

ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 2, febrero de 2015



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

Correo Electrónico:

info@idibe.com

Dirección web:

www.idibe.com

Director General:

José Ramón de Verda y Beamonte

j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567

© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

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

SECRETARÍA TÉCNICA

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DOÑA BELÉN ANDRÉS SEGOVIA
ABOGADA

DR. JAVIER BARCELÓ DOMENECH
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

DR. RAFAEL BELLIDO PENADÉS
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GIOVANNI BERTI DE MARINIS
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD DE CAMERINO, ITALIA

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

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

DR. GORKA GALICIA AIZPURUA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO,
ESPAÑA

DR. EMANUELE INDRACOLLO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE SALERNO,
ITALIA

DRA. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR ACREDITADA DE DERECHO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD
DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

DRA. ANNA MALOMO
PROFESORA INVESTIGADORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS,
UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

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

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

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

DRA. SONIA RODRÍGUEZ LLAMAS
PROFESORA CONTRATADA DOCTOR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE VALENCIA,
ESPAÑA

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

D. FRANCESC CHOLVI ROIG
ABOGADO

COMITÉ CIENTÍFICO

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

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

DRA. GIOVANNA CHIAPPETTA
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE CALABRIA, ITALIA

DR. ANDREA FEDERICO
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD DE SALERNO, ITALIA

DR. GIAMPAOLO FREZZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL, UNIVERSIDAD LUMSA, PALERMO, ITALIA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE

I. ESTUDIOS

DERECHO DE LA PERSONA

ACERCA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN
RELACIÓN CON LOS AVANCES EN BIOMEDICINA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL..... 1
JAIME VIDAL MARTÍNEZ

LA PERSONA DEL MENOR, SU INTERÉS SUPERIOR, SU AUTONOMÍA Y
EL LIBRE DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD..... 43
MARTÍN ROCHA ESPÍNDOLA

DERECHO DE FAMILIA

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL..... 87
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y MARIEL F. MOLINA DE JUAN

DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ, ANONIMATO MATERNO E
DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ..... 115
ORIANA CLARIZIA

DERECHO DE SUCESIONES

DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LOS LEGADOS COMO VÍA DE
PROTECCIÓN A UNA HIJA INCAPACITADA JUDICIALMENTE,
LEGITIMARIA, PRETERIDA POR EL TESTADOR (A PROPÓSITO DE LA
SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA DE LO CIVIL Y
DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO)..... 139
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA SCELTA DELLA DISCIPLINA APPLICABILE AI C.DD. “VITALIZI IMPROPRI”. RIFLESSIONI IN TEMA DI ALEATORIETÀ DELLA RENDITA VITALIZIA E DI TIPICITÀ E ATIPICITÀ NEI CONTRATTI.....	157
GIOVANNI PERLINGIERI	

¿ES POSIBLE INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LA CISG?.....	211
LILIANN ORELLANA	

DERECHO DE CONSUMO

LA REFORMA INTRODUCIDA EN EL TRLGDCU POR LEY 3/2014 SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO E INFORMACION.....	253
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	

LA TUTELA AMMINISTRATIVA AVVERSO LE CLAUSOLE VESSATORIE IN ITALIA.....	293
MARCO ANGELONE	

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

INTERNET Y CONTRATO DE JUEGO. EL JUEGO ON LINE Y LA REGULACION DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	327
ESTHER ALGARRA PRATS y JAVIER BARCELÓ DOMENECH	

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

AMBIENTE E PLURALITÀ DI INTERESSI COINVOLTI	361
ANNA MALOMO	

PROPIEDAD INDUSTRIAL

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PATENTE EN EUROPA: ¿NOVEDADES PARA MEJORAR?.....	381
MARÍA ARÁNZAZU GANDÍA SELLENS	

II. CONGRESOS: PONENCIAS Y COMUNICACIONES

RAPPORT ESPAGNOL AU CONGRÈS DE VIENNE LES DROITS DE L'ENFANT MINEUR D'ÂGE EN DROIT ESPAGNOL APRÈS LA CONSTITUTION DE 1978	409
GABRIEL GARCÍA CANTERO	

III. CUESTIONES DE ACTUALIDAD JURÍDICA

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

ISTITUTI CIVILISTICI E NOMOFILACHIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA NELLA COMPLESSITÀ DEL VIGENTE ORDINAMENTO EUROPEO	433
FRANCESCO LONGOBUCCO	

DERECHO DE LA PERSONA

LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL BURKA EN LUGARES PÚBLICOS. EL ASUNTO S.A.S. CONTRA FRANCIA, SENTENCIA DEL TEDH DE 1 DE JULIO DE 2014, REC. 43835/2011.....	445
ROSA M ^a . RAMÍREZ NAVALÓN	

LA PECULIAR SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR ARAGONÉS MAYOR DE CATORCE AÑOS.....	453
AURORA LÓPEZ AZCONA	

DERECHO DE FAMILIA

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS PARA LOS ABUELOS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	465
CRISTIÁN LEPIN MOLINA	

LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	477
MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ	

DERECHO DE SUCESIONES

LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SUCESIONES SEGÚN EL REGLAMENTO (UE) N.º. 650/2012 Y EL PRINCIPIO DE TRONCALIDAD DEL FUERO DE BIZKAIA.....	489
GORKA GALICIA AIZPURUA	

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ELEVAR A ESCRITURA PÚBLICA Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. COMENTARIO A LA STS DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014.....	503
SALVADOR CARRIÓN OLMOS	
ESTUDIO DE LA EXTINCIÓN DEL MANDATO DESDE UN PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL.....	517
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE Y ENRIQUE JOSÉ ESCRIVÁ TERÁN	

DERECHOS REALES E INMOBILIARIO REGISTRAL

QUÉ ES LO QUE UN COMUNERO PUEDE Y NO PUEDE HACER, VIGENTE LA COMUNIDAD DE BIENES.....	533
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LOS RETRACTOS LEGALES DE COMUNEROS Y COLINDANTES DESDE UN PUNTO DE VISTA JURISPRUDENCIAL.....	541
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
UN ESTUDIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES EN CLAVE JURISPRUDENCIAL.....	551
JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE	
LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y LA ENAJENACIÓN FORZOSA O VOLUNTARIA DE LA FINCA HIPOTECADA...	563
ADELA SERRA RODRÍGUEZ	
EL JUEGO DE LAS CONDICIONES EN LOS CONTRATOS TRANSMISIVOS DEL DOMINIO: COMENTARIOS A LA RDGRN DE 25 DE ENERO DE 2012..	573
MANUEL MONTÁNCHÉZ RAMOS	

CUBA Y EL MARCO REGULATORIO ACTUAL DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. IDEAS BÁSICAS.....	587
MARÍA ELENA COBAS COBIELLA	

DERECHO DE CONSUMO

FALTA DE TRANSPARENCIA FORMAL DE UNA CLÁUSULA SUELO EN UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO A LA STS 8 SEPTIEMBRE 2014 (RJ 2014, 4660).....	601
PEDRO CHAPARRO MATAMOROS	

DERECHO MERCANTIL

SOBRE LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA EN EL DERECHO SOCIETARIO PRESENTE Y PROYECTADO.....	613
PAOLA N. RODAS PAREDES	
ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL.....	621
RAFAEL NEBOT SEGUÍ	

DERECHO DEL TRABAJO

PRIMERA EXPERIENCIA PRÁCTICA DEL NUEVO SISTEMA DE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES INSTAURADO POR MOR DE LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE: ¿AVENTURA DE UNA DESVENTURA?.....	637
EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI	

DERECHO ADMINISTRATIVO

GRANDES LÍNEAS DEL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES: AVANCES Y ASPECTOS CONTROVERTIDOS.....	647
FRANCESC CHOLVI ROIG	
LEY ESPAÑOLA 12/2013, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA.....	663
ANDREA MOYA LATORRE	

EXAMEN DEL ESTADO REGULATORIO Y DE NEGOCIOS DE LA TELEVISIÓN PÚBLICA VALENCIANA. RETOS PRÓXIMOS.....	677
BELÉN ANDRÉS SEGOVIA	

