanan de la UE.

Nuestra organización territorial se proyecta en tres niveles: el estatal, el autonómico y el local, donde cada uno crea sus propios tributos y además los dos últimos, tienen la competencia de recaudar algunos tributos de carácter estatal, sin abandonar a las situaciones forales vascas y navarras y el régimen especial canario. Además, recalcar el gran poder que ostenta la UE a través del Tribunal Superior de Justicia, cuyas decisiones tienen plenos efectos en el ordenamiento jurídico-tributario español.

Nuestro modelo impositivo está basado en tributos altamente complejos que cuenta con un gran número de excepciones, regímenes especiales e incentivos que propugnan una tributación baja. Mientras más complejidad, más difícil serán las interpretaciones y en consecuencia aumentará la inseguridad jurídica.

Analizado nuestro sistema impositivo actual se plantea diseñar un sistema de gestión *tax compliance*, el cual para lograr la consecución de las etapas diseñadas dependerá de la participación de todas y cada una de las personas que de forma directa o indirecta se encuentren involucradas en el proyecto, así como también del cumplimiento de los compromisos que se vayan estableciendo y del efectivo apoyo de la dirección de la Empresa. Es importante para ello contar con un documento emanado del órgano de gobierno que acredite frente a la organización, que el presente sistema de implantación cuenta con el respaldo de la máxima autoridad.

3.2. Estudio del contexto y planificación

En el sistema de gestión de *tax compliance*, como en otros sistemas de gestión de compliance, es imprescindible ubicar donde la empresa ejerce su actividad, tamaño y estructura de la misma y la naturaleza de sus actividades²¹, dado que en función de cada uno de los conceptos que se nombran, cambiará la normativa tributaria aplicable.

Se comenzará estableciendo un marco de prevención tributaria, que con carácter general se derivará de la normativa recogida en la Ley General Tributaria y el Reglamento Sancionador, y con carácter específico de la norma concreta que sea de aplicación a la empresa en función del tributo.

Posteriormente se nombrará un responsable de *cumplimiento tributario* que puede ser de origen interno de la propia empresa o de carácter externo, que en todo caso, se regirá por los principios de cooperación activa y de confidencialidad. Esta figura, responsable de cumplimiento, es similar a la que demanda la norma de compliance penal y el reglamento europeo de protección de datos.

El siguiente paso es establecer las áreas de la empresa relacionadas con las Administraciones Públicas Tributarias. Esta relación puede ser de manera directa, como es el área de contabilidad o de manera indirecta como puede ser el área comercial, el cual genera impuestos en el marco de sus relaciones comerciales.

Se crea así un marco de coordinación, actuación, y deliberación entre directivos, responsables, personal compliance y áreas afectadas cuya finalidad trasciende en conseguir la información real y periódica de las situación tributaria empresarial y conseguir así un cumplimiento exhaustivo de las obligaciones fiscales.

Estudiado el contexto y planificado las actividades de riesgo, políticas y los principios rectores que rigen las buenas practicas tributarias, llegamos al punto determinante que es

²¹ A. CASANOVAS, *Compliance penal normalizado*, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, Navarra (2017), p.110

englobar todo ello en un sistema de gestión de *tax compliance*. Para estructurar el área financiera de la empresa es necesario contar con tres programas complementarios como son los programas de prevención fiscal, contable y financiera.

3.3. Programa de cumplimiento fiscal

Comenzaremos con el programa fiscal, que necesitara de un protocolo de cumplimiento fiscal. Se entiende por programa fiscal al conjunto de medidas necesarias para el cumplimiento fiscal, mientras que protocolo fiscal es el procedimiento de actuación para cumplir cada medida. Esta será la base sobre la que se asentará la planificación fiscal de la empresa e incluirá aquellos procesos necesarios para concluir con una eficaz y eficiente gestión de los impuestos y, en consecuencia, con una rebaja de los riesgos fiscales.

En primer lugar, debemos de diferenciar las infracciones tributarias del delito fiscal. La diferencia radica básicamente en el grado de gravedad que conllevan, en función de la cuantía del resultado. La infracción tributaria es aquella acción voluntaria de dejar de ingresar la cantidad mínima exigida por ley. Para la existencia de delito fiscal es necesario, este requisito administrativo, y además la existencia de una conducta por el sujeto tendiente a evitar el pago, es decir, dirigida a defraudar. En consecuencia, el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio público.

En segundo lugar, el estudio se realizará acometiendo cada impuesto de manera autónoma << impuesto de sociedades, impuesto sobre el valor añadido, impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre la renta de los no residentes, impuestos especiales de fabricación, impuestos especial sobre determinados medios de transporte, impuesto sobre el carbón, impuesto especial sobre la electricidad >>²². Dicho análisis se centra, en primer lugar, en una proposición de objetivos, que queremos conseguir. De este modo, sabiendo los objetivos propuestos, se identificarán las tareas críticas que se producen en la gestión de impuestos entorno a la empresa. Posteriormente se plantearán herramientas de *tax compliance* que actúen como elementos de prevención del riesgo fiscal.

En tercer lugar, el otro elemento imprescindible de un programa de *tax compliance* es la parte de la responsabilidad, debido a que es necesario no solo establecer protocolos para prevenir infracciones fiscales, sino que hay que desfragmentar responsabilidades, para aquellos casos en los que las medidas de control establecidas no hayan sido eficaces. Por ello, se deberá establecer un organigrama, que visualice la jerarquía de control, la toma de decisiones y las áreas de responsabilidad de cada uno de los puestos de trabajo. La figura del responsable puede ser asumida por una persona física, por un área o departamento y por el propio órgano de administración.

Finalmente, desarrollaremos algunos de los impuestos nombrados, y profundizaremos en algunos de los objetivos para poder dar una visión práctica, de lo que sería la aplicación de un *tax compliance* en una compañía y los protocolos, procedimientos y procesos necesarios para su implementación.

El fin último al que se dirige el impuesto de sociedades, se encuentra referido a las cuentas anuales, base imponible, deuda tributaria (deducciones e incentivos), gestión del impuesto y regímenes especiales.

Se centrará especial atención en las cuentas anuales, cuyos objetivos son: cumplir las obligaciones en materia del Impuesto de Sociedades; controlar los créditos fiscales y obligaciones periódicas (pagos fraccionados, etc.) y detectar oportunidades de planificación fiscal.

²² A. JUANES PECES, (Coordinador), Autores varios, *Prevención de los riesgos y estructuración del área financiera de la empresa, Compliance penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid (2017), p. 159.

Estos objetivos conllevan, la tarea de incorporación de las menciones fiscales obligatorias en las CCAA. Se elaborará un prototipo estandarizado sobre las menciones que sean obligatorias incluir en la memoria fiscal de las CCAA por la normativa fiscal y contable. Estableceremos un segundo control complementario, mediante un check-list para verificar la inclusión de todas aquellas menciones de carácter obligatorio.

Otra tarea será, la contabilidad de los activos y pasivos por impuesto diferido conlleva la elaboración de un histórico de actuaciones, en el que dejaremos constancia del origen, aplicación y destino de aquellas diferencias temporarias, de las bases impositivas negativas acreditadas, de las deducciones y aquellas ventajas fiscales no practicadas pero pendientes de aplicación. Todo ello, irá de la mano de una memoria y de las evidencias que lo acrediten. Estas medidas necesitarán además, que la jerarquía de control esté correctamente implantada para la aprobación de las formas de proceder contable, ante los activos y pasivos por impuestos diferidos.

Cumplir con todas las obligaciones, conllevará el establecer un procedimiento de control, mediante el cual el encargado de liquidar deberá presentar en plazo la declaración.

Todos los protocolos establecidos de control tendrán asociado un protocolo común, que constara de una desfragmentación y asignación de responsabilidades, mediante un organigrama detallado por áreas y funciones de trabajo, el cual, nos permitirá designar supervisores para que ante un posible incumplimiento, del encargado de una actividad en primer nivel, no suponga de manera directa un incumplimiento de la compañía. El supervisor de segundo nivel, tendrá a su vez un último supervisor, denominado de tercer nivel.

El protocolo que detallamos, conseguirá dar trazabilidad a los incumplimientos, es decir, determinar el responsable y el motivo del incumplimiento, y ello derivará en una amonestación, sanción disciplinaria o incluso en un hipotético despido del trabajador.

Aunque, sin duda, el principal motivo de este protocolo es la salvaguarda de la actividad empresarial, por incumplimientos de los trabajadores o directivos en la actividad que le ha sido encomendada a la empresa.

3.4. El cumplimiento normativo en el ámbito contable y financiero

El protocolo de cumplimiento contable, es el medio para evitar comisión de estas conductas delictivas, y por ende, marcara los principios a seguir en una correcta gestión contable de la empresa, así como lo procesos a realizar para disminuir riesgos de este tipo.

El estudio se realizará de manera similar al del programa de cumplimiento fiscal, en primer lugar, realizaremos una proposición de objetivos, que queremos conseguir. Así, sabiendo los objetivos propuestos, se identificarán las tareas críticas con un elevado riesgo contable para la empresa. En este punto se plantearán herramientas de <<tax compliance>> que actúen como elementos de prevención del riesgo contable.

El protocolo más relevante es gestionar los circuitos contables²³ de registro de las operaciones corrientes, la cual lleva asociadas los protocolos de *tax compliance*, que nos va a permitir desarrollar el plan de acción y evidenciar el cumplimiento. Desarrollaremos un cuadro de mando de control para chequear la veracidad del circuito de facturación, y por consiguiente, si se han cumplido las obligaciones registrales y contables. Este protocolo de actuación, estará acompañado por un Auditoría interna que agregue valor y mejora a las operaciones de la organización, consiguiendo ayuda a la organización para cumplir con los objetivos propuestos y aportar un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno.

²³ A. JUANES PECES, (Coordinador), Autores varios, *Prevención...*, ob. ya cit., p. 160.

Las infracciones financieras, son un problema que exige a los altos directivos y equipo de gobiernos de las corporaciones, permanecer en un estado de vigilo constante, dado que existe un alto riesgo de soborno y fraude. A pesar de esto muchas empresas solo realizan esfuerzos fragmentados, ineficaces en tiempo, inversión y política de cumplimiento, lo que le repercutirá financieramente en el daño y prestigio de la marca.

Por ello, las empresas necesitan un plan estratégico y centrar sus recursos en identificar y evaluar el riesgo de las infracciones financieras, en vez de cumplir con lo establecido mínimamente en la ley.

El correcto cumplimiento de un plan financiero está basado en modelos de operación con finalidades sobre fraude, lavado de dinero, abusos del mercado, diligencia debida, tecnología y análisis de datos en línea con la normativa vigente.

El protocolo de cumplimiento financiero pretende reducir los incidentes financieros²⁴ e identificar de manera temprana aquellos riesgos que pudieran desembocar en un ilícito.

La evaluación de las denuncias del canal ético por una posible irregularidad financiera, es tan importante como la continua monitorización del sistema y evaluación periódica de los sistemas y políticas financieras, ya que nos permitirá adaptar cada sistema a las amenazas cambiantes internas y externas.

4. LAS CERTIFICACIONES: UN VALOR AÑADIDO PARA LA EMPRESA

Un sistema de gestión es un instrumento que te proporciona la optimización de recursos, reducción de costes y la mejora productiva de la compañía. Esta herramienta de gestión te permitirá interactuar con datos actualizados que facilitarán la toma de decisiones y la corrección y prevención de fallos.

Los sistemas de gestión se basan en estándares internacionales que posibilitan controlar distintas áreas de una empresa, como la calidad del producto, el impacto medioambiental o la seguridad de los trabajadores.

La certificación de un sistema de gestión contribuye de forma indudable en la compañía aportando ventajas y valor. Además es un elemento diferenciador en el mercado dado que enriquece la imagen y aporta tranquilidad a consumidores, accionistas, autoridades y clientes.

Además, la certificación introduce a la empresa en mercados emergentes y nuevos con más sencillez, adaptar los productos a las exigencias de sus proveedores y evidenciar que la empresa se gobierna por los principios de mejora continua.

En este campo de *compliance* nos encontramos con otros estándares internacionales certificables. El estándar matriz ISO 19600 del que parten los demás, es una norma de directrices y por tanto no certificable, es decir un MSS << *Management System Standard* >>²⁵. Aunque no pueda ser certificada por un organismo externo acreditado, si puede ser validada por el mismo.

²⁴ A. JUANES PECES, (Coordinador), Autores varios, *Prevención...*, ob. ya cit., p. 179.

²⁵El Grupo ISO creó la estructura de alto nivel << High Level Structure –HLS– >> para que los MMS contuvieran una misma estructura. A nivel internacional cuando se normaliza se diferencia entre MMS de tipo A y B, siendo los primeros aquellos que aportan especificaciones, mientras los segundos facilitan directrices.

Próximamente aquellas organizaciones cuyo sistema de gestión de *tax compliance* se adecue a lo que establecerá la UNE 19602 podrán obtener la evaluación profesional de un tercero independiente. El hecho de que una entidad externa que no ha estado diseñando ni ejecutando el sistema de gestión valore de manera positiva, aporta y genera confianza.

5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente texto hemos advertido de la importancia que para las empresas está suponiendo la implantación de sistemas de cumplimiento tributario o *tax compliance*. Esta necesidad ya se ha venido desarrollando en otros países, especialmente en aquellos que provienen de la tradición anglosajona, quizás por ser los más adiestrados en el marco de las relaciones jurídicas entre las empresas y las administraciones públicas correspondientes. No obstante, la globalización económica y el juego del libre mercado determina la expansión de este tipo de programas y procedimientos con el objeto de que las empresas puedan desempeñar sus actividades con las mayores garantías posibles.

La implementación de un *tax compliance* requiere, en primer lugar, del correcto conocimiento de la estructura, organización y funcionamiento de la empresa y su actividad. Este análisis determinará el contexto en el que se desenvuelve, así como la adaptación a sus necesidades concretas de régimen tributario y fiscal que le es aplicable dentro de cada territorio, el cual, deberá estar en constante actualización si tenemos en cuenta la complejidad de las fuentes de las que proceden las normas relativas a esta materia así como la celeridad con las que pueden ser modificadas o suprimidas.

Una vez superada esta fase, el *tax compliance* estará integrado por una serie de procedimientos que afectan tanto a la materia fiscal como contable, de manera que sean cubiertas todas las necesidades que pudiera tener la entidad en materia de cumplimiento. Estos procedimientos deberán ir coordinados y supervisados por un responsable *compliance*, que será nombrado con carácter previo al inicio de todo el sistema de prevención que puede desempeñar sus labores tanto a través de la propia empresa, o por medio de un servicio externalizado a través de profesionales y expertos en la materia. Será el responsable *compliance* el que establezca marcos de colaboración con el resto de trabajadores, colaboradores externos y directivos de la empresa. La razón de ser de este responsable no es otra que la de llevar a cabo un control de todo el conjunto de actuaciones que conforman los procedimientos de prevención con absoluta independencia, en aras de la obtención de una mayor eficacia.

Los procedimientos de control normativo deben estar adaptados a la propia naturaleza y características de la empresa, por lo que, en definitiva, si bien existen marcos de actuación común, habrá que adaptarse a las propias necesidades de las entidades que deseen establecer estos sistemas de cumplimiento normativo. Un ejemplo de estas prácticas comunes son la creación de unas políticas de cumplimiento tributario, fiscal y contable, que sirva como marco de actuación de todos los miembros que integran la organización; así como la creación de canales de denuncia donde los sujetos puedan realizar todas aquellas declaraciones pertinentes en torno a la llevanza de algún asunto que pudiera afectar de manera negativa al cumplimiento normativo que se trata de prever.

Con respecto a las ventajas que se derivan del *tax compliance*, resulta obvio destacar que con la previsión de cumplimiento en esta materia no sólo se está tratando evitar las posibles pérdidas económicas derivadas de una infracción administrativa, sino que además las posibilidades de comisión de un ilícito penal por parte de la empresa de carácter económico se reducen hasta tal punto que devendría prácticamente imposible que una entidad pudiera cometer ilícitos de esta naturaleza. Además ayudara a no generar políticas fiscales agresivas y en consecuencia a tributar en el lugar correspondiente a la actividad de negocio.

Esto supone un aumento de la confianza por parte de las administraciones públicas, proveedores, colaboradores y clientes, fortaleciendo así su reputación. Resulta necesario destacar la posibilidad de certificación del cumplimiento. Estas certificaciones son en la actualidad muy pretendidas por las empresas comprometidas con la buena gestión y actuar, de manera que la obtención de los certificados por parte de los organismos competentes supone la demostración de que se están llevando a cabo dentro la misma los estándares requeridos tanto a nivel nacional, como internacional.

6. BIBLIOGRAFÍA

- F. BONATTI, *Sistema de gestión de compliance*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- C. GARCÍA-HERRERA, “Buen gobierno fiscal y cumplimiento cooperativo con las grandes compañías”, *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2017.
- A.M. JUAN, “Buena Administración Tributaria y seguridad jurídica: Cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, *Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 5, 2016.
- A. JUANES, *Compliance penal*, Editorial Francis Lefebvre, Madrid, 2017.
- I. LLEDÓ, *Corporate Compliance*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- A. ROMANI, “La nueva relación Hacienda-contribuyente auspiciada por la OCDE: la relación cooperativa. El Foro de Grandes Empresas y el Código de Buenas Prácticas Tributarias”, *Instituto de Estudios Fiscales*, 2010.
- J.A. ROZAS, *Modelos de relaciones tributarias en la Unión Europea*, Programa Nacional de Proyectos de Investigación Fundamental, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2012.
- M.A. SÁNCHEZ, “Cuestiones tributarias y economía colaborativa”, *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2017.
- M. TEIJEIRA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil*, editorial Universidad Carlos III, Madrid, 2015.

LAS INSTITUCIONES TERRITORIALES Y LOCALES EN EL SEÑORÍO DE VIZCAYA DURANTE LA EDAD MODERNA: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Nere Jone Intxaustegi Jauregi
Universidad de Deusto
Universidad de las Islas Baleares

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2018

RESUMEN: El artículo analiza las instituciones de ámbito territorial que existieron en el Señorío de Vizcaya durante la Edad Moderna y sus antecedentes medievales. Se revisan, a partir del estado de conocimiento existente, las Juntas Generales de Guernica, principal institución del Señorío, el Regimiento General y la Junta de las villas y ciudad. Se realiza el estudio desde la doble óptica de la historia institucional y desde la historia social, desde la que se observan los diversos estratos del poder existentes en las Juntas Generales de Vizcaya y la estrecha relación que tuvieron también con las instituciones locales.

ABSTRACT: This paper is focused on the territorial institutions of Biscay during the Early Modern Ages, though medieval centuries are also taken into account since it was in that period when these concrete institutions were founded. The main institution was the Parliament located in Guernica, but, as it will be seen, it was not the only institution in Biscay in which decisions were taken since there were also the so called General Regiment and the Parliament of towns and the city. This paper can be seen from a double historical perspective: institutional history and social history. This duality allows us to see the different levels of powerful groups that existed and took part in the Parliament, and in their network in the local institutions.

PALABRAS CLAVE: Vizcaya, poder, instituciones, Juntas Generales, oligarquía

KEYWORDS: Biscay, power, institutions, Parliament, elite

Sumario: I-Vizcaya y las Juntas Generales. II-Composición y funcionamiento de las Juntas. III- Otros Cargos. 3.1. Regimiento General. 3.2. Juntas de villas y ciudad. IV- A modo de epílogo. V- Bibliografía.

I. VIZCAYA Y LAS JUNTAS GENERALES

En este número dedicado a Eduardo de Hinojosa, resulta esencial el tratar la Historia del Derecho ya que, como recogió Francisco Tomás y Valiente, Hinojosa se sintió atraído “por la Historia de las instituciones del pasado a través de las cuáles se organizaba la sociedad y se ejercía el poder”¹. Asimismo, fue una de las figuras más distinguidas en los estudios medievalistas en España². Por lo tanto, en este artículo vamos a tratar una institución medieval de lo más emblemática: las Juntas Generales de Vizcaya.

Como es bien sabido, el Señorío de Vizcaya era una realidad muy variada en lo geográfico, jurídico e institucional³, pero, sin embargo, tuvo cierta cohesión en torno a sus Juntas Generales. Las raíces de éstas se hunden en la Edad Media, y estuvieron en vigor hasta el año 1876⁴. Sin embargo, al acercarnos al origen de las Juntas Generales ocurre lo mismo que sucede con otras muchas instituciones medievales: tenemos un conocimiento preciso sobre las mismas en la Baja Edad Media, pero es insólito, cuando no inalcanzable, hallar vestigios de su presencia en los siglos anteriores a 1200⁵.

Las leyes por excelencia del Señorío, es decir, el Fuero Viejo de 1452 y el Nuevo del año 1526, son de los siglos XV y XVI, y las primeras actas de las Juntas son del año 1536⁶. Por lo tanto, los instrumentos que poseemos para intentar aclarar cuestiones sobre los orígenes medievales de las Juntas hay que encontrarlos en distintos documentos, como son las actas de los Regimientos de las villas, leyes otorgados por los Señores, crónicas de diferentes monarcas castellanos, u otros documentos. La información obtenida es variada, y según nos acercamos a las fechas más remotas, la información y fiabilidad de ésta va disminuyendo.

Sin embargo, antes de explicar tales antecedentes, vamos a realizar un breve repaso de las distintas zonas del Señorío de Vizcaya.

¹ F. TOMÁS Y VALIENTE, “Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 63-64, 1993-1994, p. 1066

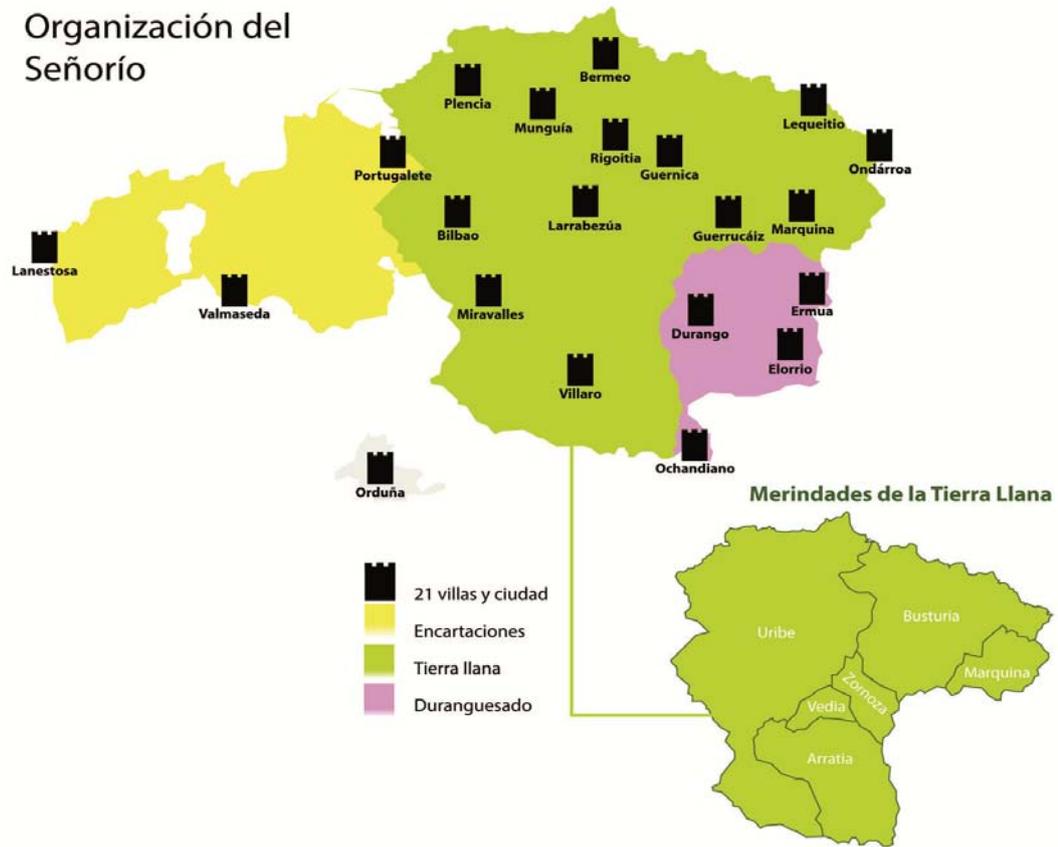
² J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Escuela histórica del derecho madrileña: Eduardo de Hinojosa y Claudio Sánchez-Albornoz”, *Cuadernos de Historia de España*, núm. 81, 2007, p. 171

³ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, “Juntas y Diputaciones de Vizcaya: un marco teórico de análisis (hasta 1631)”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997, p. 394

⁴ En la etapa democrática vuelven a estar en vigor, aunque con diferencias notables respecto a las medievales

⁵ G. MONREAL Y ZIA, *Las Juntas Generales de Vizcaya*, Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1986, p. 27

⁶ Concretamente, las Juntas de las villas y ciudad, ya que las de la Tierra Llana son del año 1558

Mapa nº1: Organización territorial del Señorío de Vizcaya⁷

Como puede verse en el mapa, Vizcaya estaba dividida en cuatro zonas. La Vizcaya nuclear, también conocida como la Tierra Llana, estaba dividida en seis merindades⁸ que, a su vez, albergaban setenta y dos anteiglesias⁹. Éste sería el primitivo territorio vizcaíno y, posteriormente, se fueron añadiendo otras zonas. En el área oriental estaba el Duranguesado o Merindad de Durango¹⁰, que se incorporó al Señorío en el año 1212, cuando Alfonso VIII de Castilla le cedió el territorio a Diego López II de Haro por su decisiva intervención en la batalla de las Navas de Tolosa¹¹. Por su parte, la zona de las Encartaciones estaba dividida en valles y en concejos¹²; hubo intentos de fusión, pero no fue

⁷ Mapa realizado por Aitor Castañeda Zumeta. Datos en G. MONREAL Y ZIA, *Las instituciones públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1974

⁸ Busturia, Marquina, Zornoza, Uribe, que era la que poseía más anteiglesias, Bedia y Arratia

⁹ Mundaca, Pedernales, Axpe de Busturia, Murueta, Forua, Lumo, Ugarte de Múgica, Líbano de Arrieta, Mendata, Arrazua, Ajanguiz, Ereño, Ibarrangelua, Gautegiz Arteaga, Cortezubi, Nachitua, Ispáster, Bedarona, Murelaga, Nabárniz, Guizaburuaga, Amoroto, Mendeja, Berriatua, Zenarruza, Arbázegui, Jemein, Echevarría, Amorebieta, Echano, Ibarruri, Gorozica, Baracaldo, Abando, Deusto, Begoña, Echebarri, Galdácano, Arrigorriaga, Arrancudiaga, Lezama, Zamudio, Lujua, Sondica, Erandio, Lejona, Gecho, Berango, Sopelana, Urdúliz, Barrica, Górliz, Lauquíniz, Gatica, Lemóniz, Maruri, Basigo de Baquio, Morga, Munguía, Gámiz, Fica, Frúniz, Meñaca, Derio, Lemora, Yurre, Aránzazu, Castillo y Elejabeitia, Ceanuri, Dima, Santo Tomás de Olabarrieta, y Ubidea

¹⁰ Formada por las anteiglesias de Abadiano, Bériz, Mallabia, Yurreta, Garai, Zaldívar, Arrázola, Axpe, Apatamonasterio, Izurza, y San Agustín de Echeberria

¹¹ A. PASTOR PARRES, B. Salaverri Aguilar, *Breve Historia de Vizcaya y sus instituciones*, Fundación Popular de Estudios Vascos, Bilbao, 2011, p. 31

¹² Carranza, Trucíos, Arcentales, Sopuerta, Galdames, Zalla, Güeñes, Gordejuela, Santurce, Sestao, Sal Salvador del Valle, Musques, Ciérvana, y Abanto

hasta 1801 cuando se integraron por completo en el Señorío¹³. Lo cierto es que en las Encartaciones estuvo muy generalizada la oposición a admitir la preeminencia de las Juntas de Guernica sobre sus propias instituciones, hasta el punto de que durante buena parte del Antiguo Régimen sostenían que eran un Cuerpo político totalmente autónomo del resto del Señorío¹⁴. Otro elemento esencial en la organización territorial fueron las villas y ciudad vizcaínas¹⁵. En este caso, estos estaban situados en las tres zonas del Señorío, si bien la mayoría estaban en la Tierra Llana, es decir, estaban dentro de las zonas ya mencionadas, no eran un área aparte. Finalmente, Orozco se anexionó a Vizcaya en 1785. Por lo tanto, los límites actuales no se fijaron hasta el siglo XIX¹⁶.