DERECHO TRIBUTARIO

EL PLAN DE ACCIÓN BEPS DE LA OCDE: PASADO, PRESENTE Y FUTURO.....	689
JOSÉ CARLOS PEDROSA LÓPEZ	

LA REPETICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS UNA VEZ HAN SIDO ANULADOS POR SENTENCIA JUDICIAL, CON INDEPENDENCIA DE CUÁL HAYA SIDO EL VICIO O DEFECTO DETERMINANTE DE LA ANULACIÓN. COMENTARIO A LA STS 29 SEPTIEMBRE 2014, REC. Nº 1014/2013.....	707
FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO	

INCENTIVOS FISCALES A LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA CON EL BIEN COMÚN.....	719
VICENTE GOMAR GINER	

DERECHO PENAL

LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL CASO DE ENFERMOS GRAVES DE CÁNCER.....	735
LUIS DE LAS HERAS VIVES	

DERECHO Y BIOÉTICA

LA REGULACIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.....	745
JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO	

LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	761
GIOVANNI BERTI DE MARINIS	

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN.....	777
ENRIC BATALLER I RUIZ	

DERECHO PROCESAL

CUSTODIA COMPARTIDA Y MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO CIVIL VALENCIANO: CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.....	789
ESTHER ALGARRA PRATS Y JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH	

DERECHO NOTARIAL

O NOTARIADO E O REGISTRO IMOBILIÁRIO NO BRASIL: BREVES REFLEXÕES.....	797
PEDRO ACCIOLY DE SÁ PEIXOTO NETO	

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA COMISIÓN DE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO Y LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. CONCLUSIONES DE LA 5ª CONFERENCIA “FAMILY LAW IN EUROPE: NEW DEVELOPMENTS, CHALLENGES AND OPPORTUNITIES”.....	809
PABLO QUINZÁ REDONDO y JACQUELINE GRAY	

IV. RECENSIONES

RECENSIÓN A GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, <i>DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E AUTONOMIA CONTRATTUALE</i> . NAPOLI (2013): EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE.....	817
SALVADOR CARRIÓN OLMOS	

ACERCA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN
RELACIÓN CON LOS AVANCES EN BIOMEDICINA DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

ON THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION WITH REGARD TO
THE ADVANCES IN BIOMEDICINE FROM THE PERSPECTIVE OF
THE SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 1-42.

Fecha entrega: 02/09/2014
Fecha aceptación: 09/09/2014

JAIIME VIDAL MARTÍNEZ
Profesor Emérito de Derecho Civil
Universidad de Valencia
jaime.vidal@uv.es

RESUMEN: El presente estudio trata de del derecho a la protección de la salud desde una perspectiva general y particularmente desde la perspectiva del Derecho español, haciendo hincapié en las cuestiones suscitadas por los avances biomédicos. El autor mantiene que la construcción civil de los bienes y derechos inherentes a la persona apoyada en el principio de la dignidad humana permite flexibilizar y completar la doctrina de los derechos fundamentales y se muestra hoy como el mejor instrumento jurídico para la protección de la salud humana en los nuevos escenarios que plantea la biomedicina.

PALABRAS CLAVE: derecho a la protección de la salud; derechos inherentes a la persona; reproducción asistida; diagnóstico prenatal; Nueva Medicina.

ABSTRACT: This study looks at the right to health protection from a general perspective and particularly from the specific perspective of Spanish law, with a focus on the questions raised by the advances in Biomedicine. The author claims that the civil construction of the person's inherent rights, supported by the principle of human dignity, allows for a flexible approach that can complete the doctrine of fundamental rights. This approach currently appears as the best juridical instrument for the protection of human health in the context of the new scenarios in Biomedicine.

KEY WORDS: right to health protection; inherent rights of the person; assisted reproduction; pre-birth diagnosis; New Medicine.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: PANORAMA GENERAL Y DERECHO ESPAÑOL.- III ACERCA DE LE REGULACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN RELACIÓN CON LOS AVANCES EN LAS CIENCIAS DE LA VIDA Y TECNOLOGÍAS CONEXAS.- IV REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LOS AVANCES BIOMÉDICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.- V. ACERCA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA HUMANA EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LA BIOMEDICINA. - VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION.

En la actualidad el desarrollo tecnológico comienza a expandirse a escala universal proyectándose sobre los distintos pueblos y culturas. Se trata de un proceso de creciente complejidad-la globalización- iniciado en el campo de las comunicaciones y facilitado por el tratamiento automático de la información, que trasciende con mucho a los Estados constituidos. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones entre los hombres y entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su marco de convivencia, dado que nunca como en esta época se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales¹. Esta revolución se muestra en ámbitos diversos, tal como los de la Medicina y el Derecho, coincidentes no obstante en su proyección sobre la persona humana, contemplada respectivamente en su individualidad física y mental o en su vida social².

El desarrollo tecnológico permite en algunos casos prolongar la vida o mejorar las condiciones de salud de enfermos en situación precaria utilizando

¹ GARCÍA CANTERO. G., “Derecho, Biografía y Globalización”, comenta la obra de R. DOMINGO (ed.) *Juristas Universales*, en *Revista Jurídica del Notariado* (2005) núm. 54, abril-junio, pp. 247-301 (las citas del texto corresponden a PÉREZ LUÑO, p. 298). RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho* (traducción de A. GREPPI). Madrid (2010): Trotta, p. 77, considera como aspecto indudablemente positivo de la globalización, la difusión y generalización de los derechos fundamentales. VIDAL MARTÍNEZ, J., analiza el fenómeno de la globalización como punto de partida del estudio “Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coord. F. BLASCO., M. CLEMENTE, J. ORDUÑA, L. PRATS y R. VERDERA), tomo II. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, pp. 2825-2863.

² GITRAMA GONZÁLEZ, M., “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”, *Anuario de Derecho Civil* (1977), pp. 273-335 (en particular, p. 274).

órganos de personas fallecidas. Hoy, los trasplantes de órganos y tejidos humanos se llevan a cabo en algunos países de forma creciente. La fecundación *in vitro*, cuya aplicación con éxito a seres humanos se inició en 1978 y la descripción y secuenciación del genoma humano alcanzada a comienzos del presente siglo son logros técnicos en el campo de la reproducción y genética humanas cuya aplicación conjunta abre paso a una plétora de posibilidades, al tiempo que suscita un cúmulo de interrogantes éticos y jurídicos³. De otra parte, el desarrollo tecnológico en su afán de dominar la naturaleza, origina riesgos específicos debidos a la acción humana cuyo tratamiento jurídico es ineludible. A comienzo de los años setenta del pasado siglo aparece en los Estados Unidos la Bioética, para hacer frente a las transformaciones de las llamadas ciencias de la vida, como un intento de salvaguardar el destino de la especie humana conciliando el avance científico y el saber filosófico y humanístico, disciplina que derivaría poco después hacia una ética aplicada respecto a los avances en medicina y biología, consiguiendo desde esa perspectiva una gran difusión a escala mundial⁴. En la misma época fue perfilándose en el Derecho Europeo el principio de precaución, para impedir que la persecución de intereses económicos o de otra índole dañe grave e irreversiblemente el medio ambiente o la salud de los seres humanos⁵. En 1997, al obtenerse en el Reino Unido la clonación de una oveja, se planteó la posibilidad de clonar seres humanos, y si bien tal pretensión fue objeto de repulsa en diversos textos jurídicos de ámbito nacional e internacional, se va admitiendo en la legislación de algunos países la investigación con embriones humanos, incluidos los intentos de obtención

³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Libertad y Genoma Humano”, en AA.VV., *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. 1. Madrid (1994): Fundación BBV, pp. 245-270, considera que los conocimientos derivados del Proyecto Genoma Humano pueden afectar a los derechos fundamentales de la persona, señaladamente el derecho a la vida, a la libertad y a la identidad, estando además en juego la evolución de la especie humana, por lo que reclama una exquisita prudencia en el desarrollo de las biotecnologías y para ello una legislación internacional bien estructurada y el adecuado control público. BALLESTEROS, J., “Biotecnología, biopolítica y posthumanismo”, en AA.VV., *Biotecnología y Posthumanismo* (coord. J. BALLESTEROS y E. FERNÁNDEZ), *Global Law Collection*. Cizur Menor, Navarra (2007): Aranzadi, pp. 22-37, señala los riesgos derivados de la absolutización de la tecnología y, en última instancia, el riesgo de posthumanismo.