Cada zona tuvo sus propias instituciones, las cuales podían o no funcionar paralelamente a las Juntas de Guernica. Así, las Juntas ordinarias del Duranguesado se celebraban en Astola, mientras que las extraordinarias en Guerediaga¹⁷; por su parte, las Encartaciones se reunían en Avellaneda¹⁸. Además, ambas zonas tenían sus propios fueros, el *Fuero Viejo de la Merindad de Durango* y el *Fuero de Albedrío*¹⁹. Por otra parte, las villas y la ciudad también tuvieron sus Juntas que se celebraban en Bermeo, Bilbao y Durango, aunque Bilbao acabó monopolizándolas alegando que el Corregidor residía en ella. No obstante, las principales Juntas Generales, celebradas en Guernica, fueron las de la Vizcaya nuclear. Por lo tanto, en las Juntas se integran los representantes de los pequeños municipios rurales de la Vizcaya nuclear, de las veintiún villas y ciudad, de las Encartaciones, y del Duranguesado²⁰. Va a ser, precisamente, en esas Juntas en las que nos vamos a centrar, las cuales alcanzaron su plenitud en el siglo XIV²¹ y funcionaron hasta 1876²².

¿Desde cuándo existen esas Juntas? Ciertamente, no se tiene una respuesta exacta. Existen datos de reuniones en el siglo XI y después, ya en el siglo XIV, se nos presentan unas Juntas Generales asentadas; por lo tanto, parece que la respuesta hay que situarla en los siglos XII y XIII. Existen dos precedentes de las Juntas, concretamente dos congregaciones de *seniores*, una de la Vizcaya nuclear y otra de la Merindad de Durango, y ambas tratan sobre cuestiones de propiedad. Estos antecedentes se encuentran recogidos en los Cartularios de San Juan de la Peña y de San Millán de la Cogolla, fechados ambos en el siglo XI. La primera es de 1053, y recoge como el señor Iñigo Lupiz autorizó una donación del monasterio de San Juan de Gaztelugache a San Juan de la Peña: *Ego Enneco Lopiz et uxor Tota Ortiz roboravimus hunc locum dicitur Tuga in presentia omnium seniorum de vizcaia*. Mientras, la segunda es de 1075 y trata sobre una cuestión del abad de San Millán y el párroco de Abadiano, quienes resuelven el problema sobre la pertenencia de Arandia, en el Duranguesado. El documento se recoge la frase reza: *Idcirco tam egoquam abbate de Abadiano venimos illuc et fecimus questionem cum senioribus et homines de terra et fecimus questionem cum senioribus et homines de terra et diviserunt ataque iudicaverunt*

¹³ E. SESMERO CUTANDA, J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, “La estructuración del territorio en la Vizcaya medieval: ensayo de interpretación”, *Espacio, tiempo y forma. Serie III. Historia Medieval*, núm.17, 2004, p. 534

¹⁴ F. MARTÍNEZ RUEDA, “La Asamblea de las Encartaciones: las Juntas de Avellaneda”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO, (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997, p. 376

¹⁵ Las veinte villas: Bermeo, Bilbao, Durango, Lequeitio, Ondárroa, Munguía, Marquina, Ermua, Elorrio, Plencia, Portugalete, Lanestosa, Balmaseda, Guernica, Gericáiz, Rigoitia, Larrabezúa, Ochandiano, Villaro y Miravalles, y la ciudad de Orduña.

¹⁶ E. SESMERO CUTANDA, J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, “La estructuración del territorio en la Vizcaya medieval”, p. 534

¹⁷ G. MONREAL Y ZIA, “Tierra de Durango. El Duranguesado: un territorio con personalidad institucional propia en la Historia foral de Vizcaya”, *Astola*, núm. 3, 2009, p. 62

¹⁸ G. MONREAL Y ZIA, “Los cuerpos de derecho de las Encartaciones de Vizcaya”, *Jura Vasconiae*, núm. 5, 2008, p. 17

¹⁹ A. CELAYA IBARRA, *Curso de derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 21

²⁰ G. MONREAL Y ZIA, “Las Cortes de Navarra y las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO, Mikel (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997, p. 48

²¹ E. SESMERO CUTANDA, J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, “La estructuración del territorio en la Vizcaya medieval”, p. 537

²² G. MONREAL Y ZIA, “La crisis de las instituciones forales públicas vascas”, *Congreso de Historia de Euskal Herria*, Editorial Txertoa, Vol 3, 1988, Bilbao, p. 23

*quia loco inter ambas aguas terminum fuit et deber esse*²³. Desgraciadamente, no se pueden sacar demasiadas conclusiones, pero podemos ver cómo en los textos se mencionan las significativas frases de *in presentia omnium seniorum de vizcaia y senioribus et homines de terra*. Probablemente, se trata de antecedentes, pero cabe señalar que hoy en día nadie se atrevería a conferir a las Juntas unos orígenes anteriores al siglo XIII o, a lo sumo, XII. En cierta medida, es lógico que el nacimiento pueda situarse en cualquiera de esas dos centurias, sobre todo de la última, teniendo en cuenta el lógico desarrollo de instituciones similares, como fueron las Juntas Generales del Reino de Galicia. Ciertamente, la escasez de documentos no posibilita dar respuestas concretas sobre su origen, pero es posible acercarnos a ellas a través de modelos semejantes²⁴. La verdad es que desde La Curia de León del año 1188, considerada la primera manifestación de Cortes peninsulares²⁵, en Europa occidental se generalizó la celebración de este tipo de asambleas²⁶, por lo que no es de extrañar que las Juntas vizcaínas también tuviesen su origen en esta época.

Durante los siglos XII y XIII hay un completo silencio documental sobre todo lo relacionado con las Juntas pero, puede pensarse que fueron años importantes en las que se gestaron las Juntas ya que, como ya se ha indicado, para el siglo XIV aparecen bien configuradas²⁷.

No obstante, nos consta que, como Vizcaya formaba parte de la Corona de Castilla, también era parte de la Hermandad Vieja²⁸. Las primeras manifestaciones de estas reuniones son del siglo XII, aunque fue a partir de la siguiente centuria cuando el movimiento se generalizó y logró una presencia significativa en la sociedad²⁹. Precisamente, las Juntas Generales aparecieron como una institución para tratar los temas propuestos por la Hermandad³⁰, y tenemos constancia de sus reuniones durante el siglo XIV. Sin embargo, hay que diferenciar entre dos grupos de fuentes de información, ya que por una parte se encuentran referencias a estas fechas en distintas crónicas de diferentes monarcas castellanos, y por otra parte dos leyes del propio Señorío³¹.

La primera noticia fidedigna la encontramos de boca de Juan Núñez de Lara, esposo de doña María Díaz I de Haro, cuando en el año 1306 se refirió a unos acontecimientos ocurridos en torno a 1296-97 *desde los de Vizcaya sopieron de don Diego como era muerto, tomaron por señora a esta doña Maria Diaz en aquel lugar que es acostumbrado segun el Fuero de Vizcaya*. Es decir, se nos aparece una asamblea ya consolidada porque en la misma se había tomado una decisión tan trascendental como era la de designar al Señor. El segundo testimonio se encuentra en el último capítulo de la crónica del monarca Fernando IV, que trata la rivalidad existente entre don Diego López V de Haro y su sobrina María Díaz I de Haro, tío y sobrina³². En la Crónica se narra cómo doña María fue en 1308 a las Juntas que se celebraron en Arechabalaga³³ para exonerar del juramento a los vizcaínos y pidiendo que la reconociesen como heredera. Finalmente, Alfonso XI narra su entrada con tropas en el Señorío en el año 1334: *et otrosi, todos los de las otras villas e tierras llanas de Vizcaya venieron al rey rescibirlo por señor, et los fijosdalgo, yuntados en el campo de*

²³ G. MONREAL Y ZIA, "El Señorío de Vizcaya", pp.180-181

²⁴ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, "Juntas y Diputaciones de Vizcaya", p. 394

²⁵ C. ESPETA DÍEZ, "La Curia de León en 1188 y los orígenes de las Cortes", *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1990, p. 21

²⁶ J. L. MARTÍN RODRÍGUEZ, "Las Cortes Medievales", en E. FUENTES GANZO, J. L. MARTÍN RODRÍGUEZ (coord.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XIII*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 39

²⁷ G. MONREAL Y ZIA, "El Señorío de Vizcaya", p.182

²⁸ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, "Juntas y Diputaciones de Vizcaya", p. 395

²⁹ A. ÁLVAREZ DE MORALES, "La evolución de las Hermandades en el siglo XV", *En la España medieval*, núm. 6, 1985, p. 93

³⁰ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, "Juntas y Diputaciones de Vizcaya", p. 397

³¹ VV.AA, *Juntas y Regimientos de Vizcaya. Actas de la Tierra Llana (1558-1630) y de Villas y Ciudad (1536-1630). Estudio histórico e instrumentos descriptivos*, Juntas Generales de Vizcaya, Bilbao, 1994; G. MONREAL Y ZIA, "El Señorío de Vizcaya"

³² De hecho, don Diego había arrebatado el Señorío a María, por ello es conocido como el *Intruso*.

³³ Fue en el siglo XV cuando las Juntas se asentaron en el Árbol de Guernica, dejando de lado Arechabalaga e Idoibalzaga. En G. MONREAL Y ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya*, p. 359

Garnica, fecieron eso mesmo. Es decir, una vez más podemos ver una asamblea celebrada en Guernica.

Por otra parte, se encuentran dos leyes del propio Señorío, concretamente el Cuaderno Penal de Juan Núñez de Lara del año 1342 y la Ordenanza de Gonzalo Moro de 1394, en las cuales se mencionan unas juntas. El Cuaderno Penal fue aprobado en las Juntas celebradas en Guernica³⁴; mientras que Gonzalo Moro, oidor en la Audiencia de Valladolid, fue enviado al Señorío por Enrique III para fundar una Hermandad, y su Cuaderno se aprobó en Guernica, donde se habían reunido *ansi los Procuradores de las Billas como los solares e fijosdalgo e labradores de la Tierra Llana*³⁵.

Hay que decir que el éxito de las Juntas se garantizó cuando Enrique III las conectó con el organigrama estatal castellano al poner al frente del Señorío a su máximo representante: el corregidor. No obstante, la cristalización de las Juntas no se dio hasta al reinado de los Reyes Católicos, época esencial en la historia vizcaína³⁶, cuando se escribió el famosísimo Capitulado de Chinchilla de 1487, escrito en el cual es posible ver que las Juntas Generales ya eran un órgano decisivo en la vida política del Señorío.

II. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS JUNTAS

Las Juntas Generales eran, en rigor, el órgano propio de la comunidad de la Tierra Llana y de las villas y de la ciudad, pero también podían acudir los procuradores de la Merindad de Durango y de las Encartaciones.

Su composición era el perfecto reflejo de la pluralidad institucional del Señorío. La Tierra Llana era la zona más importante en cuestión de representación ya que tenía setenta y dos asientos de procuradores; las villas y la ciudad, por su parte, tenían veintiún; las Encartaciones tenían derecho a seis y, finalmente, la Merindad de Durango tuvo dos, aunque a partir del siglo XVII, aumentaron el número. Además, Orozco, incorporado al Señorío a finales del siglo XVIII, también tuvo su cupo³⁷. Cada localidad tenía designado un voto, pero eso no significaba que sólo estuviera representada por una persona. Por ejemplo, las veintiún villas y ciudad tenían veintiún asientos, pero era habitual que en nombre de las cabezas de tercios, Bermeo, Bilbao y Durango, fueran dos procuradores, incluso tres. Es decir, un asiento representaba un voto, pero no necesariamente a una sola persona. Asimismo, cabe decir que un rasgo característico de estas Juntas, al igual que las alavesas y guipuzcoanas, era que la representación era de entidades locales o territoriales, no estamental³⁸. Es decir, estamos ante una excepción, ya que en las asambleas de la época, como las de Castilla³⁹, las de Aragón⁴⁰ o las de Navarra⁴¹, los asistentes se organizaban de acuerdo a los estamentos.

Sin embargo, desde una perspectiva demográfica, ese reparto no era proporcional ya que la Tierra Llana, donde sólo vivía el 40% de los vizcaínos, tenía una gran representación. Por el

³⁴ G. MONREAL Y ZIA, "El Cuaderno de Juan Núñez de Lara de 1342", *Iura Vasconiae*, núm. 2, 2014, p. 1037

³⁵ J. L. UNZUE ORELLA, "La Hermandad de Vizcaya (1320-1496)", *Congreso de Estudios Históricos Vizcaya en la Edad Media*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1984, p. 173

³⁶ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, "Juntas y Diputaciones de Vizcaya", p. 397

³⁷ G. MONREAL Y ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1974, pp. 329-331

³⁸ G. MONREAL Y ZIA, "Las Cortes de Navarra y las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya", p. 50

³⁹ J. I. FORTEA PÉREZ, "Las Cortes de Castilla en la Edad Moderna", *Cortes y constitucionalismo: actas de los XIV Encuentros de Historia y Arqueología*, 1999, p. 14

⁴⁰ R. FERRERO, *Corts i Parlaments de la Corona d'Aragó. Unes institucions emblemàtiques en una monarquia composta*, Universitat de València, Valencia, 2008, p. 276

⁴¹ F. ARVIZU, "Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna (aspectos políticos y legislativos)", *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del pueblo vasco*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1989, p. 37

contrario, las villas y la ciudad, que albergaban a la mayoría de la población, especialmente Bilbao donde vivía el 10%, tenían una escasa representación. También es destacable la escasez de representación de las Encartaciones y de la Merindad de Durango⁴². Los motivos existentes detrás de esa distribución están relacionados con los linajes banderizos. Hemos visto que la Tierra Llana era la zona con mayor número de votos y, precisamente, era donde los linajudos tenían mayor poder. Además, su influencia también se percibía en las zonas urbanas. Un excelente ejemplo se ve en las Ordenanzas de Bilbao del año 1435, las cuales prohibían el acceso al poder municipal a los linajes y bandos, ya que hasta el momento habían influido de una manera notable en el nombramiento de los principales cargos del concejo⁴³.

Tal era la problemática existente entre la nobleza rural vizcaína, personificada en los linajes banderizos, y las zonas urbanas, que los Reyes Católicos enviaron al licenciado Garci López de Chinchilla, para romper el eje villas y ciudad-Tierra Llana⁴⁴. A través de las ya mencionadas Ordenanzas de Chinchilla del año 1487, las villas y ciudad dejaron, al menos en teoría, de asistir a las Juntas Generales que tenían lugar en Guernica y, en su lugar, celebraron sus propias juntas por turnos en Bermeo, Bilbao y Durango. Decimos que en teoría porque las actas nos demuestran que siguió existiendo una presencia villana en las Juntas Generales, como sucedió en el año 1541 cuando se juntaron procuradores de la Tierra Llana y de las villas y ciudad para recibir al licenciado Hernando Becerra que traía una provisión real⁴⁵. Eso se debe a que si la celebración de las Juntas había sido autorizada por los monarcas o había unas circunstancias urgentes que no admitían demora, sí se podrían celebrar las Juntas conjuntas.

Las diferencias entre ambas zonas se mantuvieron hasta la firma de la Concordia del año 1630, la cual, como recoge Mikel Zabala, ha sido considerada un punto de inflexión en el devenir de la historia institucional vizcaína⁴⁶. No obstante, esa rivalidad entre las villas y ciudad por una parte y por la otra la Tierra Llana, acabó convertida en una enemistad entre Bilbao, núcleo comercial en el que se daba una importante expansión demográfica, y el resto del Señorío⁴⁷. No hay que olvidar que Bilbao fue la localidad atlántica por excelencia del comercio; de hecho, su puerto llegó a ser el más importante del norte de la Península⁴⁸, y desde sus orígenes, se había convertido en una villa comercial de primer orden⁴⁹. La creación el 22 de junio de 1511 del Consulado por Juana I supuso un hito, y desde su creación hasta su derogación en el siglo XIX, el Consulado fue el eje sobre el que giró la historia económica de Bilbao⁵⁰. Por su parte, la Tierra Llana intentó neutralizar el poderío bilbaíno a través de diversas iniciativas, siendo el plan de la construcción del Puerto de la Paz el cénit de esa larguísima rivalidad⁵¹.

En relación a la convocatoria, no tenemos constancia del protocolo que se seguía con anterioridad al siglo XVI. En la primera mitad de la Edad Moderna, eran los síndicos quienes comenzaban el proceso, si bien era el corregidor quien realizaba los despachos a las entidades con derecho a asistencia, mientras que a partir del siglo XVIII, fue la Diputación quien se encargó⁵². Respecto al lugar de celebración, para el siglo XV ya se había fijado

⁴² G. MONREAL Y ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya*, pp. 338-339

⁴³ E. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Gobernar la ciudad en la Edad Media: oligarquías y élites urbanas en el País Vasco*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 2004, pp. 250-251

⁴⁴ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, "Juntas y Diputaciones de Vizcaya", p. 398

⁴⁵ VV.AA, *Juntas y Regimientos de Vizcaya. Actas de villas y ciudad*, Tomo I, p. 178

⁴⁶ VV.AA, *Juntas y Regimientos de Vizcaya. Actas de villas y ciudad*, Tomo I, p. 178

⁴⁷ M. ZABALA MONTOYA, "Las Juntas Generales de Vizcaya a principios de la Edad Moderna: desequilibrios y enfrentamientos anteriores a la concordia", *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 30, 2005, p. 85

⁴⁸ G. MONREAL Y ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya*, p. 339

⁴⁹ J. P. PRIOTTI, *Bilbao y sus mercaderes en el siglo XVI. Génesis de un crecimiento*, Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1984

⁵⁰ B. ARIZAGA BOLUMBURU, S. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Atlas de villas medievales de Vasconia. Vizcaya*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 2006, p.153

⁵¹ D. GUZMÁN, *El Consulado de Bilbao*, Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1979, p. 15

⁵² I. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, "Silvestre Pérez, arquitecto del Puerto de la Paz", *Ondare*, núm. 18, 1999, p. 6

⁵³ G. MONREAL Y ZIA, "Las Cortes de Navarra y las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya", p. 50

como lugar de reuniones el Árbol de Guernica, si bien con el paso del tiempo, como las actas reflejan, las reuniones se celebraron en zonas cercanas, como la ermita de la Antigua. Otro punto a tener en cuenta es la periodicidad de las celebraciones, y éstas se celebraban con total irregularidad, aunque, como cada dos años se renovaban los cargos de oficiales del Señorío, las Juntas solían reunirse.

Un punto importante a estudiar son las facultades de las Juntas. En primer lugar, se encuentran las políticas. Las Juntas era el órgano que llevaba a cabo la prestación del homenaje al Señor, quien debía de prestar juramento de guardar los usos y privilegios de los vizcaínos⁵³. Cabe señalar que con el tiempo dejó de cumplirse ya que los Reyes Católicos, Fernando en 1476 e Isabel en 1483, fueron los últimos en desplazarse hasta el Señorío para la jura y todos sus sucesores se limitaron a confirmar los fueros⁵⁴. Otra función relacionada con el ámbito político era el recibir al nuevo corregidor para que jurara los fueros del Señorío. Finalmente, el Señor podía fundar villas, siendo la última fundación la de Rigoitia en 1376⁵⁵, pero tenía como requisito ineludible poseer la unanimidad de la Junta.

Respecto a las facultades legislativas, el ejemplo más esclarecedor lo encontramos en la elaboración del Fuero Viejo de 1452⁵⁶. Por otra parte, en las Juntas también se elegía el gobierno y la administración del Señorío, la cual era llevada a cabo por diputados, regidores, letrados, síndicos, escribanos, bolseros y tesoreros. Obviamente, también se recibían peticiones planteadas por las localidades vizcaínas. Respecto a las facultades económicas, se acordaba la concesión o no del donativo real cuando el monarca lo solicitara, y para sufragar la cantidad se hacía un repartimiento fogueral. Finalmente, las facultades militares estaban dirigidas a dar el consentimiento o no a la petición real de suministrar hombres. El Fuero no regula esta cuestión, por lo que las Juntas tuvieron que subsanarlo con múltiples decretos: llamar a los vizcaínos, fijar la edad y las condiciones de los armados, el tiempo para desempeñar el servicio, etc.

III. OTROS ÓRGANOS

3.1. *Regimiento General*

La Junta General se constituyó a lo largo de la Edad Media como el único órgano gubernativo que emanaba de la comunidad⁵⁷, pero, a comienzos de 1500, se creó un nuevo órgano, conocido como el Regimiento General, el cual tuvo la aprobación de los Reyes Católicos⁵⁸. Estamos ante un órgano delegado de las Juntas Generales, y la razón principal de su creación fue el evitar las excesivas reuniones de las Juntas porque resultaban costosas para los regimientos que enviaban a sus procuradores⁵⁹. Hay que tener en cuenta que había que pagar los costes de la ida y vuelta del trayecto, además de la estancia de varios días en Guernica. Por otra parte, la fundación del Regimiento también fue consecuencia del peso de los linajes banderizos. Antes de esa fecha, las Juntas habían sido el órgano soberano por excelencia después del Señor, pero el Regimiento comenzó a detentar el poder que en su momento tuvieron las Juntas y, entre las personas que

⁵³ A. CELAYA IBARRA, *Fuero Nuevo de Vizcaya*, Título I, Ley II

⁵⁴ R. GÓMEZ-RIVERO, "Las atribuciones de las Juntas, Regimientos y Diputaciones vascas en la Época Moderna", *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, núm. 6, 1989, p. 84

⁵⁵ M. J. ZABALA ALTUBE, "La creación de las villas en el Señorío de Vizcaya: los fueros y las cartas pueblas", *Cuadernos de Sección. Historia-Geografía*, núm. 23, 1995, p. 21

⁵⁶ *Fuero Viejo de 1452*, Imprenta y Librería de José de Astuy, Bilbao, 1909

⁵⁷ G. MONREAL Y ZIA, *El Señorío de Vizcaya*, p. 197

⁵⁸ A. PASTOR PARRES, B. SALAVERRI AGUILAR, *Breve Historia de Vizcaya*, p. 114

⁵⁹ E. LABAYRU GOICOECHEA, *Historia General del Señorío de Bizcaya*, Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1968, Tomo III, p. 735

formaron parte del Regimiento, es significativo encontrar a linajudos⁶⁰. Es más, coincide en el tiempo con el proceso de oligarquización política que empezó a desarrollarse y que en la Edad Moderna se acabaría por expandir. Este proceso también se dio a nivel local, siendo los concejos de las villas el mejor ejemplo de ello⁶¹.

El Regimiento General estaba constituido por dos diputados, dos procuradores, dos síndicos, dos letrados, dos escribanos de junta y doce regidores, y las reuniones se celebraban tres veces al año, de cuatro en cuatro meses, con una duración máxima de ocho días⁶². Además, se exigía que en una de las tres reuniones anuales estuviese presente el corregidor o, en su caso, el teniente de corregidor⁶³. Sin embargo, este Regimiento tuvo, a su vez, una evolución que desembocó en la creación del Regimiento Particular en 1576 como cuerpo delegado del General ya que, al igual que sucedía con las Juntas, los miembros del Regimiento eran de zona diversas del Señorío, lo que ralentizaba y suponía gastos, de ahí la creación de otro cuerpo para intentar suplir, una vez más, esos inconvenientes. Este Regimiento Particular fue conocido desde 1611 como la Diputación General o también como el Gobierno Universal del Señorío de Vizcaya⁶⁴.

Las tres modalidades que se daban en el caso de las Juntas Generales, es decir, Juntas de Tierra Llana, de Tierra Llana y villas y ciudad y la tercera de la Tierra Llana, villas y ciudad, Encartaciones y Merindad de Durango, también se daba para el caso del Regimiento, siendo lo más habitual los Regimientos Particulares de la Tierra Llana, las de villas y ciudad, y la conjunta de ambas⁶⁵. No obstante, hasta la Concordia de 1630, sólo los habitantes de la Tierra Llana podían acceder a los cargos de los cuerpos políticos del Señorío. El resto de condiciones para aspirar a ser designados era el ser varón, la mayoría de edad, tener vecindad en el Señorío, tener nobleza de sangre, no ser ni hijo ni nieto de clérigos ni ser bastardo, no tener dedicación alguna con los oficios mecánicos y, finalmente, no tener deudas ni pleitos pendientes con el Señorío⁶⁶.

3.2. Junta de villas y ciudad

Las villas y la ciudad, tras ser marginadas continuamente de los órganos de poder del Señorío, se reunieron en las llamadas Juntas de Villas y Ciudad⁶⁷. En las actas se puede apreciar cómo el conjunto de las urbes adoptó la agrupación tripartita a través de las llamadas cabezas de tercios, que eran Bermeo, Bilbao y Durango. Bermeo representaba a Lequeitio, Ondárroa, Guernica, Plencia y Rigoitia; Bilbao a Balmaseda, Lanestosa, Portugalete, Miravalles, Munguía y Larrabezúa; y Durango a Orduña, Villaro, Ochandiano, Elorrio, Ermua, Marquina y Guericáiz⁶⁸. El único fin de esta división era, precisamente, el ahorro de los costes y agilizar los trámites⁶⁹, y subsistió hasta que fue suprimida en 1458, siendo restaurada de nuevo en el año 1514 por la reina Juana I⁷⁰.

Como se puede ver en las actas, las villas se reunían siguiendo esta división. En teoría, las reuniones debían de celebrarse siguiendo la rotación de las tres cabezas de tercios pero, poco a poco, Bilbao logró romper a su favor esa teórica rotación, mientras que el resto de las villas, en más de una ocasión, mostró su desacuerdo con esa situación. Por ejemplo, en 1483

⁶⁰ A. DACOSTA MARTÍNEZ, *Los linajes de Vizcaya en la Baja Edad Media: poder, parentesco y conflicto*, UPV/EHU, Bilbao, 2004, p. 243

⁶¹ R. PORRES MARIJUÁN, "Oligarquías y poder municipal en las villas vascas en tiempos de los Austrias", *Revista de Historia Moderna de la Universidad de Alicante*, núm. 19, 2001, p. 5

⁶² M. A. LARREA, "Instituciones públicas del Señorío de Vizcaya en los siglos XV al XVIII", en J. ARÓSTEGUI (ed.), *Historia del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1978, Vol. II, p. 148

⁶³ G. MONREAL Y ZIA, *Las instituciones públicas del Señorío*, p. 412

⁶⁴ *Ibid.*, p. 423

⁶⁵ *Ibid.*, p. 413

⁶⁶ *Ibid.*, p. 427

⁶⁷ A. DACOSTA MARTÍNEZ, *Los linajes de Vizcaya en la Baja Edad Media*, p. 244

⁶⁸ VV.AA, *Juntas y Regimientos de Vizcaya. Actas de villas y ciudad*, p. 170

⁶⁹ C. HIDALGO DE CISNEROS AMESTOY, E. LARGACHA RUBIO, A. LORENTE RUIGOMEZ, A. MARTÍNEZ LAHIDALGA, *Colección Documental del Archivo Municipal de Durango*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 1989, Tomo I, p. VI

⁷⁰ *Ibid.*, p. IV

cuando la reina Isabel estuvo en el Señorío, coincidiendo con su estancia en Bermeo se celebró una junta de villas y ciudad en la villa bermeana⁷¹, y también se celebró otra en Durango en 1515⁷², pero estos fueron casos excepcionales ya que Bilbao monopolizó la sede de las juntas. Por eso, se dieron varios enfrentamientos para que cesase el monopolio bilbaíno, como sucedió en la Junta del 1 de julio de 1540 celebrada en Bilbao. Los procuradores por Bermeo, junto con los de su tercio, solicitaron que se cumpliera con la rotación de la celebración en las tres villas, propuesta que también obtuvo el apoyo de Durango y su tercio. Lógicamente, Bilbao y su tercio se negaron y, ante esta situación, el corregidor Pedro Hernández de la Reina decidió que la siguiente junta se celebrase en Bermeo. Ésta se celebró el 13 de julio de ese mismo año, y Bermeo y Durango, junto a sus tercios, solicitaron que se siguiera cumpliendo con la rotación, y Bilbao y su tercio, una vez más, se negaron alegando que la Junta de villas y ciudad se había celebrado en la villa bilbaína desde tiempo inmemorial y que, además, era un sitio elegido por los corregidores⁷³. Como las actas reflejan, Bilbao continuó siendo el lugar donde las Juntas de las villas y ciudad se celebraron.

A pesar de la prohibición de asistir a las Juntas de Guernica, la verdad es que los procuradores villanos sí estuvieron presentes en varias reuniones celebradas junto al Árbol. Fue muy habitual que estuviesen en las Juntas en las que se recibía al nuevo corregidor, como fueron, entre otros, Lope Rodríguez de Logroño, Pedro Arias, Diego Astudillo, Antonio Cornejo, Cristóbal Albarer de Cueto, Diego Ruiz de Lugo, Pedro Hernández de la Reina o Alonso Hernández de Soria. Asimismo, también estuvieron presentes cuando se leía la correspondencia real, la cual normalmente estaba relacionada con los impuestos a pagar o con la necesidad de envío de hombres a la frontera guipuzcoana y navarra con Francia.

IV.-A MODO DE EPÍLOGO

En esta aproximación a los órganos de poder vizcaínos del Antiguo Régimen, hemos querido concretar y desmitificar ciertas generalidades. En primer lugar, se ha expuesto las teorías diversas sobre los orígenes de las Juntas Generales de Guernica. Es imposible concretar una fecha, pero queda claro que no se trató de un nacimiento en los albores de la Edad Media sino, más bien, en centurias centrales del Medievo.

En segundo lugar, hoy en día se habla de las Juntas Generales de Guernica como el órgano de gobierno del Señorío de Vizcaya; es más, se tiene la percepción de que fue el único que rigió la realidad vizcaína. Sin embargo, como se ha podido observar, los hechos fueron bien distintos ya que no fue el único órgano que existió. En realidad, se vivió una diversidad de situaciones, todo ello en estrecha relación con la heterogeneidad del territorio vizcaíno. Asimismo, en estas páginas hemos podido ver las pautas a seguir en el desarrollo de las Juntas Generales, además de la temática tratada en sus reuniones, lo cual se aleja de las prácticas de hoy en día. Por lo tanto, claramente, debemos desterrar la idea de que estamos ante el único órgano de gobierno vizcaíno y que las actuales Juntas Generales son las directas herederas de aquel régimen foral y sus prácticas.

Por otra parte, si hay que indicar algún elemento distintivo dentro de la estructura institucional del Señorío durante la Edad Moderna, es la bipolarización institucional que se vivió entre los bloques rural y urbano. La cuestión se remonta, cuando menos, al Capitulado de Chinchilla del año 1487, un ordenamiento diseñado, precisamente, con vistas a resolver

⁷¹ J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, *Colección documental de los Archivos Municipales de Guerricaiz, Larrabezúa, Miravalles, Ochandiano, Ondárroa y Villaro*, Estudios Vascos, Donostia-San Sebastián, 1991, pp. 42-43

⁷² J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, C. HIDALGO DE CISNEROS AMESTOY, A. LORENTE RUIGÓMEZ, A. MARTÍNEZ LAHIDALDA, *Libro de Acuerdos y Decretos Municipales de la Villa de Bilbao (1509 y 1515)*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 1995, pp. 228-230 y 265

⁷³ VV.AA., *Juntas y Regimientos de Vizcaya*, p.170

tal problemática. Pero la intransigencia de la zona rural, es decir, de la Tierra Llana, fue firme y duró hasta la Concordia del año 1630⁷⁴. Sin embargo, esa resistencia hacia lo urbano acabó transformándose en una relación de amor-odio entre Bilbao y el resto del Señorío, incluidas las villas y la ciudad, que tuvieron muy en cuenta cómo la villa bilbaína había logrado romper a su favor la inicial relación tripartita de las cabezas de tercio. Por lo tanto, que el que en la actualidad la villa de Bilbao sea la capital vizcaína cuando, hasta el año 1602 era Bermeo la que ostentaba el título “Cabeza de Vizcaya”, distinción otorgada en el año 1476 por el rey Fernando II⁷⁵, encuentra su origen, precisamente, en esta época y en el contexto de la problemática aquí desarrollada y expuesta.

Finalmente, hay que indicar que en las Juntas Generales se pudo observar una oligarquización, coyuntura que se dio en todas las administraciones de la época. Es decir, no estamos ante un proceso único y exclusivo del territorio vizcaíno, sino que aquí se vivieron las mismas pautas y procesos que se dieron en otras zonas del mundo controladas por los Habsburgo y los Borbones. Además, en el caso concreto vizcaíno, se puede observar que muchos de los linajes banderizos medievales sobrevivieron ya que, a pesar de la reglamentación existente en su contra, pudieron intercalarse en las instituciones. Por lo tanto, los *jauntxos* que ostentaron el poder en los siglos medievales, a través de diversos y diferentes mecanismos, pudieron sobrevivir y retener, aunque compartiéndolo, el poder con otros grupos durante la Edad Moderna.

V. BIBLIOGRAFÍA

- A. ÁLVAREZ DE MORALES, “La evolución de las Hermandades en el siglo XV”, *En la España medieval*, núm. 6, 1985.
- B. ARIZAGA BOLUMBURU, S. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Atlas de villas medievales de Vasconia. Vizcaya*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 2006.
- F. ARVIZU, “Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna (aspectos políticos y legislativos)”, *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del pueblo vasco*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1989.
- A. CELAYA IBARRA, *Curso de derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- A. CELAYA IBARRA, *Fuero Nuevo de Vizcaya*, Caja de Ahorros de Vizcaya, 1975.
- A. DACOSTA MARTÍNEZ, *Los linajes de Vizcaya en la Baja Edad Media: poder, parentesco y conflicto*, UPV/EHU, Bilbao, 2004.
- J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, E. SESMERO CUTANDO, “Juntas y Diputaciones de Vizcaya: un marco teórico de análisis (hasta 1631)”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997.
- J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, C. HIDALGO DE CISNEROS AMESTOY, A. LORENTE RUIGÓMEZ, A. MARTÍNEZ LAHIDALDA, *Libro de Acuerdos y Decretos Municipales de la Villa de Bilbao (1509 y 1515)*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1995.

⁷⁴ M. ZABALA MONTROYA, “Las Juntas Generales de Vizcaya a principios de la Edad Moderna”, p. 86

⁷⁵ P. MADOZ, *Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de ultramar*, Madrid, 1846, Tomo IV, p. 272

- J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, *Colección documental de los Archivos Municipales de Guerricaiz, Larrabezúa, Miravalles, Ochandiano, Ondárroa y Villaro*, Estudios Vascos, Donostia-San Sebastián, 1991.
- C. ESPETA DÍEZ, “La Curia de León en 1188 y los orígenes de las Cortes”, *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1990.
- I. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO, “Silvestre Pérez, arquitecto del Puerto de la Paz”, *Ondare*, núm. 18, 1999.
- R. FERRERO, *Corts i Parlaments de la Corona d’Aragó. Unes institucions emblemàtiques en una monarquia composta*, Universitat de València, Valencia, 2008.
- J. I. FORTEA PÉREZ, “Las Cortes de Castilla en la Edad Moderna”, *Cortes y constitucionalismo: actas de los XIV Encuentros de Historia y Arqueología*, 1999.
- Fuero Viejo de 1452*, Imprenta y Librería de José de Astuy, Bilbao, 1909.
- E. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Gobernar la ciudad en la Edad Media: oligarquías y élites urbanas en el País Vasco*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 2004.
- R. GÓMEZ-RIVERO, “Las atribuciones de las Juntas, Regimientos y Diputaciones vascas en la Época Moderna”, *Azpilicueta: Cuadernos de Derecho*, núm. 6, 1989
- D. GUZMÁN, *El Consulado de Bilbao*, Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1979.
- C. HIDALGO DE CISNEROS AMESTOY, E. LARGACHA RUBIO, A. LORENTE RUIGOMEZ, A. MARTÍNEZ LAHIDALGA, *Colección Documental del Archivo Municipal de Durango*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 1989, Tomo I.
- E. LABAYRU GOICOECHEA, *Historia General del Señorío de Bizcaya*, Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1968, Tomo III.
- M. A. LARREA, “Instituciones públicas del Señorío de Vizcaya en los siglos XV al XVIII”, en J. ARÓSTEGUI (ed.), *Historia del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1978, Vol. II.
- J. M. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Escuela histórica del derecho madrileña: Eduardo de Hinojosa y Claudio Sánchez-Albornoz”, *Cuadernos de Historia de España*, núm. 81, 2007.
- P. MADOZ, *Diccionario geográfico-estadístico-histórico de España y sus posesiones de ultramar*, Madrid, 1846, Tomo IV.
- J. L. MARTÍN RODRÍGUEZ, “Las Cortes Medievales”, en E. FUENTES GANZO, J. L. MARTÍN RODRÍGUEZ (coord.), *De las Cortes históricas a los parlamentos democráticos: Castilla y León, s. XII-XIII*, Dykinson, Madrid, 2003.
- F. MARTÍNEZ RUEDA, “La Asamblea de las Encartaciones: las Juntas de Abellaneda”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO, (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997.
- G. MONREAL Y ZIA, “El Cuaderno de Juan Núñez de Lara de 1342”, *Iura Vasconiae*, núm. 2, 2014.
- G. MONREAL Y ZIA, “Tierra de Durango. El Duranguésado: un territorio con personalidad institucional propia en la Historia foral de Vizcaya”, *Astola*, núm. 3, 2009.
- G. MONREAL Y ZIA, “Los cuerpos de derecho de las Encartaciones de Vizcaya”, *Iura Vasconiae*, núm. 5, 2008.

- G. MONREAL Y ZIA, “Las Cortes de Navarra y las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya”, en J. AGIRREAZKUENAGA, M. URQUIJO, Mikel (coord.), *Contributions to European Parliamentary History*, Bilbao, 1997.
- G. MONREAL Y ZIA, “La crisis de las instituciones forales públicas vascas”, *Congreso de Historia de Euskal Herria*, Editorial Txertoa, Vol 3, Bilbao, 1988.
- G. MONREAL Y ZIA, *Las Juntas Generales de Vizcaya*, Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1986.
- G. MONREAL Y ZIA, *Las Instituciones Públicas del Señorío de Vizcaya (hasta el siglo XVIII)*, Diputación de Vizcaya, Bilbao, 1974.
- A. PASTOR PARRES, B. Salaverri Aguilar, *Breve Historia de Vizcaya y sus instituciones*, Fundación Popular de Estudios Vascos, Bilbao, 2011.
- J. P. PRIOTTI, *Bilbao y sus mercaderes en el siglo XVI. Génesis de un crecimiento*, Diputación Foral de Vizcaya, Bilbao, 1984.
- R. PORRES MARIJUÁN, “Oligarquías y poder municipal en las villas vascas en tiempos de los Austrias”, *Revista de Historia Moderna de la Universidad de Alicante*, núm. 19, 2001.
- E. SESMERO CUTANDA, J. ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, “La estructuración del territorio en la Vizcaya medieval: ensayo de interpretación”, *Espacio, tiempo y forma. Serie III. Historia Medieval*, núm.17, 2004.
- F. TOMÁS Y VALIENTE, “Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 63-64, 1993-1994.
- J. L. UNZUE ORELLA, “La Hermandad de Vizcaya (1320-1496)”, *Congreso de Estudios Históricos Vizcaya en la Edad Media*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1984.
- VV.AA, *Juntas y Regimientos de Vizcaya. Actas de la Tierra Llana (1558-1630) y de Villas y Ciudad (1536-1630). Estudio histórico e instrumentos descriptivos*, Juntas Generales de Vizcaya, Bilbao, 1994.
- M. J. ZABALA ALTUBE, “La creación de las villas en el Señorío de Vizcaya: los fueros y las cartas pueblas”, *Cuadernos de Sección. Historia-Geografía*, núm. 23, 1995.
- M. ZABALA MONTOYA, “Las Juntas Generales de Vizcaya a principios de la Edad Moderna: desequilibrios y enfrentamientos anteriores a la concordia”, *Cuadernos de Historia Moderna*, núm. 30, 2005.

LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DE INVERSIÓN. LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Ana Isabel Berrocal Lanzarot
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.
Universidad de las Islas Baleares*

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2018

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de los deberes de información contenidos en la normativa relativa al mercado de valores cuando se ofertan y comercializan productos de inversión cuya observancia corresponde a las entidades de inversión respecto de sus clientes minoristas y las consecuencias jurídicas que se derivan de su incumplimiento, como la anulación del contrato por error o dolo como vicios del consentimiento, o el ejercicio de una acción de indemnización por daños y perjuicios, no así mediante el ejercicio de la acción de resolución del contrato por incumplimiento ni mediante la interposición de la excepción de contrato no cumplido.

ABSTRACT: The present study is going to centre on the analysis of the duties of information contained on the regulation relative to the stock market when there are offered and commercialize products of investment which observance corresponds to the entities of investment respect of his retail clients and the juridical consequences that stem of his breach like the cancellation of contract for mistake or vices of the assent or the exercise of an action of indemnification for damages and prejudices not like that means of the exercises of the action of resolution of the contract neither for breach nor the interposition of the exception of not fulfilled contract.

PALABRAS CLAVE: Mercado de valores, deberes de información, cliente minorista, entidad inversora, error, dolo, anulación del contrato, resolución del contrato por incumplimiento, acción de reparación de daños y perjuicios, y, excepción de contrato no cumplido.

KEYWORDS: Stock markets, duties of information, investing entity, vices of the assent, cancellation of the contract, resolution of the contract, action of repair of damages and prejudices, and exception of not fulfilled contract.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES. III. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN CONTENIDOS EN LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES. IV. LOS TEST DE CONVENIENCIA Y TEST DE IDONEIDAD. V. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN. CONSECUENCIAS JURÍDICAS. 5.1. El error como vicio del consentimiento. La anulación del contrato. 5.2. Resolución del contrato por incumplimiento. La exceptio non adimpletus contractus. 5.3. La responsabilidad contractual y la acción de resarcimiento. 5.4. Otros posibles efectos jurídicos derivados del incumplimiento de los deberes de información. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El cumplimiento de los deberes de información y de evaluación de la idoneidad y conveniencia que, impone la normativa sobre mercado de valores en la comercialización de productos de inversión por parte de las entidades inversoras frente a los clientes minoristas, resulta esencial para una adecuada formación del consentimiento informado de tales clientes y para la validez de los contratos. En consecuencia, su incumplimiento puede determinar la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento –error o dolo-, o puede constituir título de imputación de responsabilidad (artículo 1101 del Código Civil), pero no se puede fundar en una acción resolutoria por incumplimiento (artículo 1124 del Código Civil) tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017¹, ni tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido como dispone la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 23 de marzo de 2018².

El presente estudio lo vamos a centrar en el análisis de lo que representan estos deberes de información y la exigencia de las citadas evaluaciones que, establece la normativa del mercado de valores, y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento atendiendo precisamente a lo establecido por las sentencias citadas.

Nos parece oportuno antes de proceder al desarrollo de nuestro estudio fijar los concretos hechos sobre los que operan las resoluciones citadas.

Con respecto a la sentencia del Pleno en el que se comercializaron participaciones preferentes como antecedente de hecho señalar los siguientes: el 23 de octubre de 2006, Dña. Ana suscribió con la entidad Kutxa, Caja Guipúzcoa San Sebastián (actualmente, Kutxabank S.A.), un contrato de depósito y administración de valores. A resultas de lo cual, en la misma fecha, se abrió a su nombre una cuenta de valores.

El 26 de octubre siguiente, la Sra. Ana adquirió en dicha entidad 40.000 títulos de bonos (preferentes) Landsbanki Island, con un nominal de 40.000 €. Al tiempo, suscribió un documento con el siguiente tenor literal: “Barcelona, 23 de octubre de 2006. Sra. Ana manifiesta mediante este documento conocer y aceptar las condiciones de las emisiones de renta fija depositadas en la cuenta de valores NUM000. En dichas emisiones concurren los siguientes riesgos inherentes a la renta fija, de crédito, de tipo de interés y de liquidez”.

En noviembre de 2006, la inversora percibió un rendimiento de 530,32 €. Durante todo el año 2007 y los tres primeros trimestres de 2008, percibió 511,61 € trimestrales. A partir de noviembre de 2008, la inversión dejó de producir rentabilidad y la Sra. Ana no volvió a recibir retribución alguna, ni logró que se le devolviera el dinero invertido, pese a las reclamaciones efectuadas a tal efecto a la caja.

¹ RJ 2017/3756.

² RJ 2018/1487.

Dña. Ana formuló una reclamación ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que fue contestada el 3 de mayo de 2010.

Entre 1993 y el 15 de febrero de 2006, Dña. Ana fue cliente de una agencia de valores, denominada Qrenta, con la que negoció diversos productos financieros, como depósitos, bonos, acciones y OPV. En la adquisición de las participaciones preferentes intervino una antigua empleada de dicha agencia de valores.

La Sra. Ana interpuso una demanda contra la Caja de Ahorros, en la que solicitó la nulidad del contrato de depósito y administración de valores de 23 de octubre de 2006; y subsidiariamente, la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada. En ambos casos, con restitución recíproca de las prestaciones.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Barcelona de 11 de junio de 2013 desestimó la acción de nulidad, por considerarla caducada, y estimó la de resolución contractual, condenando a la demandada a abonar a la actora 41.335,23 €, con sus intereses legales.

Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, de 19 de noviembre de 2014 lo estimó al considerar que la demandante tenía experiencia inversora, que había acudido a la entidad acompañada por una antigua empleada de la agencia de valores con la que había mantenido relaciones durante años, y que, ella misma había solicitado expresamente la adquisición de títulos de Landsbanki, por lo que asumió conscientemente un riesgo asociado a la alta rentabilidad que, en esas fechas, ofrecían los mencionados títulos.

Doña Ana interpuso recurso de casación que lo formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y lo funda en un único motivo, en el que se denuncia la infracción del art. 78 de la Ley del Mercado de Valores y de los artículos 4, 5 y 6 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores, así como el artículo 5 de su anexo. En el desarrollo del motivo se alega que, la obligación de información del banco procede tanto de la naturaleza del producto financiero como de la forma en que fue ofrecido al cliente. Y aduce que la Audiencia Provincial no ha valorado de manera jurídicamente correcta que la persona que acompañó a la recurrente cuando realizó la inversión era comisionista de la entidad financiera. Así como que, en ningún caso quedaba relevada la entidad de sus obligaciones legales de información. Como consecuencia de lo cual, solicitó que se casara la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida y que, se confirme la de primera instancia.

El motivo resulta admisible, por cuanto identifica las normas jurídicas que considera vulneradas por la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida y justifica debidamente el interés casacional. Por lo que no incurre en causas absolutas de inadmisibilidad, sin perjuicio de lo que proceda resolver sobre su estimación o desestimación.

Con relación a la segunda de las resoluciones citadas que, opera sobre un contrato de permuta de tipo de interés -swap-, los hechos atinentes al caso son los siguientes: el 22 de enero de 2007, Banco Español de Crédito S.A. (actualmente, Banco Santander S.A.) suscribió un contrato de permuta de tipo de interés con D. Ángel y Dña. Camino, con un millón de euros, fecha de inicio el 28 de febrero de 2007 y vencimiento el 28 de febrero de 2012. En la condición general segunda de dicho contrato se establecía la facultad de la entidad financiera de resolver anticipadamente el contrato si no había saldo suficiente en la cuenta bancaria asociada. El 3 de agosto de 2010, el banco hizo uso de dicha facultad y dio por vencida la operación, con un saldo a su favor de 89.871.13 €. El Banco interpuso una demanda contra los Sres. Ángel y Camino en reclamación de dicha cantidad, que fue estimada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 23, de Barcelona de 6 de marzo de 2012. Así se condenó solidariamente a los demandados a satisfacer al actor la cantidad citada en líneas precedentes, además de los intereses moratorios convencionales devengados desde la liquidación de la cuenta a fecha de 3 de agosto de 2010, calculados al tipo contractualmente pactado y sin perjuicio de la posterior liquidación de los intereses moratorios convencionales que se devenguen desde la citada fecha hasta la fecha del completo pago de la deuda. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación

por D. Ángel y D^a Camino y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1^a, de 4 de marzo de 2015 estimó el recurso de apelación entre otros motivos: 1. El banco demandante no dio a los clientes suficiente información sobre el producto financiero contratado; 2. Este incumplimiento del deber de información impide al banco alegar el incumplimiento de los clientes y dar lugar a la resolución anticipada del contrato. En consecuencia de lo cual, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda.

La representación del Banco Santander S.A interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue único y se concretó al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC, en relación con el artículo 408 de la LEC y la jurisprudencia que lo desarrolla respecto a la alegación de la demandada de la nulidad del contrato de permuta financiera suscrito, al admitirse dicha alegación incluida en la contestación a la demanda cuando debía haberse formulado mediante reconvencción. El motivo del recurso de casación fue: interés casacional por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo concerniente a los requisitos necesarios para que pueda apreciarse la resolución contractual a tenor de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil.

II. NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES

La Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID –aplicable por razones temporales a los casos objeto de estudio- dedicaba el Título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El artículo 79 LMV establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de “asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados” (artículo 79.1 d)); o, la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes (artículo 79.1.a)). Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los artículos 10 a 12 de la misma fijaban un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su artículo 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a “informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados (...); a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes”, establecía en su artículo 12 que: “La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. (...)”.