⁴ GAFO, J., “Historia de una nueva disciplina: La Bioética”, en AA.VV., *Derecho biomédico y bioética* (coord. C.M. ROMEO CASABONA). Granada (1998): Comares, pp. 87-111.

⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Algunos datos y observaciones acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de desarrollo tecnológico”, *Revista jurídica del Perú* (2004), núm. 56, pp. 125-153, trata de la necesidad de un nuevo instrumental jurídico para la protección de la persona en relación con los avances de la técnica; ID, “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en AA.VV., *Principio de precaución, biotecnología y derecho* (ed. C.M. ROMEO CASABONA). Bilbao-Granada (2004): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma humano-Comares, pp. 35-82.

de líneas celulares humanas mediante técnicas de clonación, con finalidad terapéutica⁶.

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. PANORAMA GENERAL Y DERECHO ESPAÑOL.

El cometido más importante de la medicina sigue siendo, hoy como antaño, la salud individual, pero a diferencia del pasado, los poderes públicos tratan de proteger y promocionar la salud de los ciudadanos desde una perspectiva comunitaria a fin de lograr una mayor participación en la vida social⁷. La medicina ha alcanzado cotas de gran especialización y se ejerce hoy en ámbitos de creciente complejidad e interdependencia, sometida a limitaciones económicas y estructurales de muy diverso alcance. El desarrollo tecnológico ha propiciado junto a la medicina curativa, otro tipo de medicina que tiende a satisfacer proyectos individuales de desarrollo de la personalidad; los avances en el diagnóstico van configurando una medicina predictiva y se anuncia una medicina regenerativa apoyada en las expectativas suscitadas por recientes avances en genética humana⁸.

Todo ello va a contribuir a modificar el tradicional concepto de salud, ligado a la ausencia de enfermedad, para avanzar, particularmente en los países desarrollados, en la percepción de la salud como un estado de bienestar

⁶ BELLVER CAPELLA, V., *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*. Granada (2000): Comares, trata de la clonación humana, su regulación en textos internacionales en relación con los derechos humanos, valorando la posibilidad de su utilización con fines no reproductivos.

⁷ MARTIN, J., *Pour la santé publique*. Lausanne (1987): *Réalités sociales*, pp. 1, 20, destaca la estrecha relación entre la salud pública y la salud individual de las personas integradas en un grupo humano, estableciendo cuatro factores que determinan la salud de la población: las características hereditarias y biológicas, el estilo de vida, el entorno considerado en el sentido más amplio y el sistema sanitario accesible (mi traducción). REVIRIEGO PICÓN, F., y ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., “La protección a la salud en la Constitución Española”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural* (directores A. FERNÁNDEZ CORONADO y S. PÉREZ ÁLVAREZ). Valencia (2014): Tirant lo Blanch, pp. 11-30, 14, consideran que hay una íntima relación entre la universalización de las medidas de protección de la salud y la progresiva democratización del poder y destacan que las grandes constituciones pioneras del Estado social han reconocido entre los derechos sociales el derecho a la salud.

⁸ ROMEO CASABONA, C. M., editor y autor del Prólogo de la obra *Hacia una nueva Medicina: consejo genético*. Bilbao-Granada (2013): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, p. IX, señala que los análisis genéticos han contribuido a un nuevo enfoque de la Medicina (personalizada, predictiva, preventiva y participativa). GÓMEZ CÓRDOBA, A. I., “Nueva Medicina y consejo genético”, en la obra anteriormente citada, *Hacia una nueva Medicina*, pp. 1-20, distingue como formas de la Medicina genómica, la Medicina personalizada o individualizada, la Medicina reproductiva y las técnicas de procreación humana asistida y la Medicina regenerativa (en particular, pp. 3. y ss.).

físico, mental y social, tal como afirmara la Organización Mundial de la Salud en 1946. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se refiere al derecho a la salud en el artículo 25 con fórmula muy amplia que aúna diferentes conceptos⁹. Con posterioridad el Derecho Internacional ha reconocido y plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en multitud de textos, convenios y documentos, bajo diversas especificaciones y mecanismos de garantía¹⁰ todo lo cual plantea la cuestión de delimitar el contenido esencial del derecho a la salud, atendida la realidad social del tiempo presente y el distinto grado de desarrollo de los pueblos¹¹.

En los últimos años se ha legislado en muchos países acerca de estas cuestiones que inciden medularmente en el Derecho de la Persona, más allá de su repercusión en otros sectores del ordenamiento jurídico. Ejemplo paradigmático de este planteamiento, ha sido la introducción en el Código Civil francés en 1994, de un título referidos a los derechos civiles y a la

⁹ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdidas de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. TALAVERA P., “El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2008), 2º semestre, núm. 12, pp. 107-138 (en particular, p. 125), califica el citado art. 25 de la DUDH de “poliédrico”, por cuanto “junto a distintas cuestiones relacionadas con la salud, incluye además la previsión social y la protección de la maternidad y de la infancia”.

¹⁰ TALAVERA P., “El derecho humano a la salud” cit., p. 111, cita el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales de 1966 que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, refiriéndose a continuación a diversos convenios regionales, que han plasmado el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria en términos bastante parecidos (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Social Europea; Pacto de San José para América; la Carta Africana de Derechos Humanos y la Carta Árabe de Derechos Humanos, destacando la manera extensa y particularizada en que se reconoce el derecho a la salud del niño en el art. 24 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989).

¹¹ TALAVERA P., “El derecho humano a la salud”, cit., pp. 125, 133 y ss., señala que el derecho a la salud tiene dos dimensiones que se traducen en otros dos derechos específicos: El derecho al mantenimiento de las condiciones de salud (dimensión social) y el derecho a la atención sanitaria (dimensión individual). Se destaca la estrecha relación entre riqueza y salud al comentar el Informe “Recursos mundiales 2000” realizado por el Instituto de recursos mundiales (Programas de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo y Banco Mundial), del que resulta que un quinto de la población mundial vive con menos de un dólar USA al día lo que imposibilita para acceder a elementos básicos de una vida sana y lo que conlleva, entre otras trágicas consecuencias, millones de muertes infantiles debidos a patologías en gran medida curables, lo que aleja, pese a los programas de actuación puestos en marcha, la esperanzas de satisfacer las exigencias de una vida digna para todos los seres humanos.

protección del cuerpo humano, sentando las bases de una amplia reforma legislativa, sujeta a posteriores revisiones¹². La doctrina civilista en algunos países hispanoamericanos hace esfuerzos también por alcanzar resultados de síntesis, adecuando la legislación vigente a la Constitución de cada Estado y a la eventual pertenencia a comunidades de integración mediante la recepción y regulación de los derechos humanos, en orden a lograr una protección jurídica efectiva de la persona¹³.

Desde un enfoque predominantemente europeo se asiste a renovados intentos de lograr la constitucionalización del orden jurídico respetuoso con la trayectoria histórica de los distintos países¹⁴. En el caso español este proceso de integración y renovación de los distintos sectores del ordenamiento se apoya en las coordenadas de la Constitución de 1978 orientada inequívocamente hacia la protección y promoción de los derechos fundamentales¹⁵, lo que está permitiendo a su vez el desarrollo de la construcción civil de los bienes y derechos de la personalidad¹⁶.

La Constitución Española encuadra el derecho a la protección de la salud en el apartado de “principios rectores de la política social y económica”¹⁷, que

¹² BINET, J. R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*. Paris (2005): PUF.

¹³ RIVERA, J.C., “La reforma de la codificación civil en América Latina”, *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires (1999), núm. 1, pp. 169-182.

¹⁴ RODOTÀ, S., *La vida y las reglas.*, cit., p. 302, señala que el tema de la constitucionalización de la persona queda reflejado en el art. 32 de la Constitución italiana con particular intensidad, pues tras considerar la salud como derecho fundamental del individuo, establece que los tratamientos obligatorios sólo podrán ser prescritos por la ley, y que además no podrán violar “en ningún caso” el límite del “respeto a la persona humana”.

¹⁵ El Tribunal Constitucional español en la S. 53/1985 calificó al art. 10 de la CE que formula los principios básicos de “dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la ley y a los derechos de los demás” como “germen de derechos y libertades”, afirmando la primacía del derecho a la vida (que, junto al derecho a la integridad física y moral se establece en el art. 15 CE, en el apartado de los derechos fundamentales).

¹⁶ El Código civil español, desde 1981, alude expresamente en el art. 162 a los derechos de la personalidad, amén de otras referencias implícitas a estos derechos inherentes a la persona, cuya existencia en el ordenamiento jurídico español avala desde ha tiempo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a los que se refiere también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹⁷ El art. 43 CE establece que “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”. El art. 49 CE señala que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. El art. 51 CE establece que “Los poderes públicos garantizarán la seguridad, salud y otros legítimos

informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos¹⁸ (aunque) sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen¹⁹. El derecho a la protección de la salud establecido en el art. 43.1 CE y concordantes CE, fue desarrollado mediante la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que sigue vigente con diversas modificaciones, entre las mismas las introducidas para favorecer la autonomía del paciente al que se reconocen una serie de derechos encabezados por el respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad y no discriminación²⁰.

Se ha destacado la relevancia de la figura del consentimiento informado como expresión de la autonomía del paciente y al tiempo las dificultades que implica la imposición de dicho consentimiento o de un procedimiento sustitutivo en los casos de falta de capacidad, de madurez, o por las propias circunstancias del enfermo²¹. El consentimiento informado resulta pieza clave en la formulación de los derechos del paciente en el ordenamiento jurídico español y en el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, siendo

intereses de consumidores y usuarios”. El art. 45.1 CE determina que “Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

¹⁸ La Ley 41/2002 de 14 de noviembre, “básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, refuerza la autonomía del paciente y el derecho a la información relativa a su salud. En esta línea, la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal califica los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos de acuerdo con la Directiva de la Unión Europea 46 de 1995, que apunta la presencia de intereses generales, tales como los estudios epidemiológicos, investigación y ensayos clínicos, en definitiva bienes jurídicos relativos a la salud pública que deben coexistir con el interés particular del derecho a la protección de la salud individual.

¹⁹ Art. 53.3 CE. SALA SÁNCHEZ, P., sostiene el valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales. En “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, Discurso de Investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universitat de València, 26 de mayo 2014, pp. 44 y ss.

²⁰ Art. 10 Ley General de Sanidad, modificado por la citada Ley 41/2002 de 14 de noviembre, que reclama el consentimiento informado del paciente en las actuaciones en el ámbito de la salud y atiende preferentemente a la necesidad de proteger especialmente los datos de salud, tal como establece la L.O. 15/1999 de protección de datos de carácter personal.

²¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “El derecho a la autonomía de los pacientes”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, tomo I, Madrid (2003): Civitas, pp. 173-205. BELLVER CAPELLA, V., en CONTRERAS, F.J., y otros., *El sentido de la libertad. Historia y vigencia de la idea de ley natural*. Barcelona (2014): Stella Maris, pp. 346 y ss., sin negar la utilidad de los documentos de voluntades anticipadas denuncia la abstracción que subyace en determinados planteamientos bioéticos cuando se trata de la persona que encara el final de su vida.

objeto de una mención específica en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²².

El Tribunal Constitucional, utilizando el criterio hermenéutico del 10.2 CE ha destacado la conexión del consentimiento informado con el derecho fundamental de la integridad física y moral²³, derecho al que doctrinalmente se ha denominado “integridad personal” lo que muestra la conexión entre las decisiones que se toman sobre la propia salud y la libertad de conciencia²⁴. El principio de dignidad de la persona es considerado en la Constitución española como un principio matriz del que derivan derechos y libertades y que proyectado sobre los derechos fundamentales da lugar a un *minimum invulnerable*²⁵. Introducido el citado principio en la legislación sanitaria básica, fundamenta a la vez que limita los derechos y la autonomía del paciente, junto al respeto a la ley que garantiza los derechos de todos²⁶.

Conviene tener en cuenta que la aparición de los sistemas sanitarios es relativamente reciente y que el paso de un sistemas mutualista a otro estatal, tendencialmente de protección universal, se enfrenta al progreso imparable de los avances científicos y técnicos que encarecen inevitablemente la prestación de cuidados, junto a las demandas específicas de las sociedades desarrolladas que consideran la prestación sanitaria un derecho adquirido sin

²² Art. 10 Ley General de Sanidad; Ley 41/2002, Capítulo IV, “El respeto a la autonomía del paciente”, arts. 8-13. Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 3.2.

²³ TARODO SORIA, S., y MENÉNDEZ MATO, J.C., “Diversidad religiosa y cultural y bioderecho. El derecho a decidir sobre la propia salud”, en AA.VV., *La Protección de la salud en tiempo de crisis*, cit., pp. 153-208 (en particular, pp. 161, 162, 174), tratan ampliamente del consentimiento informado al que consideran acto jurídico de expresión de voluntad que garantiza la efectividad del derecho a decidir sobre la propia salud, además de requisito de licitud de la práctica médica, comentando la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 que calificó el consentimiento informado como “derecho humano fundamental” y la Sentencia 37/2011 del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011 que sitúa el derecho a la información sanitaria y el derecho a decidir en las órbita del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE.

²⁴ TARODO SORIA, S., y MENÉNDEZ MATO, J.C., “Diversidad religiosa y cultural y bioderecho”, cit. Hay una referencia al estudio de CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*. Valladolid (2006): Lex Nova, pp. 162 y ss.

²⁵ STC 120/1990, de 29 junio, F.5º.

²⁶ TARODO SORIA, S., y MENÉNDEZ MATO, J.C., “Diversidad religiosa y cultural y bioderecho”, cit., pp. 154 y ss., señalan, en relación con la salud de los inmigrantes en España, que el Estado ha tomado la iniciativa de reforzar la integración como eje central de la política de inmigración y que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU considera obligación de los Estados la atención sanitaria adecuada y aceptable, respetuosa con la cultura de las personas, su género y ciclo vital.

límites con el problema añadido de la mayor esperanza de vida y menor número de nacimientos propio de dichas sociedades²⁷.

Aunque la Constitución española no contiene previsiones específicas respecto a la embriología y genética humanas, sí incluye entre los derechos fundamentales la producción y creación científica y técnica y entre los principios rectores de la política social y económica se comprende la promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general²⁸. Al amparo de las normas y principios constitucionales, se ha ratificado el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y se han regulado en España desde 1988 las técnicas de reproducción (humana) asistida, objeto de la Ley de 26 de mayo de 2006, así como otras actividades científicas y técnicas que guardan estrecha conexión con los avances en embriología y genética humana, objeto de la Ley de Investigación Biomédica (LIB) de 3 de julio de 2007²⁹.

Cabe recordar que la pertenencia de España a la Unión Europea refuerza el alcance del derecho a la protección de la salud, pues aunque esta materia sea competencia de los Estados miembros, la Unión Europea complementa las

²⁷ BACA BALDOMERO, E., “La crisis y las deficiencias del sistema”, *Claves de razón práctica* (2013), núm. 226, p. 9, hace notar que hoy, en el sistema sanitario, junto a la relación básica médico- enfermo, intervienen como potentes interlocutores las compañías de seguros o el Estado, como “tercer pagador” y el complejo industrial sanitario en el que se incluye el universo de la farmacología. REVIRIEGO PICÓN, F., y ALGUACIL GONZÁLEZ-AUROLES, J., “La protección de la salud”, cit., pp. 11-29 (en particular, p. 28), destacan la conexión del derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida y a la integridad física. Comentando el alcance del RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, consideran necesario mantener, pese a las dificultades, el acceso universal a la sanidad, dada la conexión de la salud con el derecho a la vida y la dignidad de la persona, citando la Sentencia del TC 239/2012, de 12 de diciembre.

²⁸ Art. 20.b) y art. 44 CE. En relación con la libertad de investigación se ha sostenido que las limitaciones deben recaer sobre la utilización de conocimientos y no sobre su adquisición, pero es legítima la prohibición de determinados procedimientos o métodos en la medida que involucren a seres humanos (incluido el concebido), a otros componentes biológicos humanos o a otros bienes dignos de protección. ROMEO CASABONA, C. M., “Derecho y Genética Humana: bases para una discusión”, *Revista General de Derecho*, Sección de Derecho y Bioética (1995), enero-febrero, pp. 829-837.

²⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “La libertad de creación y producción científica en la Ley de Investigación biomédica: objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley”, en AA.VV., *Investigación Biomédica en España. Aspectos Bioéticos, Jurídicos y Científicos* (coord. J. SÁNCHEZ CARO y F. ABELLÁN). Granada (2007): Comares, pp. 1-52, destaca la amplitud del sistema de derechos y garantías de la Constitución española, pese a que no se hayan recogidos derechos de *cuarta generación*, y considera que la libertad de investigación científica forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el art. 20 1 b) CE.

políticas de los mismos en materia de salud pública, prevención de enfermedades y protección frente a los peligros que puedan afectar a la salud humana³⁰.

III. ACERCA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LOS AVANCES EN LAS CIENCIAS DE LA VIDA Y TECNOLOGÍAS CONEXAS.

La culminación del Proyecto Genoma Humano implica cambios revolucionarios para la medicina y la biotecnología, dada la capacidad predictiva de la información genética y las posibilidades abiertas en la lucha contra las enfermedades hereditarias y de origen microbiano³¹. De otra parte, la práctica de la reproducción asistida, dinamizada extraordinariamente por los avances en embriología y genética humana es hoy, al menos potencialmente, un fenómeno global, por lo que parece necesaria una reflexión igualmente global en orden a la revisión del instrumental jurídico para adaptarlo a las transformaciones de la revolución reproductiva que marca una inflexión en un proceso de civilización tendencialmente planetario³².

El desarrollo biomédico actual ofrece posibilidades extraordinarias de curación de enfermedades y de mantenimiento de la salud. Pero al mismo tiempo, ese desarrollo ha incrementado exponencialmente las posibilidades de cosificación y utilización en favor de terceros de elementos corporales, afectando ello a bienes y derechos de las personas, que podrían incluso alcanzar en algún caso a futuras generaciones de seres humanos. La producción normativa de los estados en relación con el citado desarrollo de la biomedicina ha sido muy desigual y con notables diferencias en cuanto a lo prohibido y lo permitido, argumento frecuentemente invocado para defender normas permisivas en este campo que, en un mundo globalizado conduce al

³⁰ MARCOS MARTÍN, T., y QUESADA ALCALÁ, C., en *La protección de la salud*, cit., pp. 35-59, tratan acerca de los “Principales programas de acción en el ámbito de la salud” (de la Unión Europea), entre los mismos “El programa de salud para el crecimiento. Años 2014-2020”, que en la actualidad toma como punto de partida la Carta de Derechos Fundamentales, abiertos en el caso español a la dimensión internacional de los derechos humanos (10.2 CE), analizando los programas de acción en el ámbito de la salud de la UE tal como aparece en el Libro Blanco “Influencia de la Unión Europea en la protección de la salud en España”.

³¹ ROMEO CASABONA, C. M., *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Bilbao-Granada (2002): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma humano-Comares, pp. 7 y 8.

³² VIDAL MARTÍNEZ, J., “Derechos inherentes en la reproducción asistida, en AA.VV., *La humanidad in vitro* (coord. J. BALLESTEROS). Granada (2002): Comares, Cap. 13, pp. 267-297.

florecimiento de “paraísos biomédicos” para desarrollar investigaciones o aprovecharse de ciertas intervenciones³³.

De otra parte, la regulación jurídica de las cuestiones planteadas por el avance de la genética humana plantea múltiples dificultades derivadas de la rapidez con que se produce el desarrollo tecnológico sin una correlativa sedimentación de los conocimientos incluyendo en este capítulo la relevancia muchas veces distorsionada del verdadero alcance de los nuevos descubrimientos e invenciones técnicas³⁴.

En estas circunstancias, se realizan notables esfuerzos para construir un instrumental normativo supranacional que den respuesta a estas cuestiones³⁵ dado que los acuerdos jurídicos internacionales ya existentes-particularmente en materia de derechos humanos -no son suficientes para las nuevas necesidades de protección de los derechos, bienes y valores afectados³⁶.

1º) Declaraciones de la UNESCO. En la línea antes puntada, destaca el papel de la UNESCO al aprobar la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos de 2003 y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005.

Se ha destacado que los nuevos y los viejos problemas que plantea la investigación biomédica y la asistencia sanitaria, en suma, la salud de las personas, reclaman una especial y creciente atención por parte de la comunidad internacional, como vía privilegiada de penetración en los

³³ BELLVER CAPELLA, V., “La globalización de los derechos humanos en bioética”, en AA.VV., *Bioética y cuidados de enfermería* (ed. V. BELLVER CAPELLA), vol. I, Alicante (2014), pp. 197-224.

³⁴ En este sentido BELLVER CAPELLA, V., *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y Derecho*. Granada (2006), pp. 45 y ss., quien aboga por la superación del sensacionalismo en la información acerca de los avances científicos.

³⁵ Cabe citar la *Declaración de Bilbao* de 1993 fruto de la reunión internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano y la Declaración Ibero-Latino-Americana sobre Ética y Genética de Manzanillo (1996) revisada en Buenos Aires (1998) y en Santiago de Chile. ROMEO CASABONA, C. M., *Los genes y sus leyes*, cit., p. 39.

³⁶ LENOIR, N., y MATHIEU, B., *Les normes internationales de la bioéthique*. Paris (2004): PUF, p. 17 (mi traducción), se refieren, en sentido amplio, a un Derecho Internacional de la Bioética, prospectivo y precursor que deriva de actos unilaterales de organizaciones internacionales con fuerza obligatoria, tales como las directivas y reglamentos comunitarios, de Convenios internacionales como el de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, de declaraciones solemnes como las de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos del hombre, e incluso de textos que no son en sentido estricto normas jurídicas, tales como los emanados de los Comités de ética internacionales (p. 6). Se argumenta que en la sociedad de la información en la que vivimos textos declarativos de *soft law*, pueden modelar las mentes tanto como la ley.

Estados, y que los instrumentos jurídicos que diseñen un marco apropiado para las necesidades actuales de la investigación en las ciencias de la salud, para la protección de la salud individual y colectiva y para el desarrollo de las tecnologías relacionadas, deben ser universales y tener como eje rector el respeto de la dignidad del ser humano y de los demás derechos que le son inherentes³⁷.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos se adecúa a estas premisas, dado su enfoque general en cuanto a la materia y universal por su proyección, su equilibrada apreciación de la realidad y a la vez su apertura al futuro³⁸. El objetivo más sobresaliente de dicha Declaración es la promoción del respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico, como principio jurídico, fundamento de derechos y libertades, garantía de la no discriminación y no estigmatización de las personas y límite del legítimo pluralismo cultural³⁹. Con todo, contrasta la concreción de las garantías de la autonomía del individuo frente a la vaguedad con que se trata las exigencias de la justicia⁴⁰.

En el Preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos se reconoce que la salud no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica, sino también de factores psicosociales y culturales y en el art. 14 de la Declaración, bajo el epígrafe “Responsabilidad social y salud”, se afirma que “1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos que comparten todos los sectores de la sociedad”. En el apartado 2 se califica como derecho fundamental de todo ser humano el goce del grado máximo de salud posible y consecuentemente se aboga por a) el acceso

³⁷ ROMEO CASABONA C.M, Editorial, en AA.VV., *Hacia una Bioética Universal, Las Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO* (s.f): Instituto Roche. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano.

³⁸ En este sentido, GROS SPIELL, H., “Significado de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de la UNESCO”, en AA.VV., *Hacia una Bioética Universal*, cit., pp. 7-9, quien recuerda que la Declaración fue aprobada por aclamación por la Conferencia General de la UNESCO.

³⁹ En este sentido, ANDORNO, R., “El respeto de la dignidad humana en el ámbito biomédico según la Declaración de la UNESCO”, en AA.VV., *Hacia una Bioética Universal*, cit., pp. 17-21

⁴⁰ BELLVER CAPELLA, V., “La globalización de los derechos humanos”, cit., 209. NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “La medicina individualizada frente a la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos”, en AA.VV., *Hacia una Bioética Universal*, cit., pp. 29-33, distingue principios referidos a la protección del paciente o del sujeto de la investigación: autonomía de la persona para tomar decisiones (art. 5), privacidad (art. 9) y no discriminación (art. 11). La Declaración adopta una perspectiva “colectiva en los artículos 12 al 17 al enunciar principios referidos a la diversidad cultural, la solidaridad y cooperación, responsabilidad social, protección de las generaciones futuras y protección del medio ambiente la biosfera y la diversidad.

a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para las mujeres y los niños, puesto que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano b) el acceso a una alimentación y un agua adecuados c) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente d) La supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo e) La reducción de la pobreza y el analfabetismo⁴¹.