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo –actualmente derogado-, aplicable, igualmente, por razones temporales al supuesto objeto de análisis, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Así incluía como anexo un “Código General de Conducta” en el que se preveía que las entidades de inversión debían solicitar de sus clientes “la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer” (artículo 4.1) y se establecían entre las obligaciones de la entidad para con sus clientes (artículo 5

“Información a los Clientes”), las siguientes: “1. La entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Dispondrán de los sistemas de información necesarios con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información que se facilita a la clientela 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”.

Por otra parte, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su artículo 9: “Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos”.

En este sentido, la sentencia 10/2017, de 13 de enero³ manifiesta que la normativa pre-MiFID “ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía”.

Con posterioridad, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, conocidas como normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive). El artículo 79.1 LMV estableció la obligación de las entidades que prestasen servicios de inversión de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”; y añadía en el apartado 2 “en concreto, no se considera que las empresas de servicios de inversión actúen con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes si en relación con la posición de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún beneficio no monetario que, no se ajusta a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.

Por su parte, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión refunden dos Reales Decreto (el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios) en un único texto normativo, de modo que se contempla en una única norma global el régimen jurídico aplicable a las entidades que presten servicios de inversión –que está actualmente en vigor- establece en su artículo 60 las condiciones que ha de cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa (ha de ser exacta y no ha de destacar los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin que indique también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible; ha de ser suficiente y se ha de presentar de forma que sea comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, y no ha de ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importantes). El artículo 62 del mismo texto exige que la información que prevé la norma se facilite a los clientes minoristas con antelación suficiente al contrato y en un soporte duradero o en una página web que cumpla determinados requisitos. Y, el artículo 64.1 del citado Real Decreto 217/2008 regula con

³ RJ 2017/21.

mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe “proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional”. Y aclara que esta descripción debe “incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas”.

En su apartado 2, concreta que “en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión. b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero. d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento”.

Por otra parte, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (artículo 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (artículo 79 bis LMV).

Así, cuando se presta el servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso, los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan – test de idoneidad- (artículo 79 bis.6 de la LMV y artículo 19.4 de la Directiva 2004/39/CE). Para ello, especifica el artículo 72 del Real Decreto 217/2008 las entidades financieras “deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...). c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).

Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013⁴, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), “la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente” (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE.

El artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más

⁴ TJCE 2013/142.

operaciones relativas a instrumentos financieros”. Y el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que “se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)”, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, “que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público” (apartado 55).

Por el contrario, cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, entendiendo por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, deberá realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el artículo 79 bis. 7 de la LMV (artículo 19.5 de la Directiva 2004/39/CE), Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el artículo 73 del Real Decreto 217/2008 se trata de cerciorarse de que el cliente “tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”.

Esta “información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes” (art. 74 del Real Decreto 217/2008).

Por tanto, los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 establecen que, las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

En este contexto, constituye jurisprudencia constante de la Sala de lo Civil que, tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el artículo 79 bis.3 de la LMV), como en la pre MiFID (el artículo 79 de la LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría

informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias de 20 de enero de 2014⁵; de 27 de octubre de 2015⁶; y, de 18 de marzo de 2018⁷).

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1º) En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por la Sala de lo Civil en las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014⁸ y 769/2014, de 12 de enero⁹, entre otras.

2º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva “MiFID” da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve una oferta del servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

3º) Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición¹⁰. Los deberes de información que incumben a la entidad no desaparecen, porque sea el cliente el que se dirige a la entidad con intención de invertir.

En la actualidad, la Directiva 2014/65/UE de 15 de mayo de 2014 (MiFID II) establece en su artículo 24 las disposiciones generales relativas a garantizar la protección del inversor. Así los Estados miembros exigirán que, cuando presten servicios de inversión, o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, las empresas de servicios de inversión habrá de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad en el mejor interés de sus clientes y observará lo establecido en este artículo y en el artículo 25. Así se proporcionará a los clientes o posibles clientes con suficiente antelación información conveniente con respecto a la empresa de servicios de inversión, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas, los centros de ejecución de órdenes y todos los costes y gastos asociados. Dicha información incluirá lo siguiente: a) Cuando se preste el servicios de asesoramiento en materia de inversión, la empresa de servicios de inversión deberá informar al cliente, con suficiente antelación respecto de la prestación de dichos servicios: a.

⁵ RJ 2014/781.

⁶ RJ 2015/4945.

⁷ RJ 2018/1751.

⁸ RJ 2014/781.

⁹ RJ 2015/608.

¹⁰ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/1514); y, de 17 de junio de 2016 (RJ 2016/4057).

Si el asesoramiento se presta de forma independiente o no; b. Si el asesoramiento se basa en un análisis general o más restringido de los diferentes instrumentos financieros y, en particular, si la gama se limita a instrumentos financieros emitidos o facilitados por entidades que tengan vínculos estrechos con la empresa de servicios de inversión, o bien cualquier otro tipo de relación jurídica o económica, como por ejemplo contractual, que pudiera mermar la independencia del asesoramiento facilitado; c. Si la empresa de servicios de inversión proporcionará al cliente una evaluación periódica de la idoneidad de los instrumentos financieros recomendados para ese cliente; b) La inversión sobre los instrumentos financieros y estrategias de inversión propuestas deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares y si el instrumento financiero está pensado para clientes minoristas o profesionales, teniendo en cuenta el mercado destinatario identificado; c) La información sobre los costes y gastos y asociados deberá incluir información relacionada tanto con los servicios de inversión como los auxiliares, incluidos el coste de asesoramiento cuando proceda, el coste del instrumento financiero, recomendado o comercializado al cliente y la forma en que este deberá pagarlo, así como cualesquiera pagos relacionados con terceros.

La información se facilitará de manera comprensible, de modo que los clientes o clientes potenciales sean capaces de comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, de tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa.

Por su parte, el artículo 25 de la citada Directiva se refiere a la evaluación de la idoneidad y conveniencia e información a los clientes. Así se establece en su apartado 2 que “cuando se presente servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente o posible cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicios, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas y sus objetivos de inversión incluida su tolerancia al riesgo, con el fin que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas” (test de idoneidad). Por su parte, en el apartado 3 referido al test de conveniencia señala que “los Estados miembros se asegurarán que las empresas de servicios de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 2, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de servicios de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es conveniente para el cliente. Cuando lo que se prevea sea un paquete de servicios y productos combinados de conformidad con el artículo 24 apartado 11, la evaluación deberá examinar si el paquete considerado de forma global es conveniente”. Ahora bien, cuando la empresa de servicios de inversión, basándose en la información recibida, considere que el producto o servicio no es conveniente para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

Asimismo, se define en esta Directiva el asesoramiento en materia de inversión como “la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, ya sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros” (artículo 1.4); cliente como “toda persona física o jurídica a quien una empresa de servicios de inversión presta servicios de inversión o servicios auxiliares” (artículo 1.9); cliente profesional: “Todo cliente que se ajuste a los criterios establecidos en el anexo II”; y cliente minorista como “todo cliente que no sea cliente profesional” (artículo 1.11).

Por su parte, la Ley de Mercado de Valores reformada por el Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre regula en los artículos 208 a 210 lo relativo a las obligaciones de diligencia y transparencia, el deber de información sobre los

servicios de inversión y la evaluación de la idoneidad y conveniencia del producto de inversión para el cliente¹¹.

En cuanto, a la obligación de diligencia y transparencia el artículo 208 dispone que, las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes si en relación con la provisión de un servicio de inversión o un servicio auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta ley.

Respecto al deber general de información de las entidades que presten servicios de inversión se indica que, toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa y las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. Se les proporcionará, de manera comprensible a los clientes, incluidos los clientes potenciales información adecuada sobre: a) La entidad y los servicios que presta; b) Los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, y c) Los centros de ejecución de órdenes y los gastos y costes asociados. La información que se les proporciona, permitirá a los clientes, incluidos los clientes potenciales, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información a la que se refiere podrá facilitarse en un formato normalizado (artículo 209)¹². En todo caso, la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional. Asimismo, el cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado.

En cuanto a la evaluación de la idoneidad, esta tendrá lugar cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, y la entidad deberá

¹¹ El artículo 2 de la LMV señala que quedan comprendidos en el ámbito de esta Ley los siguientes instrumentos financieros: 1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Se consideran en todo caso, valores negociables a los efectos de esta Ley: a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren; b) Las cédulas y bonos de internacionalización; c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de una empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; e) Los bonos de titulización; f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva, así como las de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado; g) Los instrumentos del mercado monetario entendiéndose por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables; h) Las participaciones preferentes; i) Las cédulas territoriales; j) Los “warrants” y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materia primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas; k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentaria atribuyan la condición de valor negociable. 2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo (...).”

¹² Se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes (artículo 209.6).

obtener la información necesaria sobre sus clientes y, en su caso, los clientes potenciales, en relación con los siguientes aspectos, con el objeto que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan: a) Sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; b) Su situación financiera; y c) Sus objetivos de inversión. En el caso de clientes profesionales, la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. Cuando la entidad no obtenga la información referida, no le recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o cliente potencial. Asimismo, la entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor (artículo 213).

Cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente (evaluación de la conveniencia). La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada conforme a este artículo. Cuando, con base en la información prestada, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no resulte adecuado para el cliente, se advertirá de ello. Cuando el cliente no proporcione la información solicitada o esta sea insuficiente, la entidad, igualmente, le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido que el producto no le resulta conveniente o que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo (artículo 214).

El objetivo de la realización de tales test de conveniencia y de idoneidad es evaluar la conveniencia de los productos que se ofrecen al cliente en función de sus conocimientos y experiencia (en los servicios de venta no asesorada), o su idoneidad de acuerdo con su perfil inversor (en los servicios de asesoramiento y gestión discrecional de carteras. Además, con la nueva normativa del mercado de valores y la MiFID II los clientes minoristas -particulares que actúan como personas físicas, PYMES o entidades locales entre otros- disfrutan de un mayor nivel de protección y se les facilita una mayor información de carácter general sobre los instrumentos financieros –incluyendo su naturaleza, riesgo y funcionamiento- y sobre las estrategias de inversión propuestas, así como los costes y gastos asociados.

III. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN CONTENIDOS EN LA NORMATIVA DEL MERCADO DE VALORES

En la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión bancaria impone a las empresas que operan en este mercado, como señala la sentencia del Pleno, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 840/2013, de 20 de enero de 2014¹³ un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo con relación a los riesgos efectivos, sino también de los potenciales. Asimismo, en las sentencias del citado Alto Tribunal, de 10 de septiembre de 2014¹⁴ y 25 de febrero de 2016¹⁵ se ha afirmado que, la legislación del mercado de valores se impone que, la empresa de servicios de inversión ha de informar a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo

¹³ RJ 2014/781.

¹⁴ RJ 2014/5304.

¹⁵ RJ 2016/1514.

de las inversiones que, realiza. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar información correcta de los mismos, no solo porque se trata de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores que, considera que, esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente¹⁶.

En los supuestos objeto de análisis se comercializan por un lado, participaciones preferentes, y por otro, se contrata una permuta financiera –swaps-. En ambos casos, la entidad financiera está obligada a suministrar una información clara y comprensible a sus clientes, que les permitiera conocer las características de este producto financiero y sus concretos riesgos. Como se dispone en la sentencia de 8 de septiembre de 2014¹⁷ “las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. (...) vienen a ser un “híbrido financiero”, pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda”: “son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios”. En la sentencia de 25 de febrero de 2016¹⁸ se operó con mayor detalle en la caracterización de este producto, para abordar el mismo problema que se plantea ahora sobre la validez del negocio de comercialización de las participaciones preferentes: “La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor”.

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, no califica la participación preferente como instrumento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que “no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido

¹⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2018 (Id. Cendoj: 28079110012018100392) con cita de la sentencia de este mismo Tribunal de 4 de julio de 2017 afirma que el deber de información de la entidad inversora “comporta una actuación positiva de informar con antelación suficiente de los riesgos del producto que, como regla general, no puede sustituirse por el contenido del contrato, ni por la entrega en el mismo acto de toda la documentación contractual, incluyendo la relativa a la información sobre los riesgos, salvo algún caso en que, en dicha documentación, se contengan de manera clara e inequívoca la información suficiente, lo que no sucedió en el supuesto litigioso”.

¹⁷ RJ 2014/4946. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 9 de mayo de 2018 (JUR 2018/150607).

¹⁸ RJ 2016/1514.

objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-partícipes”¹⁹.

Asimismo, con relación al estándar de información exigible a la empresa que opera en el mercado de valores y, en consecuencia, a su posible responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de información, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2017²⁰ citando la sentencia de 18 de abril de 2013 manifiesta que: “(...) Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (artículo 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Respecto a los swaps, se indica que, son un producto complejo, financiero o de inversión, que más allá de las normas de buena práctica bancaria y las obligaciones que impone la normativa, exige verificar si se ha cumplido con el deber de información al cliente, según impone a la entidad bancaria dicha norma²¹.

Ante todo se ha de tener en cuenta que este tipo de contratos son calificados de complejos y arriesgados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013²², caso Genil 485 S.L (C-604/2011), en los que puede producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 2015²³ afirma que, posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el swap era una figura que, se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre estas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas. Por tanto, el producto es complejo y de riesgo, y de tal calificación se ha de partir para ofrecer respuestas a las cuestiones planteadas.

En este contexto, existe un riguroso deber legal de información al cliente potencial o efectivo por parte de las entidades de servicios de inversión sobre qué riesgos se asume, qué operadores económicos se asocian al riesgos, de qué circunstancias dependen y, asimismo, sobre el posible riesgo de pérdida de la inversión, total o parcial, en caso de insolvencia del emisor, máxime si se ofrece como una inversión en la que se garantiza el 100% del capital invertido²⁴. De forma que, no estamos como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2016²⁵ ante “meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto, sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su solvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues, afectan

¹⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016/4964).

²⁰ RJ 2017/4143.

²¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244).

²² TJCE 2013/142.

²³ RJ 2015/4946.

²⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016/4964).

²⁵ RJ 2016/548.

a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza²⁶. La observancia de tales exigencias informativas ha sido una constante en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil en lo relativo a la comercialización de participaciones preferentes²⁷.

Asimismo, con relación a los swaps –que puede ser, igualmente, aplicado a la oferta y comercialización de otro producto financiero- se viene afirmando en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2016²⁸, con cita de las anteriores sentencias de 16 de diciembre de 2015²⁹, y de 4 de febrero de 2016³⁰ que “no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de swap, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias de 16 de diciembre de 2015³¹, y de 4 de febrero de 2016³²). (...) no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés”.

Se insiste en las anteriores afirmaciones en las sentencias de 13 de enero de 2017³³, y de 27 de febrero de 2017³⁴. Como, asimismo, se indica en la sentencia de 10 de diciembre de 2015³⁵ “el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional”. Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias de 10 de diciembre de 2015³⁶, y de 29 de marzo de 2016³⁷).

Consecuencia de todo ello es que ese deber de información no se cumple con la mera puesta a disposición del cliente minorista de la documentación contractual, sino que exige “una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos”. Es decir, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo descarta la suficiencia informativa del contenido contractual y que la mera lectura del documento resulte bastante, pues, se precisa de una actividad suplementaria por parte de la entidad inversora, que debe ser realizada con antelación suficiente a la firma del contrato en la que se explique con claridad los riesgos en que podría incurrir el cliente, las

²⁶ Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013) a lo que añade que “no se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económica-social de los negocios jurídicos que se encuadra en el ámbito de regulación del mercado de valores”; de 6 de octubre de 2016 (RJ 2016/4773); y, de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6317).

²⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013/3387); de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4946); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/1514); de 6 de octubre de 2016 (dos) (RJ 2016/4587 y (RJ 2016/4773); de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016/4964); de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6302); de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6317); y de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017/364).

²⁸ RJ 2016/1211. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21) no se cumple el deber de información con la simple lectura e intervención notarial; y, de 23 de abril de 2018 (JUR 2018/123825).

²⁹ RJ 2015/5570.

³⁰ RJ 2016/223.

³¹ RJ 2015/5570.

³² RJ 2016/223.

³³ RJ 2017/21.

³⁴ RJ 2017/824.

³⁵ RJ 2015/5777.

³⁶ RJ 2015/5777.

³⁷ RJ 2016/1211.

características del producto que se oferta, y las liquidaciones y cancelación anticipada –en caso de productos como los swaps³⁸.

Efectivamente, la entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. A la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio³⁹.

Ahora bien, el déficit de información, en estrecha relación con la calificación de minorista de la actora, puede hacer presumir el error en quien contrató (sentencia del Pleno, de 20 de enero de 2014⁴⁰). No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia de error vicio, sino que permite presumirlo⁴¹.

Asimismo, se ha destacado que, la obligación de informar de la entidad inversora es activa y no de mera disponibilidad, por lo que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios⁴², además, la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error; y, en fin, que dicha obligación ha de ser cumplida con antelación suficiente a la firma del contrato y no puede suponer una mera información sobre lo obvio⁴³.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017⁴⁴ declara sobre este punto: “No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015

³⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018 (JUR 2018/179820).

³⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3993) reiterada posteriormente por otras muchas que dispone al respecto que: “(...) La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158179) señala que, no basta con indicar vagamente en qué consistía el producto, que podían producirse resultados positivos o negativos para la cliente según la fluctuación de ese tipo referencial o, en fin, que podía cancelarse anticipadamente a precios de mercado, sino que era precisa una información más concreta, en la que se advirtiera claramente de los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, con escenarios que no fueran meramente lo que la sentencia de primera instancia definió como “esquema de escenarios críptico”, y también una información sobre el concreto coste de cancelación a fin de asegurarse de que la cliente había podido comprender la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos (por ejemplo, sentencia 282/2017, de 10 de mayo, luego mencionada por las sentencias 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero). En particular, la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo, 204/2017, de 30 de marzo, 211/2017, de 31 de marzo, 223/2017, de 5 de abril, y 244/2017, de 20 de abril).

Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21); de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244); y, de 24 de abril de 2018 (JUR 2018/1250806).

⁴⁰ RJ 2014/781.

⁴¹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de octubre (RJ 2015/5158).

⁴² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608), de 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5466); de 12 de enero de 2017 (RJ 2017/13); de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/827); de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017/1635); de 6 de julio de 2017; de 22 de enero de 2018; de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751); y, de 30 de mayo de 2018 (JUR 2018/158532), entre otras.

⁴³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2017 (RJ 2017/3953); y, de 13 de marzo de 2018 (RJ 2018/1242).

⁴⁴ RJ 2017/21.

(RJ 2015/608), y 676/2015, de 30 de noviembre (RJ 2015/5466), es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios”.

Y, además, para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos. Según establece la mencionada sentencia de 3 de enero de 2017: “La intensidad de los deberes de información por parte de la empresa que actúa en el mercado de valores es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor”. Asimismo, señala que “no cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. (...) Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009”.

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos⁴⁵. En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos “tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto”⁴⁶.

Asimismo, es doctrina jurisprudencial constante⁴⁷ “que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del swap (...); que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal, y no sus clientes quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información

⁴⁵ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2015 (RJ 2015/5600); de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5066); de 20 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5629); de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016/4589); y, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

⁴⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016/4764).

⁴⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 30 de noviembre de 2015; de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/1); de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21); y, de 10 de mayo de 2017 (RJ 2017/2400).

correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios⁴⁸; y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de swap supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia de 12 de enero de 2017⁴⁹)”.

En esta línea, se destaca, igualmente que, el simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión. De ahí que, inferir de ese dato, que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo, contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Civil⁵⁰.

Y, la sentencia de 30 de septiembre de 2016⁵¹ afirma, asimismo que, el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la de simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. También, el hecho de tener un patrimonio considerable o que el cliente hubiera realizado algunas inversiones previas, no le convierte tampoco en experto⁵².

⁴⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608); de 12 de enero de 2017 (RJ 2017/13); de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017/1635); de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161); de 13 de marzo de 2018 (RJ 2018/1242; Id. Cendoj: 28079110012018100138); y, de 23 de abril de 2018 (JUR 2018/123825).

⁴⁹ RJ 2017/13.

⁵⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

⁵¹ RJ 2016/4589. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013/3387) que precisa que “el hecho que el codemandado fuera empresario tampoco puede justificar que el banco hubiera cumplido las obligaciones que la normativa legal del mercado de valores le impone. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de los derribos, que es a lo que se dedican las empresas que el codemandante es administrador. Que en el periodo inmediatamente anterior, a raíz de resultar agraciados con un premio de un sorteo de la ONCE hubieran realizado algunas inversiones tampoco es suficiente para considerar a los demandantes como clientes expertos y eximir a la empresa que presta servicios de inversión del cumplimiento del elevado estándar de información que le es exigible. Tampoco el hecho que los codemandantes estuvieran acompañados de D. Simón, asesor laboral y contable de las empresas de las que el codemandante era administrador, supone que la información que se les facilitó fuera suficiente. La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto, no eximen a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) de 22 de marzo de 2011, en el asunto con referencia XI ZR 33/10. Lo acontecido supone tan solo que los demandantes se hicieron acompañar con alguien de más formación que ellos en su relación con las entidades bancarias y en el mundo de la contratación, pero es no es bastante para eximir al profesional del mercado de valores de facilitar la información completa, clara y precisa que el exige la normativa aplicable”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2018 (JUR 2018/179966) manifiesta al respecto que “(...) A la vista de los hechos probados, el que el demandante hubiera cancelado otro producto semejante al litigioso y luego celebrara otros de la misma naturaleza, ante la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información por parte de la demandada, no es revelador el conocimiento de las características del producto por parte del representante legal, si se atiende a los hechos declarados probados por la sentencia de primera instancia y que la sentencia recurrida no ha alterado. De una parte, porque el contrato de 2007 fue cancelado y novado por el de 2008 por iniciativa de la demandada; de otra, porque los riesgos asumidos por la contratación no pudieron ser comprendidos por la demandante hasta que no se recibieron las liquidaciones negativas a su cargo y a favor de la entidad demandada. Tampoco la declaración del cliente sobre su experiencia inversora, en un documento posterior a la celebración del contrato litigioso, ni la declaración como inversor moderado, libera a la entidad del cumplimiento de los deberes de información que le impone la ley respecto de los clientes minoristas”.

⁵² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6302). Asimismo, vid., la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016/4964) se señala que, la presunción de error vicio que, admite una justificación en contrario, no ha quedado desvirtuada por las referencias a que la hija de uno de los demandantes hubiera intervenido en la contratación y tuviera conocimientos financieros suficientes para entender la complejidad de los productos. No queda constancia de los concretos conocimientos de la Sra. Pascual no que tuviera la condición de inversora profesional, ni en qué consistía su experiencia previa, ni que la misma le hubiera reportado un conocimiento de todos los riesgos que asumían los demandantes en la contratación de los productos.

Por idénticos motivos de cualificación y conocimiento experto que se exige para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aun interviniendo un asesor fiscal⁵³.

A tal efecto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2016⁵⁴ pone de manifiesto que, no cabe imputar falta de diligencia a la administradora, pues, como se ha señalado en las sentencias de 12 de enero de 2015⁵⁵; y de 30 de noviembre de 2015⁵⁶ es la empresa de servicios de inversión, como hemos señalado, quien tiene la obligación activa y no de mera disponibilidad, de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios⁵⁷.

La consecuencia de todo ello es que, la información clara, concreta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional -minorista- cuando promueve u oferta el servicio o producto, en términos comprensibles y con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente⁵⁸. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuál son esos riesgos, incluso la posible pérdida de la inversión y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trata de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores que, considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que, la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente⁵⁹.

Por otra parte, respecto a la carga de la prueba que, se ha cumplido con los deberes de información que, impone la normativa del mercado de valores, no incumbe al cliente, sino que la acreditación de tal cumplimiento pesa sobre la entidad financiera⁶⁰.

⁵³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201); y, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

⁵⁴ RJ 2016/513.

⁵⁵ RJ 2015/608.

⁵⁶ RJ 2015/5466.

⁵⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013/3387) que con cita de la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 20 de enero de 2003 que hacía referencia a "(...) la complejidad de los mercados de valores que, prácticamente obliga a los inversores a buscar personas especializadas en los referidos mercados que les asesoren y gestionen lo mejor posible sus ahorros; de ahí, el nacimiento y el reconocimiento legal, de empresas inversoras, cuya actividad básica, consiste en prestar, con carácter profesional y exclusivo, servicios de inversión a terceros", precisa que "la confianza que caracteriza este tipo de relaciones negociales justifica que el cliente confíe, valga la redundancia, en que el profesional al que ha hecho el encargo de asesorarle y gestionar su cartera le ha facilitado la información completa, clara y precisa. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar el profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible"; de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608); de 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5466); y, de 11 de abril de 2018 (RJ 2018/105370).

⁵⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2018 (RJ 2016/1514).

⁵⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6302).

⁶⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1752).

IV. LOS TEST DE CONVENIENCIA Y TEST DE IDONEIDAD

El cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID I y II impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

La actual LMV, como expusimos en otro apartado y reiteramos, cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad deberá obtener la información necesaria sobre sus clientes y, en su caso, los clientes potenciales con el objeto que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan (evaluación de la idoneidad –artículo 213-); por el contrario, cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente (evaluación de la conveniencia – artículo 214-).

Ahora bien, de forma un tanto sorprendente, el Tribunal Supremo en una sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2018⁶¹, después de señalar que, la práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto no eximen al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información; prueba de cuyo cumplimiento en los términos exigidos por la ley, y la jurisprudencia que la complementa incumbe al banco, añade, y ahí lo curioso que, la cláusula predispuesta por el banco firmada por el cliente según la cual se ha informado de la operación no es conveniente y, aun así el cliente decide contratar por su propia iniciativa, no excluye el error. Tal planteamiento ha determinado un acertado voto particular por Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller en el sentido de considerar que, en este caso no procede alegar error⁶².