2º) Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto las aplicaciones de la Biología y la Medicina. El Consejo de Europa ha desarrollado en este campo una encomiable labor, de la que es muestra destacada la aprobación del Convenio de biomedicina y derechos humanos (1996)⁴², al que han seguido tres protocolos adicionales, prohibiendo la clonación humana (1998), regulando el trasplante de órganos y tejidos humanos (2002) y el tercero sobre investigación biomédica(2005)⁴³.

El Convenio antes citado de derechos humanos y biomedicina representa un hito fundamental en la regulación jurídica de las ciencias biomédicas, pues los estados que lo han firmado y ratificado, quedan obligados a garantizar una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el Convenio (art. 23)⁴⁴.

En el capítulo I del Convenio (Disposiciones generales) se afirma que: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad e identidad y garantizarán a toda persona , sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales,

⁴¹ BRENA SESMA, I., “Perspectiva de la Declaración Universal en Iberoamérica”, en AA.VV., *Hacia una Bioética Universal*, cit., pp. 41,45, afirma que la inclusión de una concepción amplia de la salud en el art. 14 y en el Preámbulo de la Declaración demuestra que se tuvo en cuenta la orientación social de la bioética apoyada por el grupo de países en desarrollo, en forma especial de los latinoamericanos, describiendo la dificultosa construcción del mencionado art. 14.

⁴² El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina fue ratificado en Oviedo (España) el 4 de abril de 1997, entrando en vigor en los Estados firmantes en 1999 y en España el 1 de enero de 2000.

⁴³ BELLVER CAPELLA, V., “La globalización de los derechos humanos”, cit., comenta ampliamente el alcance y significación de los textos jurídicos aquí mencionados distinguiendo las declaraciones no vinculantes, que pueden tener alguna influencia, del Convenio de Biomedicina, vinculante, sometido, dado su objeto, a revisiones periódicas.

⁴⁴ ROMEO CASABONA, C.M., “El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: Sus características y sus repercusiones en el Derecho Español”, en AA.VV., *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español* (ed. C.M. ROMEO CASABONA). Bilbao-Granada (2002): Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia, Comares, pp. 1-17.

con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”⁴⁵. “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”⁴⁶. “Las Partes garantizarán un acceso equitativo a una atención sanitaria apropiada. Toda intervención en la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”⁴⁷. Se establece igualmente que “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. “Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención no puede conservarse ni utilizarse con finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados”⁴⁸.

En el ámbito de la sanidad se erige en regla general el consentimiento libre e informado de la persona afectada, estableciéndose reglas para la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento o sufran trastornos mentales o en situaciones de urgencia, tomando también en consideración los deseos expresados con anterioridad a una intervención, cuando el paciente no pueda expresar su voluntad⁴⁹. El Convenio establece el derecho de toda persona a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas su salud y a conocer dicha información o que se respete su voluntad de no ser informada, si bien puede restringirse excepcionalmente, en interés del paciente, los derechos relativos a la información acerca de la propia salud⁵⁰.

Particular interés presenta en relación con las posibilidades abiertas por la genética a la práctica de la medicina, el capítulo cuarto del Convenio dedicado al genoma humano, prohibiendo toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético y que se lleven a cabo pruebas genéticas sin un asesoramiento apropiado, al igual que las intervenciones que traten de modificar el genoma humano salvo por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y siempre que no se trate de modificar el genoma de la descendencia. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo⁵¹.

⁴⁵ Art. 1.1.

⁴⁶ Art. 2.

⁴⁷ Arts. 3 y 4.

⁴⁸ Capítulo VII, arts. 21 y 22

⁴⁹ Arts. 6 a 9.

⁵⁰ Capítulo III, art. 10.

⁵¹ Capítulo IV, arts. 11 a 14.

El Convenio establece como regla general que la investigación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el propio Convenio y en otras disposiciones jurídicas para garantizar la protección del ser humano⁵². El capítulo V dedicado a la investigación científica se completa con unas disposiciones dedicadas a la experimentación con embriones “*in vitro*” donde se admite implícitamente que los Estados Parte autoricen la experimentación con embriones humanos, debiendo en dicho caso “garantizar una protección adecuada del embrión”. Se establece además que “Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”⁵³.

El Convenio regula la extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplantes en interés terapéutico del receptor cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiado de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. Aunque el consentimiento escrito y específico del donante sea necesario se admite excepcionalmente el trasplante de tejidos regenerables de donantes incapacitados para prestar su consentimiento que no expresen rechazo a dicha intervención si el receptor es hermano o hermana del donante y concurren los requisitos y condiciones de protección previstas legalmente⁵⁴.

Aunque se admite que el ejercicio de los derechos y medidas de protección establecidas en el Convenio puedan ser objeto de restricciones, siempre que estén previstas en la ley y resulten necesarias, en una sociedad democrática, para salvaguardar la seguridad o la salud públicas, prevenir infracciones penales o proteger derechos y libertades de las personas, tales restricciones no pueden aplicarse, a los artículos que hacen referencia a la no discriminación o intervención en el patrimonio genético, prohibición de selección de sexo, protección de las personas que se sometan a un experimento, extracción de órganos y tejidos de donante vivo y prohibición de lucro del cuerpo humano o sus partes⁵⁵.

⁵² Capítulo VI, arts. 19 y 20. A tal fin, se establece una serie de condiciones para la protección de las personas que se presten a un experimento relativas al consentimiento informado, inexistencia de métodos alternativos, riesgos que no sean desproporcionados, etc. Tales condicionamientos aumentan cuando se trata de personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento a un experimento, tal que los resultados previstos supongan un beneficio real y directo para la persona que se somete al experimento, admitiéndose no obstante que una persona sea sometida a un experimento que no implique beneficios directos para su salud si los riesgos o inconvenientes son mínimos y los beneficios potenciales significativos para el conocimiento del estado de la persona, de su enfermedad o trastorno.

⁵³ Art. 18, 1 y 2.

⁵⁴ Arts. 19 y 20.

⁵⁵ Art. 26.

El Protocolo Adicional al Convenio sobre el trasplante de órganos y tejidos de origen humano excluye de su regulación los procedentes de fetos y embriones humanos. En relación a la utilización de órganos y tejidos de personas fallecidas desarrolla los principios del Convenio. Se mantiene la prohibición de obtención de lucro del cuerpo humano, pero admite ciertas compensaciones cuando, tratándose de donaciones entre vivos el donante ha sufrido un daño por la intervención o hay lucro cesante⁵⁶. El Protocolo sobre investigación biomédica desarrolla igualmente los principios establecidos en el Convenio, estableciendo las condiciones en las cuales se puedan llevar a cabo investigaciones experimentando con personas sujetas a una especial vulnerabilidad impidiendo que la persecución de potenciales beneficios incremente el riesgo a que se somete a las citadas personas vulnerables, ocupándose también del desarrollo de proyectos de investigación en países que no cuentan con condiciones adecuadas, para exigir un ajuste a los principios establecidos⁵⁷.

3º) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE dedica sus tres primeros artículos a proclamar la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho de toda persona a la vida y a su integridad física y psíquica, estableciendo a continuación de forma pormenorizada que “en el marco de la medicina y de la biología se respetarán en particular a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen por finalidad la selección de personas; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE regula los derechos sociales en el Título IV, bajo el epígrafe “Solidaridad”. Entre los mismos y bajo el epígrafe “Protección de la salud” se afirma que “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”⁵⁸.

⁵⁶ BELLVER CAPELLA, V., “La globalización de los derechos humanos”, cit., p. 222.

⁵⁷ BELLVER CAPELLA, V., “La globalización de los derechos humanos”, cit. p. 223.

⁵⁸ Otros artículos del Título IV se refieren al derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, la dependencia o la vejez remitiendo al Derecho de la Unión y a las legislaciones y práctica nacionales. De otra parte, bajo el epígrafe “Protección del medio ambiente” se afirma que “En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

IV. REFERENCIA A LA REGULACIÓN DE LOS AVANCES BIOMÉDICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Se ha destacado la magnitud del debate social y mediático suscitado a lo largo de la segunda mitad del siglo XX por la extracción y trasplante de órganos, tejidos y células humanas con fines terapéuticos a otras personas y el hecho de que, pese a la controversia suscitada frente a estas prácticas de la llamada cirugía sustitutiva, ésta se incluya entre las prestaciones médicas (en algunos países) dotados de la transparencia inherente a los requisitos de licitud que progresivamente se uniformizan en el ámbito internacional⁵⁹.

Aunque la posibilidad de llevar a cabo trasplantes de órganos era contemplada desde tiempo atrás en el Derecho español, fueron los avances efectivos en este tipo de intervenciones en los años setenta los que impulsaron la regulación de esta actividad médica por la Ley 30/1979, regulación que se ha desarrollado y mantenido sustancialmente hasta a la actualidad con muy buenos resultados⁶⁰.

Las intervenciones en el campo en los trasplantes han de adecuarse a la legalidad, y para ello se establece una serie de garantías en orden a la protección jurídica de la persona. Dichas intervenciones se justifican por su finalidad terapéutica y en cuanto dan cauce a actos de solidaridad. De este modo, no se admite que exista compensación alguna para el donante ni se exigirá precio alguno al receptor por el órgano trasplantado⁶¹. La Ley distingue la donación de órganos de personas vivas de la extracción de órganos de personas fallecidas, que podrá hacerse, previa comprobación de la

⁵⁹ ANGOITIA GOROSTIAGA, V., “Trasplante de órganos, tejidos y células (jurídico)”, en AA.VV., *Enciclopedia de Derecho y Bioética*, tomo II, i-z (2011): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, pp. 1635-1649.

⁶⁰ Ley 30/1979, de 27 de octubre, ha sido modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. El RD 1723/2012, de 28 de diciembre, regula las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., “Derecho a disponer de la propia salud. Donación y trasplante de órganos”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit., pp. 277-296 (en particular, pp. 279-280), apunta que “España es el país con mayor tasa de donación de todo el mundo y el modelo español de funcionamiento del trasplante es considerado mundialmente como un ejemplo a imitar...”. “En Iberoamérica las donaciones han subido un 40% en el último lustro desde que España puso en marcha el programa Alianza de Cooperación y Formación de profesionales de trasplantes iberoamericanos”.

⁶¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y CHAPARRO MATAMOROS, P., “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV., *Derecho Civil I* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE). Valencia (2013): Tirant lo Blanch, p. 66, califican los órganos humanos como “bienes de la personalidad” que están fuera de comercio y no pueden ser objeto de tráfico jurídico.

muerte, con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que el fallecido no hubiera dejado constancia de su oposición. Respecto a este último supuesto cabe destacar que ha prevalecido una interpretación de la Ley 30/1979, según la cual, los familiares del fallecido pueden oponerse de hecho a que se practique la extracción manifestando que el finado se habría opuesto a la misma⁶².

La donación y procesamiento de células y tejidos humanos ha sido objeto de reciente regulación en el Derecho Español al trasponer el RDL 9/2014 la Directiva 2004/23/ de la Comunidad Europea. La citada normativa pretende conseguir la calidad y seguridad necesarias de las donaciones de células y tejidos humanos, garantizando la voluntariedad, la confidencialidad y la seguridad de los distintos procedimientos de aplicación terapéutica de células y tejidos humanos⁶³.

Si la práctica del trasplante de órganos y tejidos ha supuesto cambios importantes en el ámbito de la biomedicina, mayor trascendencia cabe atribuir a las posibilidades abiertas por la investigación con embriones *in vitro* en combinación con los avances en genética humana, de las causas próximas de muchas enfermedades y padecimientos que afligen a la especie humana⁶⁴. Algunas regulaciones estatales tales como las establecidas en España en materia de reproducción asistida en 1988 y en el Reino Unido en 1990 sobre la utilización de embriones humanos obtenidos *in vitro* se decantaron claramente por la exploración de las citadas posibilidades atendiendo a finalidades terapéuticas pues si bien, la Ley 35/1988 establecía como finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida “la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por in adecuadas o ineficaces”, admitía que las técnicas se utilizaran en la prevención o tratamiento de enfermedades de

⁶² RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., en *La Ley*, núm. 8430 (2014), de 27 de noviembre, analiza de forma pormenorizada la figura del consentimiento informado en el trasplante de órganos tomando en cuenta la legislación comunitaria y la española, estatal y autonómica andaluza, distinguiendo netamente el supuesto del donante vivo a la utilización de órganos del donante fallecido, haciendo referencia también a matizaciones que quepa introducir tras la Sentencia del TEDH, Secc. 4ª, de 24 de junio de 2014 (Caso Petrova y Lituania), en relación con el derecho a la información de parientes cercanos y allegados.

⁶³ GARCÍA DE PABLOS, J.F., “La nueva regulación del procesamiento y donación de células y tejidos humanos”, *La Ley* (2014), de 12 de noviembre.

⁶⁴ La fecundación *in vitro* altera las premisas de la cultura occidental. De acuerdo con los planteamientos del Código civil español (art. 29), podría decirse que el “concebido” es “alguien”, un ser proyectado para nacer y que adquiere derechos desde su concepción en tanto nazca viable. Sin embargo la legislación implantada en 1988 sobre reproducción asistida utilizaba un novedoso concepto jurídico mantenido hasta la vigente legislación de 2006- el de preembrión- “grupo de células” que cabe obtener con la contribución de donante anónimo y utilizar como “material reproductivo” o para la investigación.

origen genético o hereditario” y amparaba igualmente las actividades de “investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados”⁶⁵.

La actual Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) ha llevado a cabo una refacción completa de la Ley 35/1988 con el objeto de regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, también en lo que concierne a la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley⁶⁶. Al tratar de las “condiciones personales de la aplicación de las técnicas” se especifica que las TRHA se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o de la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación⁶⁷. En relación con los “usuarios de las técnicas” se puntualiza que “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre consciente y expresa”⁶⁸. De este modo, la posibilidad ya prevista por la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988 de que la mujer acceda en solitario a la aplicación de las técnicas se consolida, abriendo paso a formas alternativas de reproducción humana que trascienden, en mi opinión, el ámbito de la protección de la salud en favor de una ambigua “salud reproductiva”⁶⁹.

⁶⁵ Arts. 1, 2, 3 y 4 Ley 35/1988 Sobre técnicas de reproducción asistida.

⁶⁶ Art. 1, a) y b) LTRHA.

⁶⁷ Art. 3.1 LTRHA.

⁶⁸ Art. 6.1. LTRHA. “La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. Art. 6.1 segundo párrafo LTRHA.

⁶⁹ CORRAL GARCÍA, E., “El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Rev Der Gen H* (2013), núm. 38, pp. 45-69, 48, alude críticamente al concepto de salud sexual y reproductiva recogido por la LO. 2/2010 de 3 de marzo apoyado en el concepto de la OMS como “pleno bienestar”. Citando a DÍEZ SOTO C.M. se refiere al nacimiento de un nuevo derecho subjetivo: el derecho a la reproducción como demanda que debe ser satisfecha por los poderes públicos. Contrariamente, en el ámbito de la *privacy* en varios Estados de USA, se ha defendido este planteamiento, criticando la pretendida implantación de registros de donantes, en defensa de la desregulación vigente en muchos Estados como sistema más adecuado a las reglas del mercado. COHEN, G., y FARNÓS AMORÓS, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Madrid (2014): Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 50, 51, 88.

La LTRHA ha regulado al igual que su antecedente Ley 35/1988 los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados, aunque establece la prohibición de la clonación humana con fines reproductivos⁷⁰. En la Exposición de Motivos de la LTRHA se alude como importantes novedades introducidas por la Ley, la de definir el concepto de preembrión, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito de aplicación⁷¹ y el seguir un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que pueden aplicarse⁷².

La LTRHA permite se lleven a cabo prácticas de diagnóstico preimplantacional para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales o para detectar alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión no transfiriendo los embriones afectados de las mismas⁷³. También se admite la posibilidad de aplicar técnicas de diagnóstico preimplantacional en combinación con la determinación de los antígenos de histocompatibilidad de los preembriones *in vitro* con fines terapéuticos para terceros con la autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente y el informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que debería evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso⁷⁴.