⁶¹ RJ 2018/1731; Id Cendoj: 2807911991208100013. VELA TORRES P.J., “Nulidad de unos contratos de swap por vicios del consentimiento, a pesar de la firma de documento predispuesto”, *La Ley, número 9232, sección comentarios de jurisprudencia, 5 de julio de 2018*, pp. 1-4 realiza un comentario de la sentencia y como comentario final señala que “en esta sentencia se analizar en concreto la incidencia que tiene el uso de documentos estereotipados, puestos a la firma de los clientes prácticamente al mismo tiempo que, la documentación contractual, en los que la entidad de servicios de inversión simula el cumplimiento de sus deberes mediante el ofrecimiento de una información ficticia, o cuando menos, tardía e irrelevante para la formación de un juicio fundamentado sobre los riesgos de la operación ofertada” (p. 4)..

⁶² Los argumentos sobre los que se sustenta tal voto particular son los siguientes: Las sociedades celebraron determinados contratos de permuta financiera, por medio de sus representantes, con Banco Santander S.A., con un documento de “cláusulas adicionales” en el que se decía que “cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo”, así como que “el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al instrumento financiero sobre el que recae y que, una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla”. Finalmente, el párrafo último del documento rezaba así: “El Cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o

V. INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En relación con las consecuencias de la inobservancia de las exigencias de información previstas en la normativa MiFID, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142) -asunto C-604/11, Genil 48, S.L. y Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L., contra Bankinter, S.A. y BBVA, S.A., estableció que habrá que estar a lo previsto al efecto en los ordenamientos internos de los Estados miembros, al decir lo siguiente: “56. Mediante sus cuestiones segunda y tercera, que procede examinar conjuntamente, el tribunal remitente pregunta, en esencia, cuáles son las consecuencias contractuales que debe conllevar la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio en materia de inversión, de las exigencias de evaluación previstas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39. 57. A este respecto, procede señalar que, si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transponen el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias. Pues bien, a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro

instrumento financiero de la misma, lo cual el Cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa”.

Firmada por el cliente dicha declaración, entiende este Magistrado que la nulidad de los contratos únicamente podría venir dada por el hecho de que la falta de una información previa al cliente -con estricto cumplimiento de las normas aplicables- determinara por sí dicho efecto de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. También porque las demandantes hubieran sostenido su acción de anulación por error vicio en el hecho de no haber conocido en el momento de la firma la existencia de dicha cláusula y su alcance o, en su caso, por el hecho de haber suscrito el contrato mediando otros vicios del consentimiento distintos del error, como podría haber sido -en hipótesis- la intimidación derivada del hecho de anudar la firma de este contrato a la obtención de crédito o de cualquier clase de financiación que les resultara imprescindible para su negocio; circunstancias que no se dan en el caso.

Al no haber ocurrido así, considera que no cabe la declaración de nulidad por error vicio y que la información dada por la entidad bancaria -inserta en el propio contrato, pero sin posibilidad de dar lugar a equívocos dada su claridad- aunque no se ajustara formalmente a la normativa aplicable, existe y es, además, clara y contundente al advertir al cliente de que el producto no es adecuado ni conveniente para su perfil. De ello se desprende que podría concurrir otro vicio del consentimiento, pero desde luego no el error -mucho menos un error excusable- porque se contrata algo que, según se sostiene ahora, no se sabía en realidad lo que era y respecto de lo que la otra parte está advirtiendo a las demandantes que no le resultaba conveniente.

El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo de la voluntad interna y que actúa como presupuesto para la realización del negocio de modo que, si no hubiera existido, tal negocio no se habría realizado o se habría concluido de distinto modo. La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el error tenga eficacia invalidante del negocio, de modo que el mismo debe incidir en un elemento que sea básico o esencial. El error que da lugar a la nulidad es el error excusable y, aunque hubiera existido en el caso presente en las demandantes -incluso teniendo en cuenta las especialidades de la contratación bancaria puestas de manifiesto por esta sala en reiterada jurisprudencia- entiende que, en este supuesto no cabría apreciar el requisito de la excusabilidad.

Por lo que, de nuevo reitera este Magistrado no merece la protección jurídica pretendida quien contrata en las condiciones en que lo hicieron las demandantes, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellas.

Es cierto que en la materia en que nos hallamos -contratación de productos bancarios- la exigencia de información está reforzada legalmente, imponiéndose a la entidad bancaria estrictos deberes de información, pero el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales deberes no determina automáticamente la existencia de error en el otro contratante pues su efecto consiste en generar una presunción iuris tantum -no iure et de iure- de existencia de error invalidante y excusable, siempre sujeta a la posibilidad de una prueba en contrario que acredite que tal error no existió. En el caso presente considero que ha quedado suficientemente acreditado que las entidades demandantes no actuaron por error, sino por otras circunstancias -que no se han puesto de manifiesto en este proceso- que les llevaron a celebrar voluntariamente un contrato en condiciones difícilmente explicables, pero que no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables.

Por todo lo anterior, considero que el recurso de casación debió ser desestimado, pues, la estimación del motivo carecería de efecto útil en tanto que queda acreditado que incluso en el caso de incumplimiento por la entidad de sus obligaciones, no ha existido en el caso un error que pueda dar lugar a la anulación del contrato.

regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de julio de 2012 (TJCE 2012, 218), Littlewoods Retail y otros, C-591/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada). 58. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones segunda y tercera que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad”.

Dada la remisión que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a nuestro ordenamiento jurídico, el incumplimiento de los deberes de información pueda dar lugar a la apreciación de error en el consentimiento y, por ende, a la anulación del contrato; o constituir título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes en nuestro caso; o, en fin, puede formularse mediante una acción de resolución contractual por incumplimiento. A estas posibles sanciones contractuales nos vamos a referir a continuación.

De todas formas, puntualiza GARCÍA VICENTE que “los deberes de información han alterado el modo de concebir las categorías jurídicas tradicionales tal vez porque el legislador decimonónico no plasmó con la misma eficacia el principio de transparencia (que es el principio esencial en esta materia) como el principio de libertad en la formación de la voluntad contractual”. A lo que añade que, además “la imposición a las partes contratantes de ciertos deberes de información ha sido la técnica que con mayor intensidad ha trastocado el sistema codificado de vicios de la voluntad hasta el punto que en presencia de aquéllos, se objetivan, por ejemplo, las nociones de imputabilidad en el error o la reticencia dolosa”⁶³.

La complejidad del tráfico económico de productos de inversión exige la imposición de deberes de información y la observancia de los mismos por la entidad inversora frente a una asimetría informativa que, perjudica al cliente minorista.

5.1. El error como vicio del consentimiento. La anulación del contrato

LACRUZ BERDEJO señala que existe error “cuando la ignorancia o la defectuosa representación de una situación de hecho (error de hecho) o de derecho (error de derecho) que haya de ser considerado para la conclusión del acuerdo, induzca al sujeto a estipular el contrato”⁶⁴. VALPUESTA FERNÁNDEZ entiende por error “la falsa representación de la realidad que sirve de presupuesto para la realización de un contrato”⁶⁵; y, para GARCÍA VICENTE consiste “en una falsa representación de la realidad (bien como creencia equivocada o como ignorancia) que funda la decisión de contratar”⁶⁶.

En consecuencia, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta -sentencias de 18 de febrero de 1985; de 29 de marzo de 1994⁶⁷; de 28 de septiembre de 1996⁶⁸; de 21 de mayo de 1997⁶⁹; y, de 12 de noviembre de 2010, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

⁶³ GARCÍA VICENTE J.R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VII, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 9107-9108.

⁶⁴ LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones*, vol. I, 5ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2011, p. 358.

⁶⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 625.

⁶⁶ GARCÍA VICENTE J.R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 9102. Por su parte, DE PABLO CONTRERAS P., “Requisitos del contrato”, *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. I Teoría general de la obligación y contrato*, reimpresión de la 4ª edición, Edisofer, Madrid, 2016, p. 339 señala que “el error es la falsa representación o equivocado conocimiento de la realidad de las cosas que conduce a quien yerra a emitir una declaración que, en otro caso no hubiera hecho”.

⁶⁷ RJ 1994/2304.

⁶⁸ RJ 1996/6820.

⁶⁹ RJ 1997/4235.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -“pacta sunt servanda”- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “lex privata” (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos -sentencia de 15 de febrero de 1977-.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -sentencias de 4 de enero de 1982⁷⁰; de 29 de marzo de 1994⁷¹, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato -artículo 1261 párrafo segundo del Código Civil-. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que, el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Como se ha indicado las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos -sentencias de 8 de enero de 1962; 29 de diciembre de 1978; y 21 de mayo de 1997, entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Asimismo, como se expuso en líneas precedentes, el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia⁷².

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266 -pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe-, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia

⁷⁰ RJ 1982/179.

⁷¹ RJ 1994/2304.

⁷² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 noviembre 2012 (RJ 2012/11052).

que genera toda declaración negocial seriamente emitida⁷³. Asimismo, ha de ser no imputable al interesado en el sentido de causado por él —o personas de su círculo jurídico—⁷⁴.

Por lo que sobre tales bases, se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa⁷⁵.

En definitiva, el carácter excusable supone que, en los términos apuntados que, el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que, la merece por la confianza infundida por esa declaración⁷⁶.

Desde la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014⁷⁷ sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de swap, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español⁷⁸, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

Ahora bien, conviene señalar que, la intervención notarial en alguno de estos contratos no puede considerarse suficiente para considerar que los clientes fueran informados adecuadamente de la naturaleza, características y riesgos de los contratos de swap, ni que fueran conscientes del alcance y gravedad de las pérdidas que podía sufrir como consecuencia de tales contratos. Menos aún puede considerarse indicativa que los clientes fueran informados con la suficiente antelación, como exigía y exige la normativa sobre el mercado de valores, puesto que la intervención notarial se produce en el momento preciso de la suscripción del contrato. Además, no debe olvidarse que las obligaciones de

⁷³ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/179); de 17 de julio de 2000 (RJ 2000/6803); de 13 de mayo de 2009 (RJ 2009/4742); de 29 de octubre de 2013 (RJ 2013/8053); de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5304); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746); de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751); y, de 30 de mayo de 2018 (JUR 2018/158532). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1ª, de 28 de febrero de 2013 (AC 2013/931).

⁷⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6460).

⁷⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096).

⁷⁶ En este sentido, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096). Asimismo, LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 363-365 fija como requisitos del error que: 1. Sea esencial; 2. Excusable; y 3. Para que dé lugar a la impugnación del contrato ha de ser reconocible, esto es, ha de poder ser reconocido por la otra parte contratante, usando una diligencia normal. Igualmente, DE PABLO CONTRERAS P., “Requisitos del contrato”, *op. cit.*, p. 339 señala como requisitos del error que sea esencial y excusable, lo que implica que sea imputable a quien lo produce; y, VALPUESTA FERNÁNDEZ R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 628-630.

⁷⁷ RJ 2014/781.

⁷⁸ Entre otras, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/1); y, de 6 de julio de 2017 (RJ 2017/3686).

información, en el elevado y exigente grado que exige la normativa del mercado de valores, se imponen a las empresas que intervienen en el mercado de valores, y no a terceros intervinientes como pueden ser los fedatarios públicos⁷⁹.

Por lo que quien sufre el error puede solicitar la correspondiente nulidad del contrato. El artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, al sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2008), reconoce tal precepto el derecho de la parte de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

Se trata por ello de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada. El concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero 2009), y así el artículo 1298 del Código Civil tiene la siguiente redacción: “1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2º. Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3º. Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3. Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error...”⁸⁰.

Ciertamente, cuando el deber de información que, impone la normativa del mercado de valores se incumple, quien sufre el error merece la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como ha declarado la tantas veces citada sentencia de pleno, de 20 de enero de 2014, “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”.

Ahora bien, “cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión

⁷⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5629).

⁸⁰ Por su parte, el artículo 527-3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en su apartado 1 que, “se puede anular el contrato la parte que, en el momento de celebración, padece un error de hecho o de derecho en la voluntad declarada o en la declaración de voluntad, si el error es esencial, relevante y excusable”.

inversora reflexiva y fundada; en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”⁸¹.

En este contexto, la ausencia de información adecuada y suficiente sobre la naturaleza y los riesgos del producto complejo contratado y sobre la posible pérdida de la inversión, en esencia la falta de cumplimiento de los deberes de información que impone la normativa del mercado de valores a la entidad inversora, respecto del cliente que adquiere un producto de inversión, puede determinar la existencia de error vicio del consentimiento, lo que tiene como consecuencia la nulidad del contrato⁸². Por el contrario, hay inexistencia de error vicio del consentimiento y de responsabilidad por falta de información por la entidad inversora, si se acredita la existencia de información y que el cliente recibió toda clase de explicaciones sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del producto complejo, se les entregaron los correspondientes folletos informativos y se han previsto todos los escenarios posibles, de los que, además se da oportuna información y, además tiene un perfil de inversor avanzado⁸³.

⁸¹ En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201) señala que, esta Sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de “swaps” de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión y ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Asimismo, manifiesta que, la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

⁸² Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2014 (RJ 2014/3541); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013) la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, determina en el cliente que lo contrato a una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato; de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201); y, de 6 de octubre de 2016 (RJ 2016/4587) señala, además que, en todo caso la aportación de un único test de conveniencia, respecto de una de las operaciones, cumplimentado por los propios empleados de la entidad, no salva la omisión de investigación real del perfil inversor de la demandante y la adecuación al mismo de los productos ofertado.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158180) respecto a la propagación de la ineficacia de un contrato swaps al contrato de préstamo suscrito por las partes para hacer frente a las liquidaciones negativas y a la cancelación anticipada manifiesta en su *Fundamento de Derecho segundo* que “la regla de la propagación de la ineficacia del contrato nulo hacia otros actos o contratos ya fue admitida por esta Sala en su sentencia de 10 de noviembre de 1964. Conforme a dicha regla, en virtud del nexo de conexión que presente la celebración de diferentes contratos cabe también que la ineficacia del contrato principal o inicial alcance a otros contratos que con aquel se encuentran en una relación de conexión o dependencia. Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos o coaligados. Además en estos casos, en ocasiones pueden existir otros, como el presente, en que la justificación de esta conexión o vinculación radique en el contrato subsiguiente o accesorio, en nuestro caso, el contrato de préstamo se haya suscrito precisamente como medio para paliar los efectos negativos ya producidos por el contrato principal (liquidaciones negativas y coste de cancelación del swap). Por lo que, en este caso, declarada la nulidad del contrato principal se produce la propagación de la ineficacia del resultante al contrato de préstamo suscrito por las partes. En esta línea, hay que destacar que esta Sala en un caso similar al aquí enjuiciado, sentencia del Tribunal Supremo 11/2017, de 13 de enero ha declarado la nulidad del contrato de préstamo suscrito por las partes para que el prestatario pudiera pagar las liquidaciones negativas de varios contrato de swaps y el coste de cancelaciones anticipadas en los siguientes términos: “(...) Este contrato posterior presupone la validez de los contratos de swaps y la asunción de sus resultados económicos. Sin los contratos de swap y las pérdidas que originaron, quedará privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por el posterior contrato de préstamo que sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de swap en virtud de nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto económico que los contratos de swap supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior la nulidad del primero debe trascender a él, puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos”.

⁸³ Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2104/4946); de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1088); de 15 de junio de 2018 (JUR 2018/172337; Id. Cendoj: 28079110012018100348); de 26 de junio de 2018 (JUR 2018/185083; Id. Cendoj: 28079110012018100391) se acredita que D. Adriano había sido informado, en el marco del contrato de gestión de carteras, de las

Por su parte, respecto al cumplimiento de los test de conveniencia y adecuación, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 20 de enero de 2014⁸⁴ en relación con un servicio de asesoramiento financiero señala al respecto que, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conoce bien en qué consiste el swap que contrata y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debe haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

De ahí que, considere que en caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. Por lo que, la omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo⁸⁵.

En todo caso, la práctica del test de conveniencia no exime del cumplimiento de los deberes de información precontractual sobre los concretos riesgos del producto⁸⁶.

En la sentencia de 13 de septiembre de 2017 objeto de análisis, aunque no incide directamente en la anulación del contrato por error por devenir firme el pronunciamiento relativo a la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento y ser únicamente objeto de casación la acción de resolución contractual por incumplimiento; no obstante, *obiter dicta* manifiesta que, el incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto de inversión propició que, el demandante no conociera los riesgos inherentes al producto, y ello determinase la apreciación de un posible error en el consentimiento por déficit informativo que, en su caso podría dar lugar a la nulidad contractual y no a la resolución. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19ª, de 19 de noviembre de 2014 objeto del recurso de casación en este caso, recordemos, estimo el recurso de apelación de Kutxabank y

características de los dos bonos que contrató en nombre propio y de su hermana, así como del riesgo de pérdida total o parcial de la inversión; y, de 4 de julio de 2018 (Id. Cendoj: 28079110012018100416) se indica que, el Sr. José Ignacio antes de la contratación del producto financiero, fue informado de sus características y de sus riesgos, por lo que el banco cumplió con las exigencias de información. En consecuencia, no sólo no consta acreditado el error denunciado, sino que a la vista de la prueba reseñada, se llega a la convicción de que el Sr. José Ignacio cuando contrató los bonos express buscaba un producto de alta rentabilidad, fue informado de cómo funcionaba y de sus riesgos, de forma que, conocía o estaba en condiciones de haber conocido lo que adquiría y sus riesgos. Asimismo, se establece en esta resolución que, constituye una jurisprudencia de esta Sala que, en casos como el presente, la entidad bancaria que comercializa un producto de inversión emitido por tercera persona goza de legitimación pasiva para la acción de nulidad por error vicio instada por los adquirentes del producto.

⁸⁴ RJ 2014/781.

⁸⁵ En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465) que, asimismo, añade que “la normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos de información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia el riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tiene carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellas con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia) que se integran en la causa principal de su celebración, pues, afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. En este caso, no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos de los productos (bonos de Lehman Brothers y valores del banco islandés Kaupthing), sobre todo en caso de insolvencia de las entidades emisoras.

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 20 de julio de 2017 (RJ 2017/4143) señala que “lo relevante es que, los efectos de este plus de diligencia y buena fe contractual a observar por la empresa que presta servicios de inversión en el mercado de valores, es que la entidad bancaria, en su asesoramiento, no advirtió a la cliente, de forma clara y precisa, que el producto financiero cuya contratación recomendaba, era contrario al perfil de riesgo elegido por la cliente para realizar su inversión. Sin que, además como reconoce la sentencia recurrida, la entidad bancaria facilitase a la cliente el folleto de emisión de estos bonos estructurados donde, aparte de su caracterización, se advierte de los riesgos”. Igualmente, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018/125894); y de 9 de mayo de 2018 (JUR 2018/138954).

⁸⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158179).

resolvió el contrato al considerar que, la demandante D^a. Ana tenía experiencia inversora, acudió a la entidad acompañada por una antigua empleada de la agencia de valores con la que había mantenido relaciones durante años y solicitó expresamente la adquisición de los títulos de Landsbanki, por lo que se entiende que, asumió conscientemente un riesgo asociado a la alta rentabilidad que, en esas fechas, ofrecían los mencionados títulos. Con estos argumentos la Audiencia Provincial opera sobre el carácter esencial y excusable del error, lo que no tiene razón de ser, pues, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Barcelona de 11 de junio de 2013 había estimado caducada la acción de nulidad por error de conformidad con el artículo 1301.IV del Código Civil; si bien, extrañamente lo hace para justificar la resolución del contrato; lo que no tiene mucho sentido, pues, no debería ser este, precisamente, el argumento a emplear para justificar el efecto resolutorio pretendido.

En este contexto, no cabe duda que, el incumplimiento del deber de información puede determinar la anulabilidad del contrato por error como vicio del consentimiento. Y esa anulación del contrato tiene las consecuencias restitutorias tal como establece el artículo 1303 del Código Civil, según el cual los contratantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Se trata, en definitiva, de volver a la situación jurídica existente al tiempo de la celebración del contrato; al momento en que el vicio en el consentimiento se produjo⁸⁷.

Así, también lo ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015⁸⁸ que condena a la entidad bancaria a restituir a sus clientes el principal invertido “con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta)...”. Y es que el efecto legal referido a la restitución recíproca de las prestaciones (artículo 1303 del Código Civil), tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante⁸⁹. En relación a la anulación de adquisiciones de participaciones preferentes por error vicio en el consentimiento, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2016 precisa que “los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono”⁹⁰. Ello es así, como manifiesta la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 20 de diciembre de 2016⁹¹, porque “los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de 11 de febrero de 2003; de 12 de mayo de 2005; de 8 de enero de 2007 entre otras muchas). Esta es la solución adoptada por los artículos 1295.1 y 1303 del Código Civil al regular los efectos de la

⁸⁷ En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5848) se dispone al respecto que, BBVA deberá restituir la inversión entregada por el demandante para la contratación de las “aportaciones financieras subordinadas”, más el interés devengado desde que fue entregada; y el demandante deberá entregar a BBVA los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada ingreso; y, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 1 de marzo de 2018 (RJ 2018/1039) se debe proceder a la restitución de las prestaciones realizadas con sus respectivos intereses y minoración del capital a recibir por los adquirentes de obligaciones subordinadas con detracción de las cantidades recuperadas por el canje de acciones.

⁸⁸ RJ 2015/608.

⁸⁹ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1997/2182).

⁹⁰ RJ 2016/6100. Doctrina que, en relación con estos mismos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, ya se había sostenido con anterioridad en sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/1514); y en relación con otros productos financieros complejos, como permutas financieras de interés, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 30 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5892).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 2018 (Id. Cendoj: 2879110012018100413) que en caso de nulidad del contrato por error vicio se establece la devolución de las contraprestaciones pero con la obligación de pagar los intereses. Así Catalunya Banc S.A., habrá de abonar a los demandantes las cantidades no recuperadas tras la venta de acciones obtenidas en el canje con sus intereses legales desde la fecha de las inversiones realizadas y los demandantes deberán reintegrar los rendimientos percibidos más sus intereses legales desde la fecha de cobro.

⁹¹ RJ 2016/6317.

rescisión o de la declaración de nulidad del contrato, mediante la regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también a otros supuestos de ineficacia que produzca consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias de 20 de julio de 2001; de 27 de octubre de 2005; de 8 de enero de 2007; y de 23 de noviembre de 2011) como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales. Es más, para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas por el otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma”. Opera también, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala de 15 de marzo de 2015⁹² al considerar que “es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes que son aplicables de oficio con efecto *ex lege*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez”. No obstante, la posibilidad de apreciación de oficio del efecto restitutorio tras una acción de nulidad que, las resoluciones antes citadas consideran la vía lógica de actuación, cabe plantearse, si no obstante, sería más prudente acumular a la acción de nulidad del contrato una acción de condena de restitución de cantidades indebidamente cobradas, pues, en el caso que el tribunal no la acuerde de oficio, no podría reclamar en un posterior juicio por aplicación del apartado 2 del artículo 400 de la LEC.

Por otra parte, debemos señalar que, en la doctrina jurisprudencial más reciente se considera que, el error contractual no se convalida ni por la cancelación del swap con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2017⁹³ manifiesta: “Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado”.

Con anterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 19 julio de 2016⁹⁴ declaró que: “(...) Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero⁹⁵. Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria⁹⁶.”

Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la

⁹² RJ 2015/1121.

⁹³ RJ 2017/1585. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015/5030); de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016/213); de 19 de julio de 2016 (RJ 2016/3221); de 23 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5658); de 14 de junio de 2017 (RJ 2017/866); y, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244).

⁹⁴ RJ 2016/3221. Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6317); y, de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746).

⁹⁵ RJ 2016/213.

⁹⁶ En este línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017/593); de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746); y, de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1752). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018/120870).

hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos”.

En esta línea, también se señaló en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2016⁹⁷ que, dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar, precisamente, a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 1310, 1311 y 1313 del Código Civil. Además, la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecute el acto anulable con conocimiento del vicio que le afectan y habiendo cesado éste, según establece de forma inequívoca el artículo 1311 del Código Civil⁹⁸.

En este contexto, en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento y su caducidad, la sentencia del Tribunal Supremo, de Pleno de la Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015⁹⁹ se ha pronunciado sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio previsto en el artículo 1301 del Código Civil. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio¹⁰⁰, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil “la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...)”. En la citada sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 se hacía una interpretación del artículo 1301 del Código Civil de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: “Al interpretar hoy el artículo 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal como establece el artículo 3 Código Civil. La redacción original de tal artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1889, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los “contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente”, quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que, el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del

⁹⁷ RJ 2016/5658. Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751); y, de 3 de julio de 2018 (Id. Cendoj: 28079110012018100410) el canje obligatorio y la posterior venta de acciones tras el canje obligatorio impuesto por el FROB no suponen la confirmación o convalidación tácita del contrato viciado por error en el consentimiento, puesto que, el canje y la posterior venta no se realizaron de manera voluntaria, sino como única posibilidad de recuperar parte de lo invertido y con la condición de no renunciar a las acciones legales pertinentes. Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes no integra un acto voluntario en sentido estricto, puesto que, en realidad no existió otra alternativa razonable para los adquirentes, atendiendo las vicisitudes por las que atravesaba la entidad intervenida. Además no puede tenerse como acto propio en sentido confirmatorio inequívoco la venta posterior de las acciones al FGD. Y, por supuesto, el canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de los recurrentes. De ahí que, se concluya que, la transmisión de títulos de participaciones preferentes y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc S.A., impuesta por una disposición administrativa, seguida de la aceptación de la oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impide considerar que nos encontremos ante un supuesto de conformación tácita en los términos del artículo 1311 del Código Civil.

⁹⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161).

⁹⁹ RJ 2015/608.

¹⁰⁰ RJ 2015/4487. Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015/4487); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 19 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5896); de 9 de junio de 2017 (RJ 2017/3149); y de 20 de julio de 2017 (RJ 2017/4143).

desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (artículo 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error¹⁰¹.

Como recuerda la sentencia del Pleno, de 19 de febrero de 2018¹⁰², mediante una interpretación del artículo 1301.IV del Código Civil ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la Sala se dirige a impedir que, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del artículo 1301.IV del Código Civil, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr “desde la consumación del contrato”.

Ahora bien, la citada sentencia de 12 de enero de 2015 se dicta en un supuesto en que el plazo de caducidad, contado desde la consumación del contrato, ya había transcurrido por completo cuando el demandante se da cuenta de su error; de ahí que la sentencia disponga que, en tal caso, a efectos del cómputo del plazo, la consumación del contrato no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Pero lo que no dice, ni podría decir esa resolución, es que se modifica el criterio legal del artículo 1301 del Código Civil. Por tanto, mientras no haya transcurrido el plazo legal de cuatro años contado desde la consumación del contrato, puede ejercitarse la acción de anulabilidad.

En nuestro caso, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de septiembre de 2017 no se pronuncia sobre la caducidad de la acción de anulabilidad al haber quedado firme el pronunciamiento relativo a la misma y ser únicamente objeto de recurso de casación la acción de resolución contractual por incumplimiento. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 5 de Barcelona de 11 de junio de 2013 declaró caducada la acción de nulidad planteada, por lo que entendió resuelto con carácter subsidiario el contrato de depósito o administración de valores formado entre las partes el día 23 de octubre de 2006 por incumplimiento del mismo por la entidad demandada. Se aplicó la doctrina anterior a la sentencia de 12 de enero de 2015. De operar con la nueva interpretación del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error vicio previsto en el artículo 1301 del Código Civil no se hubiera entendido caducada la acción, pues D^a. Ana tuvo

¹⁰¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015/4487); y, de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1511).

¹⁰² RJ 2018/539. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2018 (JUR 2018/158365).

conocimiento de la existencia del error en noviembre de 2008 cuando la inversión dejó de producir rentabilidad, no volvió a recibir retribución alguna y, no logró que se le devolviera el dinero invertido, pese a las reclamaciones efectuadas a tal efecto a Kutxabank.

5.2. Resolución del contrato por incumplimiento. *La exceptio non adimpleti contractus*

Señala CLEMENTE MEORO que “la resolución por incumplimiento es uno de los medios de tutela que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes. Frente al incumplimiento, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento o poner fin a la relación contractual”¹⁰³. A lo que añade que tal resolución: 1. Es una facultad del acreedor que puede escoger entre exigir el cumplimiento o resolver con resarcimiento del daño y el abono de los intereses en ambos casos¹⁰⁴; 2. No se puede apreciar de oficio por el juez; 3. Es una facultad respecto de la que no hace falta pacto, se encuentra implícita; 4. Se da en los supuestos que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, esto es, en caso de incumplimiento; 5. Aunque se opte por el cumplimiento, se puede pedir la resolución después¹⁰⁵.

Opera en las obligaciones sinalagmáticas que, como señala DE PABLO CONTRERAS son “aquellas en que los sujetos están recíprocamente obligados y lo están de modo correlativo: la obligación asumida por una parte es causa de la obligación asumida por la otra, de manera que ambas partes son, a la vez y por la misma razón, acreedora y deudora la una de la otra”¹⁰⁶.

La propia estructura de las obligaciones sinalagmáticas exige como regla un cumplimiento simultáneo¹⁰⁷ que, determina entre sus efectos más característicos, de un lado, la inexigibilidad de la prestación debida por uno de los obligados sin que el reclamante haya cumplido lo que correlativamente le correspondía (*exceptio non adimpleti contractus*); por otro, la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil; y, finalmente, la imposibilidad de incurrir en mora uno cualquiera de los obligados mientras el otro no cumpla la prestación recíproca a su cargo (*compensatio morae*)¹⁰⁸.

¹⁰³ CLEMENTE MEORO M.E., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 226. En esta línea, se pronuncia GONZÁLEZ PACANOWSKA I., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 8213 cuando afirma que, la facultad resolutoria constituye “uno de los remedios legales de tutela del acreedor ante el incumplimiento de la otra parte en contratos con obligaciones recíprocas”.

¹⁰⁴ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10ª, de 26 de abril de 2004 (JUR 2004/247340).

¹⁰⁵ CLEMENTE MEORO M.E., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁶ DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I Teoría general de la obligación y el contrato*, volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016, p. 197.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6859) dispone que las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas son “aquellas en que cada parte acreedora o deudora es, al tiempo, deudora o acreedora respecto de la otra parte; cada una de las obligaciones recíprocas es contrapartida, contravalor o contraprestación de la otra; es esencial a su naturaleza la dependencia o nexo entre una y otra; es el sinalagma está en el génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga la otra. El principal efecto de las obligaciones recíprocas es la facultad de resolución, por parte del que ha cumplido la suya, por el cumplimiento de la otra”. Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 18 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9322) señala que “las obligaciones bilaterales y recíprocas tiene por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligatorias tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazado ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente”.

Para DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra 2008, pp. 432-433 sinalagma genético significa que “en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligado a realizar o ejecutar su propia prestación”; y sinalagma funcional que “ambos deberes de prestación funcionalmente enlazados deben cumplirse simultáneamente”.

¹⁰⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007/3555); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2ª, de 30 de noviembre de 2002 (JUR 2003/78129).

¹⁰⁸ DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, op. cit.*, pp. 433-434; LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, op. cit.*, p. 191 añade también relacionado con las obligaciones sinalagmáticas y su incumplimiento el reparto de los riesgos por imposibilidad sobrevenida. Vid., asimismo, las sentencias de la

Los requisitos para que tenga lugar la resolución del artículo 1124 son, como precisa GONZÁLEZ PACANOWSKA, los siguientes: “1. Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas; 2. Que el demandado de resolución haya incurrido en incumplimiento grave/resolutorio; 3. Que el demandante haya cumplido lo que por su parte le incumbe, salvo que su propio incumplimiento haya sido provocado o motivado por el incumplimiento previo del demandado”¹⁰⁹.

Atendiendo a uno de los efectos citados de la resolución como es la excepción de incumplimiento contractual (la *exceptio non adimpleti contractus*) señalar que, aunque el Código no la regula expresamente, sino que se deduce del artículo 1100 último párrafo, del artículo 1124 y del 1308 todos del Código Civil y ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia¹¹⁰. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2016¹¹¹ con cita de la sentencia de 18 de mayo de 2012 señala al respecto que, la excepción de incumplimiento contractual opera en el marco del carácter sinalagmático de la relación obligatoria y del principio de reciprocidad de las obligaciones. Es un derecho a “rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajuste a una exacta ejecución de la prestación debida con la consiguiente insatisfacción del acreedor, proyectándose sus efectos a paralizar o enervar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación. Se trata, pues, de un medio de defensa que, supone una negativa provisional al pago que suspende o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con exactitud (...) la excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (...). De este modo con la *exceptio non*

Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3ª, de 30 de julio de 2002 (JUR 2002/271298); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8ª, de 30 de octubre de 2006 (JUR 2007/128429).

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA I., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 8216. Asimismo, CLEMENTE MEORO M.E., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 226 citando la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2004 dispone como presupuestos de la resolución: “1. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2. La reciprocidad y exigibilidad de las prestaciones estipuladas; 3. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían; 4. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de este que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine; 5. Que quien ejercite esta acción no haya cumplido las acciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de este es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso”. DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, *op. cit.*, pp. 816-817 igualmente, atendiendo a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991 para la viabilidad de la acción resolutoria se exigen los siguientes requisitos: “1. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3. Que el demandado haya incumplido de forma grave lo que le incumbía; 4. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de éste, que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine; 5. Que quien ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le conciernen salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento del otro, pues, la conducta de éste es la que motiva el derecho a la resolución del adversario y le libera de su compromiso”.

También, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4756) señala que, es preciso que concurren cuatro circunstancias: reciprocidad de las obligaciones, su exigibilidad, que el reclamante haya cumplido lo que le incumbía y voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de parte de aquél a quien se reclama”; y, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 21 de marzo de 1986 (RJ 1986/1275) para que la acción resolutoria implícita establecida por el párrafo primero del artículo 1124 del Código Civil pueda prosperar es preciso, como dispone la citada resolución que, quien la alegue acredite en el proceso correspondiente, entre otros, los siguientes requisitos: 1. La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron –sentencia de 10 de diciembre de 1947 (RJ 1947/1361) y 9 de diciembre de 1948 (RJ 1948/1434); 2. La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo –sentencias de 28 de septiembre de 1965 (RJ 1965/4056); y 30 de marzo de 1966 (RJ 1966/304); 3. Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían –sentencia de 9 de diciembre de 1970 (RJ 1970/4820)– estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de Instancia –sentencias de 16 de diciembre de 1976 (RJ 1976/5648) y 16 de febrero de 1977 (RJ 1977/370); 4. Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste, es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso”.

¹¹⁰ Vid., entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 1991 (RJ 1991/295); de 9 de julio de 1991 (RJ 1991/5337); de 3 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9997); de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8916); de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994/2560); de 8 de julio de 1996 (RJ 1996/4831); de 29 de octubre de 1996 (RJ 1996/74839); 22 de octubre de 1997 (RJ 1997/7410); y, 9 de diciembre de 2004 (RJ 2004/7916).

¹¹¹ RJ 2016/841. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998/874).

adimpleti contractus tan solo se puede pretender una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación y no la resolución de la relación obligatoria”.

DIEZ PICAZO define la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) como “un derecho o facultad para rechazar la ejecución de la prestación puesta a cargo de quien la opone y en sentido procesal, constituye un justo fundamento de oposición a la demanda de cumplimiento”¹¹². Para DE PABLO CONTRERAS se trata “de una excepción tanto en sentido material cuanto procesal: un medio de defensa que detiene o paraliza la pretensión de cumplimiento del adversario –fuera o dentro del proceso- hasta que éste no cumpla con su propio deber de prestación”. Y añade “la excepción también es oponible cuando la otra parte ha cumplido su prestación de forma defectuosa o inexacta (*exceptio non rite adimpleti contractus*)”¹¹³. Por su parte, LACRUZ BERDEJO pone de manifiesto que “no es raro que la excepción se alegue frente a una demanda de resolución con el objeto de mostrar que no hubo incumplimiento imputable y que, por tanto, aquélla no procede”¹¹⁴.

En este contexto, hay que señalar que, en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017¹¹⁵, con cita de otras, se pone de manifiesto que, el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos como participaciones preferentes, swaps competen a la entidad de servicios de inversión, pueden dar lugar a una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el artículo 1124 del Código Civil. En su *Fundamento de Derecho tercero número 3* establece que: “(...) aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los artículos 1265, 1266 y 1301 del Código Civil. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del artículo 1124 del Código Civil, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.

Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual”¹¹⁶.

¹¹² DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., p. 804.

¹¹³ DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, op. cit., p. 199. LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 192-193 se refiere también a la variante de la *exceptio non rite adimpleti contractus* frente al demandante que cumplió parcialmente o con defectos de cierta gravedad.

¹¹⁴ LACRUZ BERDEJO J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., p. 192.

¹¹⁵ RJ 2017/3756. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 2018 (JUR 2018/98104) se ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de swaps, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación. Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1511) se dispone la nulidad por error vicio del consentimiento por omisión de una información clara y completa por el banco sobre los riesgos del producto contratado. También vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018/120870).

¹¹⁶ En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 2016 (RJ 2016/3194) dispone al respecto que: “un posible error en el consentimiento por déficit informativo podía dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los artículos 1265, 1266, y 1301 del Código Civil, pero no a una resolución del mismo por incumplimiento, en los términos del artículo 1124 del Código Civil, dado que el incumplimiento, por su propia

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2018 va más allá y precisa que, “si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo *per se*, sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvenzional la correspondiente acción de nulidad por error vicio del consentimiento, conforme a la jurisprudencia antes citada”. A lo que añade que, la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) “tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe, para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe”. Además manifiesta que “la jurisprudencia de esta Sala plasmada en las sentencias de 18 de mayo de 2012 y 4 de marzo de 2013 explica el sentido de esta excepción en relación, primero, con la exigencia de cumplimiento y después, con la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil. En primer lugar, se afirma que, debe entenderse por cumplimiento de la obligación todo acto que comporte una exacta ejecución de la prestación debida reportando la satisfacción del interés del acreedor. Esta noción está relacionada con los requisitos de identidad e integridad de la prestación que, establecen los artículos 1157, 1166 y 1169 del Código Civil. A su vez, cuando a la excepción de incumplimiento contractual, se trata de un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con exactitud”¹¹⁷.

De todas formas, que en estos casos no proceda la acción de resolución del contrato en los términos del artículo 1124 del Código Civil no sólo tiene su razón de ser en que el incumplimiento de los deberes de información previstos en la normativa del mercado de valores por su propia naturaleza operan en la fase precontractual en, concreto, en la formación y prestación del consentimiento, sino también porque en este caso no se dan los presupuestos necesarios para que tenga lugar la resolución del contrato, entre otros, que no estamos ante prestaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo y, además difícilmente el demandado de resolución ha incurrido en incumplimiento grave/resolutorio y no viene el incumplimiento referido a la ejecución del contrato.

5.3. La responsabilidad contractual y la acción de resarcimiento

Ante el incumplimiento de las obligaciones cabe: la acción de cumplimiento, la acción de resolución del contrato (artículo 1124 del Código Civil); y, la acción de indemnización de daños y perjuicios a la que se refiere el artículo 1101 del Código Civil en relación con los artículos 1106 y 1107 del citado cuerpo legal. De todas formas, recordemos que, la buena fe del artículo 1258 del Código Civil representa la base sobre la que se fundamenta la exigencia de los deberes de información precontractuales.

Este artículo 1101 del Código Civil regula lo que se denomina responsabilidad contractual. La norma constituye como precisa ASÚA GONZÁLEZ “fundamento indemnizatorio en caso de incumplimiento de obligaciones legales o de vulneración de deberes derivados de otras

naturaleza, tiene que ser posterior a la celebración del contrato, mientras que aquí la falta de información se había producido con anterioridad. Es decir, la vulneración de la normativa legal sobre información al cliente sobre el riesgo económico en caso que los intereses fueran inferiores al Euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que puede propiciar un error en la prestación del consentimiento, pero no determina un incumplimiento con virtualidad resolutoria”.

¹¹⁷ RJ 2018/1487.

Por su parte, PERTIÑEZ VILCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 106, enero-abril 2018*, p. 6 (versión digital) que, realiza un comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 13 de septiembre de 2017, señala que se puede añadir a los argumentos expuestos en la misma que “difícilmente podría considerarse como esencial el incumplimiento de una obligación informativa”. Pero, además, pone de manifiesto que “la resolución contractual, admitida como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información y evaluación previos a la realización del contrato de adquisición de un producto de inversión, traería consigo la indeseable consecuencia de la ineficacia automática del contrato por el mero incumplimiento de estos deberes, con independencia de cuál hubiera sido la incidencia que este incumplimiento hubiera tenido en la formación de voluntad del inversor”.

relaciones jurídicas no contractuales”¹¹⁸. A esto añade DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que la responsabilidad contractual es “uno de los instrumentos jurídicos que deben utilizarse para la defensa de la seguridad y celeridad del tráfico jurídico y económico. Solo a través de la represión del incumplimiento contractual se puede dejar expedita y funcional la circulación de bienes”¹¹⁹.

Son presupuestos o requisitos para la acción de resarcimiento: “1. Que exista incumplimiento del deudor: morosidad o contravención del tenor de la obligación que tuviere asumida; 2. Que ese incumplimiento produzca daño al patrimonio o los intereses del acreedor; 3. Que el daño sea objetiva y subjetivamente imputable al deudor: que sea previsible y que haya intervenido dolo o negligencia (culpa) por su parte”¹²⁰. Aunque no se requiere que, la obligación subsista; en todo caso, el incumplimiento ha de haber causado un daño efectivo al acreedor que, ha de probar. El daño resarcible como señala DE PABLO CONTRERAS representa “todo quebranto o menoscabo sufrido, a causa del incumplimiento, en cualesquiera intereses del acreedor distintos de su estricto interés en que la obligación se cumpla”¹²¹. Comprende sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil no sólo el valor de la pérdida (daño emergente), sino también la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante).

Sobre tales bases, la infracción de los deberes de información que impone la normativa del mercado de valores puede ser título jurídico de imputación de responsabilidad por los daños sufridos por los clientes. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2016¹²² señala en su *Fundamento de Derecho sexto* que: “En las sentencias 754/2014, de 30 de diciembre¹²³, la 398/2015, de 10 de julio¹²⁴, y, 397/2015, de 13 de julio¹²⁵, ya advertimos que no había “descartar que el incumplimiento grave de aquellos deberes y obligaciones contractuales de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero pueda constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida, prácticamente total, de valor de las participaciones preferentes, aunque lógicamente es preciso justificar en qué consiste la relación de causalidad”. Y en la anterior sentencia de 18 de abril de 2013¹²⁶ entendimos que el incumplimiento por el banco del incumplimiento grave de los deberes de información exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales “constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de

¹¹⁸ ASÚA GONZÁLEZ C., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 8058.

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ G., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 101.

¹²⁰ DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *op. cit.*, pp. 184-185.

¹²¹ DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *op. cit.*, p. 186. Para LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 202 conceptúa el daño como “toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe reestablecer en todo o en parte”. Y añade que “el problema del daño resarcible consiste en determinar de una parte que, clase de pérdidas pueden ser alegadas por el perjudicado como daño indemnizable (problema de *comprensión*); y de otra parte, cuáles, de entre las pérdidas sufridas, se hallan en tal relación causal con el incumplimiento (en general con el comportamiento del agente del daño), que pueden ser atribuidas a él (problema de la extensión)” (p. 203).

¹²² RJ 2016/6302. Con cita de la sentencia de 18 de abril de 2013 (RJ 2013/3387) señala al respecto que, “el incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta del valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas”.

¹²³ RJ 2014/6662. Asimismo, con cita de la sentencia de 18 de abril de 2013 y de 30 de diciembre de 2014 dispone que “conforme a esta jurisprudencia podría ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad, siempre que dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende ser indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor Bono Fortaleza”.

¹²⁴ RJ 2015/2776.

¹²⁵ RJ 2015/2777.

¹²⁶ RJ 2013/3387.

Lehman Brothers adquiridas”. Aunque esta sentencia se refiere a la responsabilidad por la actuación de la entidad prestadora de servicios financieros en el marco de un contrato de gestión discrecional de carteras de valores, la doctrina sobre las consecuencias del incumplimiento del estándar de diligencia, resulta aplicable, en lo fundamental, respecto de las exigencias que el artículo 79 bis 6 LMV impone a quien presta un servicio de asesoramiento financiero. En consecuencia, conforme a esta jurisprudencia, cabía ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que de dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se pretende sea indemnizado. Este perjuicio es la pérdida de la inversión, como consecuencia de la quiebra del emisor de las participaciones preferentes.

De tal forma que, cabe atribuir al incumplimiento de los deberes inherentes a la exigencia del test de idoneidad y de información clara, precisa, imparcial y con antelación de los riesgos inherentes al producto ofertado, la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues si no consta que el demandante fuera inversor de alto riesgo (o, cuanto menos, que no siéndolo, se hubiera empeñado en la adquisición de este producto), el banco debía haberse abstenido de recomendar su adquisición, por lo que, al hacerlo, y al no informar sobre los riesgos inherentes al producto, propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión”. Lo expuesto “lleva a que deba atribuirse al incumplimiento por la demandada de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, pues el incumplimiento por Bankinter de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el demandante asumiera el riesgo que conllevó la pérdida de la inversión”.

En iguales términos se expresa la sentencia de 13 de septiembre de 2017 al afirmar que, frente a quien presta un servicio de asesoramiento financiero cabría ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes inherentes al test de idoneidad y a la consiguiente información a prestar al cliente minorista, siempre que dicho incumplimiento se hubiera derivado el perjuicio que se presente que sea indemnizado. Asimismo, califica la acción del artículo 1101 del Código Civil como de responsabilidad contractual¹²⁷.

Por lo que, atendiendo a la jurisprudencia citada podría ejercitarse una acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el incumplimiento de los deberes de información contenidos en la normativa del mercado de valores, siempre que dicho incumplimiento se hubiera derivado un perjuicio que, puede ser la pérdida de la inversión. Y sería procesalmente aconsejable solicitar la anulación del contrato por error o dolo como vicios del consentimiento y subsidiariamente una acción de indemnización de daños y perjuicios¹²⁸. En ningún caso, procede plantear ni como principal ni como subsidiaria una

¹²⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018 (JUR 2918/172337) dispone al respecto que: “(...) no se aprecia error invalidador del consentimiento, tampoco se aprecia en este caso incumplimiento por el banco de su deber de información susceptible de provocar la resolución del contrato, pues, ni en la fase precontractual, ni durante la ejecución del contrato ha omitido obligación alguna de la que se haya derivado *perjuicio* para las demandantes que, los suscriptores de valores no hubieran podido prever empleando una mínima diligencia, dado que, como hemos visto, los suscriptores había invertido ya antes en acciones, conocían o debían conocer los riesgos derivados de su volatilidad y los riesgos derivados de la subordinación no eran en este caso relevantes, doctrina ésta más aplicable aun al supuesto enjuiciado, dado el perfil inversor de los recurrentes que aparece detallado en la sentencia apelada, y en la presente resolución y que obliga a rechazar la existencia de vicio invalidante alguno en el caso enjuiciado e igualmente de la resolución, pues contiene información suficiente sobre la naturaleza del producto de menor riesgo que las preferentes (...) constituye información suficiente habida cuenta de la naturaleza de los valores u del conocimiento de los inversores apelantes sobre este tipo de productos, lo que diferencia este supuestos del contemplado por la sentencia de 27 de marzo de 2014 de esta Sala, pues, la experiencia de los demandantes que venían invirtiendo a través de la demandad y con otras entidades en éste y otros productos más complejos y la información suministrada han sido correctas son que conste que hubiese *incumplimiento culposo* de sus obligaciones por recomendar un producto inidóneo o intereses contrapuestos entre el banco y los clientes en la forma propugnada en la demanda, sino que lo único que se ha producido dentro de una dinámica hasta esta fecha de inversiones de riesgo rentables para los accionantes, es un resultado negativo en las que se pretende resolver, en el que no se puede fundamentar la resolución postulada”. (la negrita y cursiva es nuestra).

¹²⁸ PERTIÑEZ VILCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la impropiedad de la resolución por

acción de resolución del contrato por incumplimiento en los términos del artículo 1124 del Código Civil, tal como se ha expuesto en la sentencia de 13 de septiembre de 2017, ni oponer la excepción de incumplimiento contractual como dispone la sentencia de 23 de marzo de 2018.

Ahora bien, la cuestión es que nos movemos de nuevo en un plano precontractual y, sin embargo, estamos hablando de un remedio que opera sobre obligaciones contractuales incumplidas. Al respecto señala ASÚA GONZÁLEZ que “los remedios contractuales pueden ofrecerse como alternativas a la anulación por dolo o por error en caso de infracción de deberes de información”¹²⁹. Remedios añade procedentes “desde la perspectiva que la prestación según lo prometido o representado es una prestación debida y su no realización implica incumplimiento”. Ciertamente operamos sobre obligaciones legales –contenidas en la normativa del mercado de valores– que inciden en la formación del consentimiento, en la validez del contrato, y el perjuicio o daño que se puede dar con su incumplimiento –así la pérdida de la inversión– tiene relación causal directa con lo que representa la esencia del contrato y la formación de la voluntad del sujeto inversor, por lo que no habría dificultad en aplicar el remedio del artículo 1101 del Código Civil¹³⁰. De todas formas, tal problemática no se plantea si nos referimos a un contrato de gestión de carteras que es un contrato basado en la confianza del inversor en el profesional experto en el mercado de valores¹³¹.

Finalmente, en cuanto al daño resarcible procede señalar que, supondrá tanto el daño como los perjuicios sufridos por el cliente minorista ante la falta de cumplimiento de los deberes de información exigibles por la normativa del mercado de valores y, respecto al alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento y déficit de información en la comercialización de productos financieros complejos manifestar que, ha sido recientemente tratado en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de junio de 2018¹³² que con cita de las sentencias 613/2017, de 16 de noviembre¹³³ y 81/2018, de 14 de febrero¹³⁴ dispone que “en la primera de las resoluciones en relación con los artículos 1101 y 1106 del Código Civil dijimos “esta Sala, en sentencia 301/2008, de 5 de mayo ya declaró que la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* significaba que, en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 754/2014, de 30 de diciembre¹³⁵ en aplicación de esta misma regla o criterio y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de responsabilidad de la entidad bancaria por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes declaró que “el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes”. Asimismo, tal como se ha argumentado en la sentencia 81/2018, de 14 de febrero en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera la mismo tiempo un daño –en el caso por incumplimiento de la otra parte–, pero también una ventaja –la percepción de unos

incumplimiento contractual”, *op. cit.*, p. 109 quien, asimismo precisa que, por el juego de preclusión del artículo 400 de la LEC esta acción indemnizatoria ya no podría ser ejercitada en un nuevo proceso.

¹²⁹ ASÚA GONZÁLEZ C., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 8069.

¹³⁰ PERTIÑEZ VILCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual”, *op. cit.*, p. 115 señala, asimismo, que “estos deberes se proyectan sobre la formación del contrato que se ha realizado, esto es, su incumplimiento no afecta a la ejecución del contrato, pero sí a su génesis, y por tanto el daño está directamente conectado con el contrato”. A lo que añade que “el propio Código Civil configura la responsabilidad por dolo incidental, esto es, la que trae causa de un engaño previo a la realización del contrato que no tiene carácter esencial, en sede contractual (artículo 1270.2 del Código Civil. además no se puede dejar tener en cuenta que, la responsabilidad del artículo 1101 del Código Civil surge por el incumplimiento de una obligación, sin ser necesario que la fuente de dicha obligación sea necesariamente contractual, pudiendo ser legal”.

¹³¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013/3387); y, de 9 de julio de 2018 (JUR 2018/191448).

¹³² JUR 2018/179841.

¹³³ RJ 2017/6162.

¹³⁴ RJ 2018/469.

¹³⁵ RJ 2014/6662.

rendimientos- deben compensarse uno u otra a fin que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizable, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste”.

Si bien, esta regla, como precisa la citada sentencia de 20 de junio de 2018, “no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento de daños producidos por su acción u omisión, ya que solo cabe reputar daño aquel que efectivamente haya tenido lugar (artículo 1106 del Código Civil). (...) Es decir cuando se incumple una obligación no se trata tanto que, el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultado de la producción recíproca de daño y lucro”.

Por tanto, una vez determinado el perjuicio sufrido por el cliente inversor –daño indemnizable- resulta aplicable el artículo 1106 del Código Civil para el cálculo del daño neto –daño efectivamente ocasionado- del que previamente se ha podido deducir la posible ventaja obtenida por el acreedor.

5.4. Otros posibles efectos jurídicos derivados del incumplimiento de los deberes de información

Ahora bien, si no procede la anulación del contrato por la existencia de error-vicio del consentimiento, la falta de cumplimiento de los deberes de información que impone la normativa del mercado de valores puede determinar la nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil, tal y como precisa el magistrado Antonio Salas en el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 analizada; o bien, venir determinada la anulación por la concurrencia de otro vicio del consentimiento como la intimidación derivada del hecho de imponer la firma de este contrato a la obtención de crédito o de cualquier clase de financiación que les resultara imprescindible para el cliente o del dolo.

Sin embargo, para PERTINEZ VILCHEZ no tendría operatividad la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil pues “aquellos deberes no son normas que prohíban un determinado contenido contractual, sino normas que tratan de incidir en la correcta formación de la voluntad, por lo tanto la contravención de estos deberes no supone traspasar los límites de la autonomía de la voluntad ex artículo 1255”. A lo que añade que “la nulidad ex artículo 6.3 del Código Civil traería consigo un indeseable automatismo, en virtud del cual la omisión de la información o de la evaluación requerida en la forma prevista comportaría la ineficacia del contrato, con independencia de la trascendencia que hubiera tenido dicha omisión en la correcta formación de la voluntad”¹³⁶.

¹³⁶ PERTINEZ VILCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual”, *op. cit.*, p. 111. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2014 (RJ 2015/56) que, señala al respecto que “la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación, al amparo del artículo 6,3 del Código Civil”. A lo que se añade que “la norma legal que introdujo los deberes de información del artículo 79 bis de la LMV no estableció, como consecuencia, a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo, sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la Directiva MiFID estableció la sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de infracción muy grave” (artículo 99.2 bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (artículo 97 y siguientes de la LMV)”. De forma que, “con lo anterior no se niega que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio, en los términos expuestos en la sentencia de 20 de enero de 2014. Pero la mera infracción de estos deberes legales de información, en concreto en este caso, el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del

Como hemos señalado, estamos ante obligaciones legales establecidas en la correspondiente normativa del mercado de valores que, no parece que, tengan un contenido imperativo o prohibitivo que, impida el juego de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil); si bien, su incumplimiento puede determinar no sólo sanciones administrativas, sino también civiles.

En todo caso, PERTINEZ VÍLCHEZ sugiere que en caso de otros productos de inversión que, no sean participaciones preferentes en “los que el desconocimiento del inversor por la falta de información puede recaer no ya sobre la naturaleza o el riesgo intrínseco del producto, sino sobre alguna cláusula no negociada concreta que, define alguna de sus características de una manera sorpresiva para él” se puede proceder a la nulidad de la cláusula por falta de transparencia ante el incumplimiento de estos deberes precontractuales¹³⁷. Un planteamiento en la línea de los últimos pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación a cláusulas suelo e hipoteca multidivisa.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ASÚA GONZÁLEZ C., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

CLEMENTO MEORO M.E., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016.

DE PABLO CONTRERAS P., “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, *Curso de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I Teoría general de la obligación y el contrato*, volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016.

- Requisitos del contrato”, *Curso de Derecho Civil, T. II, vol. I Teoría general de la obligación y contrato*, reimpresión de la 4ª edición, Edisofer, Madrid, 2016.

DIEZ PICAZO L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, II Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra 2008.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ G., “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016.

GARCÍA VICENTE J.R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VII, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, 2013.

GONZÁLEZ PACANOWSKA I., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, T. II Derecho de Obligaciones, vol. I*, 5ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2011.

contrato como pretende la recurrente, por las razones apuntadas antes y porque, en la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que, se hayan traspasado los límites de autonomía privada de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil)”. También, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4735) que se remite a lo dispuesto en la sentencia de 15 de diciembre de 2014.

¹³⁷ PERTINEZ VÍLCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual”, *op. cit.*, p. 110.

PERTIÑEZ VILCHEZ FCO., “Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, enero-abril 2018, pp. 103-115.

VALPUESTA FERNÁNDEZ R., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. III, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2016.

VELA TORRES P.J., “Nulidad de unos contratos de swap por vicios del consentimiento, a pesar de la firma de documento predispuesto”, *La Ley*, número 9232, sección comentarios de jurisprudencia, 5 de julio de 2018, pp. 1-4.

ERROR DE CONSENTIMIENTO ENTRE YOUTUBER Y NETWORK

Daniel Arnaiz Boluda
Investigador en formación
Universidad CEINDO de Derecho

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2018
Fecha de aceptación: 19 de marzo de 2018

RESUMEN: Se analiza la posible existencia de error en la sustancia del contrato entre el *youtuber* y la Network en dos casos diferentes: cuando el *youtuber* solicita directamente la adhesión a la Network a través de su página web y, la segunda, mediando un reclutador. Los menores de edad no encuentran ningún tipo de control a la hora de aceptar las condiciones del contrato.

ABSTRACT: It is a possible existence of error in the substance of the contract between the youtuber and the Network in two different cases: when the youtuber requests the adhesion to the Network through its web page and, the second, mediating a recruiter. Minors have no control over the time of accepting the terms of the contract.

PALABRAS CLAVE: error, error en la sustancia del contrato, consentimiento, elementos esenciales del contrato, contratación electrónica, menor de edad, YouTube, youtuber, Network, objeto del contrato.

KEYWORDS: error, error in the substance of the contract, consent, essential elements of the contract, electronic contracting, minor, YouTube, youtuber, Network, object of the contract.

ERROR DE CONSENTIMIENTO ENTRE YOUTUBER Y NETWORK

En la investigación de Childwise publicada con el título *Major shift in UK children's behaviour as time online overtakes time watching TV for first time ever, reveals new report* en el año 2016 se analizó en qué gastan el tiempo los niños de entre siete y dieciséis años de Reino Unido, así como qué herramientas utilizan con una muestra de 2.000 niños. La conclusión principal es que navegan una media de tres horas diarias y unas dos horas viendo la televisión y que la mitad utiliza YouTube como entretenimiento principal para escuchar música, visualizar gameplays de videojuegos, ver programas de televisión, tutoriales o consejos.

Una vez el usuario puede comenzar a obtener ingresos en los vídeos que comparte en YouTube según sus políticas, el youtuber pasa a denominarse también partner, y como tal, empezará a recibir en su canal solicitudes de colaboración por parte de empresas que se denominan Network, también conocidas como MCN. Dos son las formas posibles mediante las cuales un youtuber puede asociarse con la Network. La primera, que sea el propio youtuber quien solicite su adhesión mediante aplicación a través de la página web oficial de la Network. La segunda, que un reclutador de la Network se ponga en contacto directo con el youtuber ofreciéndole sus servicios. Debe añadirse que existen muchas Network y no es una sola, y que durante la investigación se ha tenido la posibilidad de estudiar ambos casos (adhesión mediante aplicación directa y mediante reclutador) tratándose de la misma Network aunque de diferentes canales.

En el primer caso, el youtuber decidió contratar los servicios de la Network basándose en la publicidad de la página oficial de la misma, «Nosotros te damos las herramientas que necesitas para triunfar en la industria gamer ayudándote a crecer» además de que unirse a la Network daría acceso al youtuber a «Nuestra plataforma exclusiva para partners que te ayudará a hacer crecer tu audiencia y atraer más gente a tu canal». El acceso a esta herramienta queda recogida en el propio contrato, concretamente en el apartado (C) de la cláusula 3.^a: «Obligations of [nombre de la Network]: (C) allow access by Provider [youtuber] to [Network]'s "optimization"». Esa herramienta de optimización es lo que el youtuber creía que necesitaba y es la principal baza que utiliza la Network para la captación de nuevos canales a través de los reclutadores, como ocurrió en nuestro segundo caso. El conflicto surgió en el primer caso cuando, en este mismo orden, tras vincular el canal a la Network, recibir el contrato y poner a prueba la herramienta de optimización que tanto promocionan como plataforma exclusiva resulta no ser tan eficiente. Se compararon el vídeo más popular con el menos, y el resultado fue escalofriante para el youtuber pues el vídeo más popular que contaba con más de 150.000 visualizaciones estaba calificado como muy poco optimizado, mientras que el menos popular con menos de 2.000 visualizaciones tenía una calificación de cuatro sobre cinco. La contestación recibida al manifestar la inquietud fue que «en ningún momento pone hay que tengamos que optimizar tu canal pone optimizacion, pero no se refiere a eso». A parte de las faltas ortográficas, parece evidente que no se entiende lo mismo por "optimización", así como por el contenido publicitario.

En el segundo caso, el youtuber ya tenía conocimiento de la existencia de esta investigación, por lo que, en cuanto recibió un comentario de un reclutador de la misma Network ofreciéndole sus servicios, se acordó aprovechar la situación para aclarar algunos términos del contrato. El reclutador destacó en la descripción que dio de los servicios de la Network, en el primer párrafo (el más extenso de todos) a la herramienta de optimización, y la introducía como «un generador de tags o palabras clave que se generan con base a un algoritmo que encuentra las frases más buscadas en youtube respecto a su tema. Al poner estas etiquetas en sus vídeos puede que se posicionen en las primeras búsquedas de youtube lo cual se traduce en más visitas y más suscriptores». Ante la ambigüedad que el uso de la expresión "puede", que sólo implica posibilidad y no vinculación por parte de la Network, se respondió preguntando por la eficacia de dicha herramienta. Fueron varios los correos intercambiados entre las dos partes, reclutador y youtuber objeto de captación hasta que, al fin, el primero concretó: «Respecto de la herramienta de optimización si es efectiva ya que opera con los parámetros de Youtube directamente y por tanto arrojará siempre la

tendencia y las recomendaciones de Youtube mismo, si aprovecha estas recomendaciones en descripción, título y metatags se asegura un mejor posicionamiento dentro de la plataforma de Youtube».

También se tuvo acceso al texto completo del contrato de este segundo caso y se pudo descubrir que eran versiones diferentes, aunque semejantes. Debe añadirse que el reclutador utilizó un total de 59 palabras para captar al youtuber con la optimización de los vídeos, pero el contrato usa tres palabras: «Servicios de [Network]: 1. Acceso a [...] herramientas de optimización».

Con estos antecedentes y teniendo en cuenta que el youtuber del segundo canal al que la Network intentó reclutar en ningún caso llegó a aceptar las condiciones y nunca vinculó su canal a la misma, cabe realizarse las siguientes preguntas respecto al youtuber que vinculó su canal basándose en la publicidad sin mediar reclutador. En primer lugar, si ha habido error en el momento de prestar el consentimiento por parte del youtuber persiguiendo la optimización de sus vídeos que le ayudara a hacer crecer su audiencia y atraer más gente a su canal no interesándole ninguno de los otros servicios prestados por la Network y no habiendo hecho uso de ninguno de ellos. Además, desde que observó la ineficiencia de la herramienta de optimización, dejó de hacer uso de ella y se puso en contacto con el servicio de soporte de la Network y la persona de contacto tratando de resolver la situación, solicitando la corrección de las deficiencias de la herramienta de optimización o, en caso de no ser ésta posible o no aceptarlo, anular el contrato al existir un vicio en el consentimiento, pero la Network aludió al compromiso de permanencia de dos años y a su derecho de cobrar el 40 % de los ingresos del canal, añadiendo que la Network no estaba obligada a la optimización de los vídeos.

Al respecto de la nulidad de los contratos, el artículo 1300 del Código Civil dispone que «Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley», un tipo de nulidad relativa por la que el contrato puede producir efectos sin perjuicio de ser susceptible de invalidación.

Por su parte, el artículo 1265 del mismo dispone que «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», y el 1266 establece lo siguiente: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo». Al respecto de este artículo Fernández Valpuesta comparte con gran acierto que «en la realidad social actual se puede comprobar fácilmente cómo en numerosas ocasiones uno concluye un negocio sin tener un conocimiento exacto de todos sus extremos y sus consecuencias, y cómo la presión comercial, la distinta posición de las partes en la negociación o la complejidad de algunas materias facilitan que el consentimiento esté muy mediatizado» .

Ateniéndose a la interpretación del último artículo citado manifiesta que el error debe recaer sobre la sustancia del contrato o sus condiciones que determinaron su formación en el momento de la celebración del contrato. Éste es el requisito de esencialidad que debe cumplir el error para la anulación del contrato, pero debe ser complementario con el requisito jurisprudencialmente establecido de excusabilidad. Este segundo requisito es estudiado por numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, a mencionar la Sentencia de 4 de enero de 1982, que se basa en la doctrina establecida por las sentencias de 14 de junio de 1943, 11 de marzo de 1964 y 7 de abril de 1976 en virtud de las cuales se niega eficacia invalidante del contrato al error «cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el art. 1484, in fine, para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar».

Podría decirse en este punto que el youtuber del canal vinculado a la Network recayó en falta de negligencia al no haberse informado sobre la eficacia de la herramienta de optimización en el momento de solicitar su adhesión. En este sentido y sin ánimo de

establecer una sentencia firme del caso, sino que cada lector saque su conclusión personal, el youtuber se informó minuciosamente con los datos disponibles de la página web, en virtud de la cual la Network cuenta con una plataforma «exclusiva para partners que te ayudará a hacer crecer tu audiencia y atraer más gente a tu canal», facilitando un enlace con más información donde, al hacer click, aparecen dos imágenes con la siguiente información: «TITLE OPTIMIZATION: Not sure how to label your videos to get the most views? The Title Optimizer makes every word count for audience appeal and SEO», y en la segunda imagen, «KEYWORD RECOMENDATION: Get your videos found on YouTube by using the best keywords for your content».

Con la literalidad de la cláusula 3.^a (C) del contrato puede entenderse que la Network optimizará los vídeos naciendo una obligación de resultado que recae sobre la redactora del contrato. Aunque la palabra en cuestión, optimización, se encuentre entrecomillada no puede concluirse otro sentido de la palabra, y menos aún teniendo en cuenta la publicidad. Además, en la cláusula 2.^a, titulada Definitions, donde se remite a otra página web con todo un compendio de definiciones de términos utilizados en el contrato, tampoco se define la palabra “optimization”, y habría sido la mejor opción para hacerlo dadas las circunstancias, y una prueba de buena fe. A todo ello cabe añadir la estrategia de captación del reclutador en el segundo caso que nos ocupa, haciendo alusión en el primer párrafo del correo electrónico informativo de los servicios de la Network a la optimización de los vídeos en las palabras citadas anteriormente. Teniendo presente la actualidad jurisprudencial y legislativa, la Comisión General de Codificación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de enero de 2009 recoge en su Exposición de Motivos VII que «los llamados vicios de la voluntad se mantienen aunque también adoptando respecto de ellos una regulación que trata de compaginar o coherar el principio de la libre voluntad negocial real con los principios de autorresponsabilidad, confianza y buena fe. Y aunque se mantiene la idea de que todo contrato debe estar fundado en una causa que sea lícita, no se dota al elemento causal del contrato del rigor que en el Derecho anterior parecía tener».

Así, según esta Propuesta, la materia de la nulidad y anulación de los contratos quedaría recogida en los artículos 1296 y siguientes, y en el 1298 se dispone que «1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante. [...] 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas». Esta redacción coincide con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en cuyo artículo 4:103 establece que: «(1) Una parte podrá anular un contrato por existir un error de hecho o de derecho en el momento de su conclusión si: (a) (i) el error se debe a una información de la otra parte, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe, o (iii) la otra parte hubiera cometido el mismo error, y (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes». Debe recordarse llegados a este punto que toda la información de que dispuso el youtuber que vinculó su canal con la Network contratando sus servicios fue de su página web oficial.

Recuérdese que la plataforma de YouTube se está convirtiendo en todo un fenómeno entre los menores de edad, que tienen la oportunidad de crear un canal desde donde compartir públicamente vídeos y obtener ingresos mediante publicidad en los mismos, y que pueden aceptar los términos de estos contratos con esta u otra Network pues el control que realiza la misma sobre la mayoría de edad del youtuber adherente es nula, convirtiendo la situación de interés general.

EL TRABAJO SOCIAL. DESDE LO ACADÉMICO A LA INTERVENCIÓN SOCIAL.

Una mirada desde la perspectiva de la práctica profesional y experiencia laboral

Antonio Jesús Yugueros García
Trabajador Social

Nieto-Morales, C. (coord.) (2018) **El Trabajo Social. Desde lo académico a intervención social. Una mirada desde la perspectiva de la práctica profesional y experiencia laboral.** Dykinson. Madrid.

La Pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales, es trabajadora social en ejercicio, Dr^a en Sociología y Profesora del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide; en unión de otros autores versados en el ámbito de lo social, abordan en este texto la disciplina de Trabajo Social desde una doble perspectiva: el ámbito académico, ya que hoy por hoy Trabajo Social está consolidado como materia de estudio en los tres escalones de la enseñanza reglada universitaria: grado, máster y doctorado, tanto en nuestro país como en el entorno de EEES, y en el campo profesional, porque no se puede entender una sociedad democrática donde deben imperar los valores supremos de estado de derecho y social, prescindan de una profesión, que desde sus inicios, ha dado debida cuenta de la consolidación de estos principios, luchando por promover el Estado de Bienestar donde todos tengan cabida y nadie quede atrás.

Esta obra se compondrá de dos volúmenes, el segundo actualmente se encuentra en elaboración; será un manual de referencia para aquellas personas que quieran conocer lo que es el Trabajo Social, desde lo académico a lo profesional. También, supondrá una herramienta fundamental para los recién egresados de las universidades en esta materia, que quieran profundizar en estos conocimientos, y en definitiva servirá de motivo para la reflexión a los profesionales en activo en este ámbito y para los académicos de igual manera.

El libro consta de los siguientes capítulos, y autores:

Presentación llevada a cabo por el D. José Chamizo de la Rubia, Defensor del Pueblo Andaluz entre los años 1996-2013; Sacerdote e Historiador, conoce de primera mano un amplio abanico de problemas sociales en los que denodadamente coadyuvó a su resolución, de lo cual pone de manifiesto en esta exposición introductoria.

1. *El trabajo en el Siglo XXI. Trabajo/Empleo. Hacia el desempeño profesional. Reflexiones desde el ámbito socio-profesional.* Concepción Nieto-Morales, trata la cuestión del acceso al empleo remunerado, ya sea hacia el sector público o privado, también considera la externalización de las ONGs, así como la necesidad de poseer estudios superiores para dedicarse a los diferentes campos de la intervención social.
2. *La trayectoria del Trabajo Social. Desde la caridad a los servicios sociales. Del origen al desarrollo del Trabajo Social.* Raquel Martín Cayetano, Grado en Trabajo Social, realiza un estudio de la transformación de la ayuda al necesitado desde la filantropía y la caridad, teniendo como objetivo el bien común, a la concepción empírica del Trabajo Social, que se centra en la persona, como objeto de derechos de ciudadanía y su entorno.
3. *La confidencialidad en Trabajo Social. Ética, deontología y hermenéutica,* capítulo de la autoría de Nuria Cordero Ramos, Profesora de la Universidad Pablo de Olavide.

Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales; donde pone de manifiesto la importancia del secreto profesional en el ámbito de Trabajo Social, exponiendo la regulación que da cuerpo legal a esta forma de actuación, en la que como dice, se suscitan dilemas éticos entre el principio de autonomía y el de responsabilidad profesional. Termina el capítulo proponiendo la hermenéutica como metodología.

4.- Colectivos y sectores de intervención, de Daniel Juan Fernández Ramos y Sara Rodríguez Jiménez, ambos Trabajadores Sociales. Servicios Sociales Comunitarios del Excmo. Ayuntamiento de Utrera; argumentan el desarrollo de la intervención social, teniendo en cuenta los sectores y colectivos objeto de la misma, ya que como dicen es necesario delimitar el campo de actuación para concretar de mejor forma la participación de los trabajadores sociales.

5.- *Los soportes documentales en Trabajo Social: Historia, ficha Social e informe Social*, de Sara Rodríguez Jiménez y Daniel Juan Rodríguez Ramos, ambos Trabajadores Sociales. Servicios Sociales Comunitarios del Excmo. Ayuntamiento de Utrera; en este capítulo los autores ponen de manifiesto la importancia de la documentación y su tratamiento en el ámbito profesional del Trabajo Social.

6.- *La entrevista*. Antonia Pérez Varela, Trabajadora Social; realiza un estudio pormenorizado sobre este método de investigación cualitativa en ciencias sociales, donde entre otras cuestiones, se alude a que el entrevistador deberá tener las cualidades adecuadas para conducir de forma fructífera la entrevista en cuestión y obtener la información necesaria para lograr la investigación que se pretende.

7. *La observación: Una herramienta fundamental para el desempeño de los procesos de intervención en Trabajo Social*. Juan Blanco López, Profesor Colaborador Dr., de la Universidad Pablo de Olavide. Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales; lleva a cabo un análisis detallado de la observación, como metodología eficaz tanto en el campo de las ciencias físicas como también sociales, de esta manera se podrá conocer de una forma holística la realidad objeto de estudio.

8. La visita domiciliaria. Valentín González Calvo, Profesor de la Universidad Pablo de Olavide; desarrolla un estudio sobre la visita a domicilio como práctica idiosincrática del Trabajo Social, que además de ser una técnica, es a la vez acto profesional.

9. Coordinación. Cristina Segura Luna, Juan Antonio Hurtado Casau, Inmaculada Ruiz Cabello, Psicóloga Servicios Sociales Comunitarios, Trabajador Social, Servicio Atención a la Víctima, Psicóloga Servicios Sociales Comunitarios, respectivamente; aseveran la necesaria coordinación interinstitucional e interdisciplinar para una atención adecuada a las personas.

10. El informe social: Como herramienta de transmisión de información en Trabajo Social. Concepción Nieto Morales, Antonia Pérez Varela. Realizan un estudio exhaustivo sobre este tipo de informe, por su importancia en el ámbito de la profesión de Trabajo Social, en cualquiera de los ámbitos donde se desarrolle.

11. Intervenciones mediadoras. Valentín González Calvo y Johanna Zapata Posadas, Profesor de la Universidad Pablo de Olavide, Profesora de la Pontificia Bolivariana. Medellín (Colombia), respectivamente; presentan una reflexión sobre algunas prácticas de la mediación, como modelo de intervención en conflictos.

12. El trabajo en equipo. Antonia Pérez Varela, realiza un estudio sobre el trabajo en equipo, entre otras cuestiones, alude a que el equipo debería estar integrado por profesionales y técnicos de las diferentes disciplinas relacionadas con la atención del problema, para alcanzar de este modo el fruto deseado en las empresas correspondientes.

13. El Trabajo Social con personas, grupos y comunidad desde una perspectiva estratégica de intervención. María Josefa Vázquez-Fernández, Pr^a. Dr^a., de la Universidad Pablo de Olavide, Licenciada en Ciencias del Trabajo (especialidad Recursos Humanos), Diplomada en Trabajo Social, experta en Intervención Social e inserción sociolaboral de colectivos en riesgo o situación de exclusión social; como así aduce, el objetivo de este artículo es conocer modelos y estrategias para la intervención profesional con personas, grupos y comunidad,

de esta forma lo lleva a cabo amparándose en una metodología científica recogida en su práctica profesional, como usando bases de fuentes secundarias.

14. Trabajo Social familiar sistémico. Valentín González Calvo, manifiesta que el modelo sistémico aplicado al Trabajo Social con familias no es nuevo, desde los orígenes de esta disciplina ya se empleaba, por el sentido holístico que supone.

15. Modelos de intervención en Trabajo Social. M. Carmen Cordero Montoro, Trabajadora Social. Diputación de Sevilla; los modelos en Trabajo Social sirven para interpretar las distintas situaciones a las que se enfrentan estos profesionales, llevados de esta reflexión la autora explora los que actualmente se emplean en esta disciplina profesional, finalizando el artículo con un caso práctico que se resolverá con el empleo de los modelos explicitados en el cuerpo del escrito.

16. Trabajo Social y violencia externa laboral. Pedro Chicharro Rodríguez, Trabajador Social, Antropólogo Social, Universidad Pablo de Olavide y María Chicharro Agudo, Universidad Pablo de Olavide; realizan un estudio sobre la violencia en general, y en el ámbito del trabajo en particular.

17. Las prácticas de campo en el Grado de Trabajo Social. Concepción Nieto Morales, estas prácticas están recogidas en el *Libro Blanco del Título de Grado de Trabajo Social (2004)* y en los *Criterios para el diseño de planes de estudio de títulos de Grado en Trabajo Social (2007)*, y en la legislación propia de cada universidad. Su importancia estriba en que es una conexión entre los conocimientos teóricos y la práctica profesional.

18. La contribución del análisis de redes sociales al Trabajo Social. Carmen Márquez Vázquez, Universidad Autónoma de Madrid; realiza un análisis de las redes sociales, en las que el Trabajo Social interviene, como no puede ser de otra manera, reformulando para ello sus profesionales, teorías y categorías de pensamiento.

19. Los trabajadores sociales y la nueva ley de protección de datos. Pablo José Abascal Monedero, Dr. Derecho. Abogado. Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Pablo de Olavide; relata la forma en que los trabajadores sociales deben tratar los datos de los particulares, que tomarán con ocasión de su ejercicio profesional.

20. *Teatro aplicado, intervención social y derechos humanos. Aplicación práctica del teatro como herramienta de intervención social en contextos de vulneración de Derechos Humanos en el ámbito del sinhogarismo.* Utilizando el teatro como metodología, Manuel Muñoz Bellerín, Trabajador Social, Profesor del Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad Pablo de Olavide; reivindica el sinhogarismo, como un atentado contra los derechos humanos. Estudio de casos.

Se podría decir que esta obra es de necesaria consulta, para aquellas personas que trabajan en el ámbito del Trabajo Social, ya sea como profesión o desde la esfera de lo académico, también, para los lectores interesados por los aspectos objeto de esta disciplina académica, que no es otro que remover los obstáculos que impelen a la persona a desarrollarse adecuadamente consigo misma y con su entorno, de ello dan debida cuenta los autores que intervienen en esta obra, que auguro un gran éxito.

Dr. Antonio Jesús Yugueros García
Trabajador Social

COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.

Personas con necesidad de oportunidades.

Descendiendo a la práctica de la intervención profesional

Lourdes Nieto Cabrera
*Grado enfermería y Máster en Salud Pública y Deporte
Servicio Andaluz de Salud.*

Nieto-Morales, C; Cordero Ramos, N; Vázquez Fernández, M. J. (2018). **COLECTIVOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. Personas con necesidad de oportunidades. Descendiendo a la práctica de la intervención profesional.** Dykinson. Madrid

El magnífico libro, coordinado por las profesoras de la Universidad Pablo de Olavide: Dra. Concepción Nieto-Morales, Dra. Nuria Cordero y Dra. M. Josefa Vázquez, dedicado a colectivos vulnerables es la segunda entrega que se realiza sobre personas en situaciones con necesidades de oportunidades.

Se trata de un magnífico trabajo que subraya las necesidades de personas que carecen de oportunidades que por ellas mismas puedan solventar los problemas que se deben de afrontar en el transcurso vital.

El libro consta de 23 capítulos donde se refleja la práctica profesional de quienes intervienen diariamente en el trabajo del día a día con personas que presentan cualquier tipo de vulnerabilidad. Todos los profesionales que trabajan en distintos ámbitos profesionales percibimos que la vulnerabilidad no solo va unida intrínsecamente a la economía, también presenta componentes personales, psicológicos, familiares, educativos, de salud, etc. pudiendo una persona disfrutar de un buen nivel económico pero encontrarse enferma y ser vulnerable, etc. siendo de gran importancia el trabajo de los profesionales del ámbito social, salud, educativo, etc., además del trabajo profesionalmente que se debe realizar desde las diferentes instituciones y su coordinación para poder prestar mejores servicios a las personas con déficit y necesidades de oportunidades.

Se va hacer una semblanza de los capítulos que conforman el libro:

1. La erradicación del asentamiento chabolista de “el vacié”: Un proceso en construcción, cuyos autores son miembros del Equipo Técnico de la Sección Ciudad de los Servicios Sociales del Excmo. Ayto. Sevilla. Manuel Muñoz Bellerin es trabajador social y profesor de Trabajo Social de la UPO y Manuel Soriano Soriano es Graduado en Educación Social y Licenciado en Psicología y Basilio Campos Ruiz es Licenciado en Psicología y jefe de sección de la zona marginal del Vacíe en Sevilla. El capítulo hace un recorrido desde los inicios y formación de la barriada marginal hasta los realojos de los últimos años, se plantea como abordar la realidad del chabolismo, los planes municipales para su erradicación y la reflexión desde la praxis y desde la perspectiva sociopolítica de la cuestión.

2. La Narrativa Espacial en la Visita Domiciliaria. Cuyo autor es el Pfr. Dr. de la UPO, Valentín González Calvo, gran experto en el tema y principal línea de investigación universitaria. El capítulo realiza una amplia visión de la persona y su historia familiar ligada a los lugares que habitan y que se encuentran presentes como espacio doméstico siendo una forma de expresión no verbal a través de la cual se construyen y se transmiten significados. Desde el trabajo social se toma contacto con los usuarios a través de la visita domiciliaria proporcionando una visión más amplia que el empleo de otras técnicas propias de la profesión de los Trabajadores Sociales.

3. Familias monomarentales y monoparentales de Medellín y sus redes de apoyo: El lugar

protagónico de la red primaria. Cuyos autores Johanna Jazmín Zapata Posada es docente titular y coordinadora del Grupo de Investigación en Familia de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana; María Eugenia Agudelo Bedoya, la pfra. de la Universidad Pontificia Bolivariana María Eugenia Agudelo Bedoya tristemente fallecida el pasado día 18 de enero pasado y que desgraciadamente no pudo ver la contribución al libro y el pfr. Dr. Valentín González Calvo. El capítulo presenta resultados de la investigación adscrita a la línea de Ciclo Vital Familiar del Grupo de investigación en Familia de la UPB titulada “Familias monomarentales y monoparentales y su relación con los hijos e hijas adolescentes según el nivel socioeconómico y el sexo”,

del Grupo de Investigación en Familia de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Pontificia Bolivariana.

4. Familias de un solo progenitor con hijos adolescentes: Diferencias a partir del nivel socioeconómicos. De los profesores Johanna J. Zapata Posada, Laura Isaza Valencia y Valentín González Calvo. El capítulo presenta resultados de investigación orientados a comprender la situación de adolescentes pertenecientes a familias monomarentales y monoparentales en la ciudad de Medellín, como proyectos de vida y satisfacción centrado en la importancia que los adolescentes le otorgan al respaldo familiar y a las condiciones socioeconómicas.

5. Procesos de Duelo y Trabajo Social Familiar. del pfr. Dr. Valentín González Calvo. El capítulo aborda los duelos desde una intervención integral, psicosocial, familiar, y no solo sintomática y farmacológica, donde el trabajador social como acompañante de procesos y no como mero gestor de recursos, tiene los prerrequisitos para el trabajo con los duelos y además el trabajo intenta visibilizar el trabajo con los duelos desde el Trabajo Social.

6. El fracaso escolar como factor de vulnerabilidad personal y social. Cuya autora es la pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales, muy concienciada dado su trabajo con menores en conflicto con la Ley y en situaciones muy vulnerables, tratando de concienciar día a día del problema del fracaso escolar y las limitaciones que carecer de estudios desencadena en la persona a lo largo de la vida en todos los ámbitos.

7. Reflexiones en torno al perfil del menor maltratador filiofamiliar. Vulnerabilidad familiar. La Prevención desde el sistema educativo. Cuya autora es la Pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales y docente del Departamento de Trabajo Social y asesora técnica de los Equipos Psicosociales de Juzgados y Fiscalía de Menores de Sevilla. El capítulo realiza un recorrido por los ámbitos que desencadenan el maltrato filiofamiliar, que no es solo cuestión de desbordamiento, sino que intervienen otras causas de gran importancia y desechando los problemas psicológicos se centra en la educación familiar desde la más tierna infancia en la familia, las tipologías familiares, etc.

8. Alumnado absentista. Intervención en las fronteras de la exclusión educativa de la Profesora Ayudante Doctora de la Facultad de Formación del Profesorado. Universidad Autónoma Madrid, Carmen Márquez Vázquez. El capítulo realiza un recorrido por el sistema educativo, sus fortalezas y debilidades además de la trayectoria que se produce hasta desencadenar el fracaso escolar.

9. La intervención del Trabajo Social en el contexto universitario para la inclusión social y educativa de estudiantes con diversidad funcional y estudiantes con necesidades educativas específicas. El capítulo del que son autores 5 personas entre ellos varios profesores y profesionales. El capítulo se centra en el trabajo social en el ámbito educativo.

10. El trabajo social y el empoderamiento de las mujeres en el ámbito local. Cuya autora es la trabajadora social Esperanza Ruiz Díaz. El capítulo se centra en el empoderamiento como estrategia de intervención.

11. Trabajo Social Sanitario cuyo autor es Julio Piedra Cristobal que es Trabajador Social Sanitario del Servicio Andaluz de Salud. Universidad de Huelva. Plasmando que el trabajo social sanitario indaga en las vivencias y percepciones de la persona para intervenir sobre las situaciones de malestar detectadas, de manera que esta intervención social se integre en el proceso asistencial o preventivo, buscando además los recursos que mejor pueden

contribuir a incrementar la calidad de vida de dicha persona, por lo que el Trabajo Social sanitario requiere de una especialización.

12. Trabajo Social y Cooperación internacional. Trabajando para la inclusión con mujeres Víctimas de trata

cuya autora principal es la Pfra. Dra. de la Universidad Pablo de Olavide Nuria Cordero Ramos y de Jesús Delgado Baena que es Trabajador Social en la Fundación Musol. El capítulo aborda la importancia que tiene el trabajo social dentro del ámbito de la cooperación al desarrollo presentando la experiencia profesional con colectivos en situaciones de vulnerabilidad de mujeres posibles víctimas de trata.

13. Género, feminización del VIH/sida y vulnerabilidad. Intervención social con trabajadoras del sexo. Cuyos autores son Taciana Silveira Passos, Rafael Barroso Pavía y la Pfra. Dra. Nuria Cordero Ramos. El capítulo refleja el grave problema que refleja el VIH en las trabajadoras del sexo especialmente sin poder de decisión en cuanto a relaciones sexuales y la vulnerabilidad, entendida como un conjunto de factores estructurales que se utilizan para describir susceptibilidades del grupo de población ante importantes problemas de salud.

14. Intervención con menores en riesgo de exclusión: Las colonias y campamentos urbanos, una pedagogía al servicio de la educación. Cuyos autores son la pfra. Dra. María Josefa Vázquez-Fernández, el pedagogo Manuel Aguilar Sola y la trabajadora social Carmen Quintano-Espínola, expertos en intervención socioeducativa con infancia en riesgo de exclusión

15. Centros de Día para la infancia en riesgo de exclusión. Un proyecto innovador para el desarrollo integral, de la pfra. Dra. M. Josefa Vázquez-Fernández y de Oscar Lorenzo Lorenzo que es Psicólogo y Coordinador de Proyectos de Fundación Adsis Canarias y director de los Centros de Atención Diurna para menores en Riesgo del Ayto. de Las Palmas de Gran Canaria. Psicólogo General Sanitario y Terapeuta Familiar por la Federación Español. Este capítulo expone un determinado tipo de intervención, destinada al apoyo integral de los menores declarados en riesgo socio-familiar. Se trata de un proyecto de Centros de Día que incluye un conjunto de acciones y servicios que se ofrecen a familias vulnerables y con escasos recursos, con el fin de garantizar la educación integral del Aytº. de las palmas de Gran Canarias.

16. Escuelas de Segunda Oportunidad ADSIS orientadas a la inclusión socio-laboral de jóvenes en riesgo social de la Pfra. Dra. M. Josefa Vázquez-Fernández de Oscar Lorenzo Lorenzo que es Psicólogo y Coordinador de Proyectos de Fundación ADSIS Canarias y director de los Centros de Atención Diurna para menores en Riesgo del Ayto. de Las Palmas de Gran Canaria. Psicólogo General Sanitario y Terapeuta Familiar por la Federación Español y de M^a. Dolores Sánchez Domínguez que es Trabajadora social. Responsable del Sistema de Gestión de Calidad y del Alumnado en Prácticas de la Fundación ADSIS Canarias. En el capítulo, los autores exponen un modelo de escuela mediante la cual, es posible responder a las necesidades socio educativas y de empleabilidad de jóvenes especialmente vulnerables y con marcadas historias de marginalidad.

17. Trabajo en Redentre, ONG y Entidades de la Red Pública en favor de infancia y juventud vulnerable de zonas deprimidas de las palmas de gran canaria: Mesas de Infancia. El capítulo cuyos autores son la Pfra. Dra. M. Josefa Vázquez-Fernández y Oscar Lorenzo Lorenzo que como ya se ha dicho anteriormente es Psicólogo y Coordinador de Proyectos de Fundación Adsis Canarias y director de los Centros de Atención Diurna para menores en Riesgo del Ayto. de Las Palmas de Gran Canaria. Psicólogo General Sanitario y Terapeuta Familiar por la Federación Español. El trabajo expone el programa de intervención en tres distritos de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, enmarcado en el Programa Caixa Proinfancia, financiado por la Fundación La Caixa, cuya coordinación corre a cargo de la Fundación Adsis y donde intervienen diversas entidades, tanto de tipo social que trabajan con infancia marginada.

18. La inserción educativa e itinerario formativo del alumnado con diversidad funcional en la universidad de las palmas Carmen Delia Díaz Bolaños que es profesora de la universidad

de las Palmas de Gran Canarias. En el capítulo se plasma la inserción académica y el itinerario seguido por las personas con discapacidad, a lo largo de sus estudios en la ULPGC, así como el número de abandonos y egresos, y el perfil socio familiar de dicho alumnado.

19. Personas mayores, exclusión social, vulnerabilidad y auto negligencia. Del Trabajador social de la Diputación de Sevilla y pfr. de Trabajo social de la UPO Pedro Chicharro Rodríguez y de María Chicharro Agudo. El pfr. es un gran experto en el trabajo con personas mayores. El capítulo realiza un recorrido por el trabajo que se realiza con personas mayores y pone gran énfasis en la negligencia, como factor de vulnerabilidad.

20. Protección jurídico-social de los Guardias Civiles en situación de retiro por discapacidad. Siendo los autores el Inrimino y Sargento de la Guardia Civil Antonio Carrillo Izquierdo, del pfr. Dr. de Derecho de la U. de granada Juan Antonio Maldonado Molina y del abogado Juan González-Badia Fraga. Donde el capítulo plasma la situación de retiro por discapacidad de miembros del cuerpo de la Guardia Civil.

21. Discurso profesional sobre acoso escolar. Estudio de casos. Cuyos autores son el criminólogo Antonio Carrillo Izquierdo, la Pfra. Dra. Concepción Nieto-Morales y la Lda. en filología inglesa Nieves Ortega López. El trabajo plasma las conclusiones de una investigación realizada sobre acoso escolar y el discurso de respecto a profesores de Primaria y secundaria de varios Institutos tanto ubicados en zonas rurales como urbanas y en zonas normalizadas como problemáticas. El discurso profesional a través de entrevista en un estudio cualitativo es de gran ayuda para atajar los problemas de acoso escolar.

22. El Trabajo Social con personas víctimas. Cuyo autor es criminólogo y trabajador social Juan Antonio Hurtado Casau describe la intervención que se realiza desde el servicio de atención a las víctimas de los Juzgados.

23. Protección legal y uso de los menores de Internet y de las redes sociales. Cuyo autor es el pfr. Dr. Pablo Abascal Monedero del departamento de derecho de la Universidad Pablo de Olavide y además es coordinador del turno de protección social del Ilustre colegio de Abogados de Sevilla. El capítulo cierra el trabajo de compilación dedicado a los menores y las tecnologías, donde son considerados nativos digitales y grandes expertos sin ser conscientes del problema de adicciones e infracciones legales que se producen debido entre otras cuestiones al desconocimiento legal en parte por su edad e inconsciencia.

En conclusión, se trata de un libro que presenta una perspectiva practica reflejando el trabajo del día a día de sus autores, lo que permite evidenciar la pericia en la materia.

Lourdes Nieto Cabrera

Grado enfermería y Máster en Salud Publica y Deporte

Servicio Andaluz de Salud

TRABAJO SOCIAL EN EL SIGLO XXI

Desafíos para la formación académica y profesional

Pfr. Dr. Valentín González Calvo
Universidad Pablo de Olavide
Sevilla. España

Nieto-Morales, C; Solange De Martino Bermúdez, M. (2018). **TRABAJO SOCIAL EN EL SIGLO XXI**. Desafíos para la formación académica y profesional. Dykinson. Madrid. España

Felicito a las Coordinadoras del presente libro por su generosidad de esfuerzos, por su disposición de espíritu, y por su buen hacer profesional en la concreción de la presente obra. Es de agradecer el enorme trabajo de abrir caminos a la comunicación y al entendimiento entre docentes y profesionales, que proviniendo de distintas latitudes comparten sus experiencias, reflexiones y quehaceres en pro del Trabajo Social desde tantos rincones del planeta. Este libro puede ser un referente para académicos, estudiantes y profesionales, dado el meritorio esfuerzo por crear un espacio común de encuentro que rompe las barreras idiomáticas y las distancias entre mundos tan distintos, unidos por un nexo común: el Trabajo Social.

En todas las aportaciones se aprecia un eje de inspiración común en la formación de profesionales del trabajo social: los Derechos Humanos y la lucha contra la injusticia social. Por desgracias, la desigualdad, la exclusión, la inequidad, la vulneración de derechos... es un territorio común a lo largo del planeta. El abordaje de estas realidades, desde el trabajo social, se aprecia como una constante en las distintas experiencias relatadas, desde la riqueza enfoques teóricos diversos, matizados lineamientos ideológicos, y distintas metodologías. Esta obra retrata de forma magnífica al Trabajo Social con mayúsculas a través de un espectro de experiencias que se aglutinan entorno a un sentir común: la creencia en el ser humano y los derechos que lo amparan.

En esta era de la información global, en estas sociedades digitales donde impera la cultura del *slogan*, esta amplísima contribución (más de 600 páginas) es un pormenorizado y detallado aporte desde: la reflexión, el compromiso, el cuestionamiento, la historia, las dudas y los retos. Sin duda el formato elegido para su publicación (e-book) aprovecha la senda digital para hacer llegar a estudiantes, profesionales, docentes, instituciones e investigadores los datos y las reflexiones de todos los autores/as que en la obra participan. Este formato elegido permitirá superar las fronteras y socializar el conocimiento relativo a la formación y a la profesión del trabajo social.

A buen seguro, este documento inspirará trabajos posteriores de reflexión e investigación que permitan profundizar de forma comparativa las lógicas teóricas, ideológicas, metodológicas, sociodemográficas, pedagógicas... sobre la manera en la que se transmite y se aprende la disciplina-profesión del trabajo social a nivel mundial (o al menos en los países representados). Esta completa obra, es aquella que cualquier disciplina querría tener, en tanto que permite ampliar el foco de visión, saliendo de los micromundos locales, para acercarse a múltiples miradas que resulten más completas, inspiradoras y cuestionadoras del quehacer de la formación y la práctica del trabajo social.

La pretensión del documento no es crear dogmas, no es dar recetas, ni tendencias absolutas, sino crear un espacio de encuentro a través del lenguaje, siendo el lector/a quien, a partir del recorrido por las distintas experiencias, encuentre conexiones, diferencias, dudas, lugares

comunes o impulsos creativos en la formación para la profesión del trabajo social. El lector se convierte así en protagonista, en tanto que el libro le permite tomar ingredientes de aquí y de allá para construir su propia idea del panorama de la formación en Trabajo social en el siglo XXI

En la presentación se declara, que uno de los objetivos de la obra es crear incertidumbres y preguntas, precisamente esto responde al espíritu mismo del trabajo social, problematizar la realidad en la que trabaja, cuestionándola, reflexionándola y proponiendo alternativas. Este documento, permite problematizar desde una mirada amplia la formación del Trabajo Social, no desde una visión única, sino desde la reflexión de cada uno de los autores/as a través de sus aportes. El trabajo del lector, es co-construir su propia visión al poner en diálogo y discusión las reflexiones de los distintos actores de la obra. La gran aportación de este libro, son las múltiples miradas sobre un mismo fenómeno: la formación en el Trabajo Social. Invito a estudiantes de grado, o de postgrado, profesionales, docentes o investigadores, a profundizar, por ejemplo, en las ideologías que se traslucen en cada capítulo, o en cualquier otra variable común, es una sugerencia muy tentadora que no alcanza para hacerla en una recesión, pero sí en un trabajo de estudio de mayor calado, ánimo a ello.

De forma sincera, considero que la presente obra podría optar a premio en los órganos gremiales de la profesión y/o académicos de la disciplina, animo a las Coordinadoras y a la Editorial misma, a presentarla. Este ingente trabajo de aglutinar y compendiar, a partir de unas variables básicas acordadas, las distintas formas de entender y hacer la labor de formar a profesionales del trabajo social en los distintos países representados, es de agradecer y reconocer públicamente.

La concreción de este proyecto en este documento digital, a buen seguro será una inspiración para nuevos retos multinacionales en común, que puedan profundizar en variables concretas de las que aquí se exponen de forma más amplia dentro de un panorama más general. Este reconocimiento también implica un agradecimiento a las coordinadoras, que han regalado su tiempo, su saber y buen hacer para que todos/as salgamos beneficiados, así como el propio Trabajo Social.

De forma más detalla en el documento se plasman aportaciones de 25 países, la obra de forma idéntica saldrá publicada en dos documentos tanto en inglés como en español. Los países representados son: Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Checoslovaquia, Chile, Hong Kong, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, India, Indonesia, Inglaterra, Italia, Lituania, México, Nueva Zelanda, Paraguay, Portugal, Uruguay y Venezuela

La organización interna de la obra, se plantea empleando un formato común en el que se abordan una variable fija propuestas por la coordinación. Siguiendo ese esquema previo, cada autor/a de cada país pormenoriza las particularidades y peculiaridades de su oferta y actividad formativa para los estudiantes y profesionales del trabajo social. A continuación, se detalla esos ejes comunes a cada capítulo.

En primer lugar, la explicación y pormenorización de las distintas unidades académicas y formatos formativos de grado y postgrado desde donde se impulsa la formación en trabajo social. Si se trata de formación universitaria o no universitaria (técnica), si quienes patrocinan esa formación tienen un carácter confesional o laica; estatal o privada. Y específicamente dónde se insertan los cursos de Trabajo social en una facultad, departamento, carrera en una universidad, escuela universitaria, etc. Se aporta de forma sustanciosa en algunos casos, el relato de la historia dichas unidades académicas, el espíritu de la época en su creación, así como su trayectoria y evolución particular, y el reconocimiento como carrera universitaria y las exigencias para el título.

En este eje también aparecen los desarrollados los planes de estudios de trabajo social de manera global, pormenorizando en los años de cursado, créditos totales, lineamientos generales entorno a los cuales se ordenan las asignaturas (teóricas, prácticas y teórico-prácticas) y la naturaleza de tales asignaturas. Los capítulos plasman su plan de estudio de manera estructurada, reflejando resumidamente el total de horas y créditos dedicados a la

enseñanza de la práctica; a las asignaturas teóricas de determinadas áreas, etc. Ayuda mucho a la comprensión de este aspecto los cuadros explicativos que muchos autores aportan.

En segundo lugar, se presentan las asignaturas vinculadas a la enseñanza del oficio: tiempo, duración, tipo de centros de práctica, carga horaria, etc. La dimensión de la formación para la práctica se hace evidente, dado que la misma (Prácticas) es un eje transversal e histórico en la formación de trabajadores sociales. Las Prácticas adquieren un especial protagonismo por ser en ellas donde los futuros profesionales adquieren las habilidades y destrezas necesarias para ejercer la profesión. Es de agradecer, que en este apartado se mencionen los datos relativos a la duración en el tiempo, tipo de centros de práctica y áreas (salud, empresa, servicios sociales...), así como las características de los mismos (públicos, privados, laicos...). También en este apartado se le da protagonismo a la supervisión, los insumos que los estudiantes tienen que presentar, las calificaciones mínimas para superar esta materia, y los contenidos teórico-prácticos que se implementan.

De alguna manera en cada experiencia internacional contenida en la obra, se explican cuáles son las características teórico, prácticas y éticas que debería reunir los distintos planes de estudio para la formación de los profesionales del trabajo social del futuro.

El tercer eje es el perfil del estudiantado en trabajo social/servicio social. Donde el interés fundamental radica en describir: los sectores sociales de procedencia, su perfil sociodemográfico (edad, sexo, orígenes culturales y/o étnicos...), sus capacidades para la abstracción y el pensamiento crítico. También se reflejan las motivaciones (intelectuales, sociales, religiosas, políticas...) para acceder a los estudios. En los capítulos se aprecian (no en todos por igual) cuales son las fortalezas y limitaciones (a vista de los autores) que tienen los estudiantes de trabajo social.

El cuarto eje común a cada capítulo, versa sobre la identificación y reflexión sobre los desafíos que en el presente siglo tienen las enseñanzas de la profesión. Lo que se evidencia, son los requerimientos que las instituciones del estado o privadas para la prestación de servicios por los profesionales del trabajo social. La obra, a través de sus distintas experiencias que contiene, explica cuáles son los actuales desafíos en el proceso de profesionalización del Trabajo Social, para responder a los requerimientos de las instituciones, entidades, organismos, empresas que requieren de sus servicios.

El quinto eje aborda una reflexión en un tema del máximo interés, como es si los conocimientos teórico-prácticos adquiridos podrán ser útiles y suficientes para dar respuesta solvente de manera teórica-metodología, técnico-operativa y ético-política adecuada a los problemas sociales de este milenio. Cada autor/a da una explicación relativa a dicho desafío desde su realidad particular, en este aspecto falta un trabajo posterior que permita aglutinar los ejes comunes en los retos a nivel mundial de la profesión.

El sexto y último eje, implica una conclusión por parte de los autores/as de cada capítulo relativa a la proyección de su experiencia de la unidad académica descrita, a un escenario mayor como es el país donde se ubica. Y de forma más concreta resumir o subrayar las ideas de fuerza que se ha querido transmitir en la descripción y pormenorización de los ejes anteriormente descritos.

Finalmente, cada capítulo aporta una bibliografía, esta aportación tan distinta, plural y multilingüística, es ya en sí misma una base de datos depurada para quienes adquieran la obra, que les pueda servir para futuros desarrollos y ampliación de contenidos.

Desde esta recesión, agradecer nuevamente el esfuerzo a coordinadoras y autores/as por su contribución a tamaña obra sobre el panorama actual y desafíos del nuevo siglo en la formación de futuros trabajadores/as sociales.

Pfr. Dr. Valentín González Calvo
Universidad Pablo de Olavide
Sevilla. España