⁷⁰ Art. 1 c) LTRHA. En el estudio de VIDAL MARTÍNEZ, J., “Biomedical research with human embryos: changes on the legislation on assisted reproduction in Spain”, *Rev Der Gen H* (2006), núm. 25, pp. 161, 182, se sostiene que los objetivos básicos de la Ley 14/2006 han sido eliminar las restricciones impuestas a las investigaciones con embriones humanos por la Ley 45/2003 y preparar el camino a una futura legislación sobre investigación biomédica. En el estudio de ROMEO CASABONA, C.M., PASLACK, R., y SIMON, J.W., “Reproductive medicine and the Law: Egg donation in Germany, Spain and other European Countries”, *Rev Der Gen H* (2013), núm. 38, enero-junio, pp. 15-42 (en particular, p. 25), se afirma que “Spain is without any doubt the leading country in Europe in the area of reproductive medicine”.

⁷¹ Se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde (art. 1.2).

⁷² La LTRHA admite, cumpliendo determinados requisitos, la práctica experimental y tutelada de nuevas técnicas. Se refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y se tiene en cuenta que las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado en España de forma extensiva, particularmente en el área privada (Exposición de Motivos de la LTRHA).

⁷³ Art. 12.1 LTRHA.

⁷⁴ Art. 12.2 LTRHA. La LTRHA sin embargo califica como infracciones muy graves la investigación con preembriones humanos, con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta ley y la producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de ensayos actualmente permitidos, así como las prácticas de técnica de transferencia nuclear con fines reproductivos y la selección de sexo o manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados (arts. 24-28).

La diferente percepción de estos problemas en otros distintos países ha dado lugar a diferentes respuestas legislativas acompañadas en algunos casos de intervenciones administrativas lo que conlleva un deslizamiento del sistema hacia aplicaciones casuísticas derivadas de las decisiones de las Agencias o Autoridades creadas al respecto o de la revisión de los códigos de prácticas, que, pese a su pragmatismo, reclaman una revisión de las previsiones estatutarias cuando se producen nuevos avances en la materia⁷⁵.

Los avances en la práctica de la Medicina antenatal tienen una notable incidencia social, toda vez que hoy es posible el diagnóstico de la salud del feto mediante diferentes técnicas invasivas y no invasivas, objeto de regulación en muchos países e incluso en textos de ámbito internacional como el Convenio de Derechos humanos y Biomedicina que establece-tal como se ha señalado- que las pruebas predictivas de enfermedades genéticas han de ir acompañadas de un asesoramiento genético apropiado⁷⁶, denominado “consejo genético”⁷⁷.

La práctica del diagnóstico de la salud del feto suscita delicadas cuestiones de responsabilidad en casos de negligencia médica, dando lugar en aquellos países que legalizan la práctica del aborto asistido a las acciones judiciales de “nacimiento equivocado” o “vida equivocada”, de difícil encaje desde una perspectiva ética y jurídica⁷⁸.

⁷⁵ En el Informe General de SIMITIS, S., al Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado celebrado en Utrecht en julio de 2006, “Legal Limitations on Genetic Research and the Commercialisation of its Results”, publicado en la obra *Keynote Addresses XVII th LACL Congress. Special Issue European Journal of Law Reform edited by Katharina Boele-Woelki*. Softbound (2007), p. 18, se pone de relieve que estos problemas pueden contemplarse desde una perspectiva supranacional, al tiempo que se constata la legalidad creciente de la reproducción artificial (mi traducción).

⁷⁶ Acerca de esta temática, EMALDI CIRIÓN, A., “Diagnóstico prenatal (jurídico)”, en AA.VV., *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I. a-h (director C.M. ROMEO CASABONA). Bilbao-Granada (2011): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, pp. 641-651.

⁷⁷ Inciden en esta temática distintos estudios comprendidos en la citada obra colectiva *Hacia una nueva Medicina* (ed. C.M. ROMEO CASABONA): BELLVER CAPELLA, V., “El consejo genético antenatal: derecho y buenas prácticas”, pp. 49-92; VIDAL MARTÍNEZ, J., “Consejo genético en diagnóstico antenatal”, pp. 93-152.

⁷⁸ Acerca de esta temática, DE VERDA BEAMONTE, J.R., y CHAPARRO MATAMOROS, P., “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, Capítulo I de la obra *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), *Monografías asociadas a la Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28. Cizur Menor, Navarra, España (2012): Aranzadi; VIDAL MARTÍNEZ, J., “Consejo genético”, cit., p. 116 y ss.

El diagnóstico preimplantatorio del embrión humano *in vitro* utilizado por vez primera en 1990 (DGP) permite hoy detectar un amplio repertorio de enfermedades y se acepta en términos generales en las legislaciones de los países occidentales con importantes diferencias⁷⁹. En realidad se trata de *tests* concretos, pero no de un procedimiento general con alto índice de errores y no exento de riesgos. Se acepta para diferenciar embriones de cigotos no embrionarios, pero procede limitar su uso evitando derivaciones eugenésicas⁸⁰. La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión, también se aplica en la práctica de la reproducción asistida. Distinta es la utilización del DGP para detectar enfermedades o predisposiciones de aparición tardía multifactoriales y de expresión fenotípica variable, casos en los que se plantean cuestiones éticas y jurídicas de gran relevancia sobre cuya respuesta no existe consenso social⁸¹.

La Ley de investigación biomédica 14/2007 de 3 de julio (LIB) pretende dar cobertura jurídica a los nuevos avances científicos al tiempo que se establecen las condiciones para el desarrollo de la investigación biomédica en España, creando un marco de garantías para una investigación segura y respetuosa con los derechos de los ciudadanos. El art. 1 de la Ley establece que la regulación de la investigación biomédica se hará “con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes de la persona”⁸². El art. 2 de la LIB al referirse a los principios y garantías de la nueva regulación reitera la dignidad e identidad del ser humano, y el respeto a los derechos y libertades fundamentales, garantizando también la libertad de

⁷⁹ La Ley francesa 1994 reformada en 2004 reclama certificación por parte de especialistas de la existencia de una enfermedad grave e incurable. En España el art. 12-1 de la LTRA de 1988 ya admitía “la intervención sobre el preembrión vivo *in vitro* con fines diagnósticos” y el art. 8.2 de la Ley 42 de 1988 sobre “donación y utilización de embriones y fetos humanos, sus tejidos y sus células”, se refería igualmente al diagnóstico prenatal *in vivo* o *in vitro* de enfermedades genéticas o hereditarias para evitar su transmisión o para tratar de curarlas”.

⁸⁰ DE MIGUEL BERIAIN, I., *El embrión humano y la biotecnología. Un análisis ético jurídico*. Granada (2004): Comares, p. 395.

⁸¹ EMALDI CIRIÓN, A., “Perspectivas”, *Boletín de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco*, núm. 9 (2007), junio: A fines de 2008 Alemania, Austria, Suiza e Italia prohibían el diagnóstico prenatal, admitiéndose en España, Reino Unido, Bélgica, Holanda y Dinamarca, pero la situación está cambiando en algunos de los países primeramente citados extendiéndose progresivamente el campo de aplicación del DGP.

⁸² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “La libertad de creación”, cit., pp. 13-15, afirma que la LIB desarrolla una parte del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 20 1b de la Constitución y que el art. 1 de la LIB no menciona los derechos fundamentales, sino los *derechos inherentes a la persona* “lo cual podría no tener el mismo alcance jurídico”.

investigación que se llevará a cabo de acuerdo con el principio de precaución para evitar riesgos a la vida y a la salud⁸³.

La LIB regula en particular las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos, la donación y utilización de ovocitos, preembriones, embriones y fetos humanos, sus células, tejidos y órganos, así como el tratamiento, almacenamiento y movimiento de las muestras biológicas y los biobancos, el Comité de Bioética de España y los mecanismos de promoción de la investigación biomédica. Asimismo se regulan la realización de análisis genéticos y el tratamiento de datos genéticos de carácter personal exclusivamente dentro del ámbito sanitario⁸⁴. Se autoriza y regula, por primera vez en España, las técnicas de transferencia nuclear con fines terapéuticos y de investigación, así como el almacenamiento, cesión y utilización de muestras biológicas, procesos que deberán ser gratuitos para la investigación⁸⁵.

A tenor del art. 33 de la LIB “se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación” y “se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos y de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin en

⁸³ El art. 2 de la Ley establece que: “La realización de cualquier actividad de investigación biomédica comprendida en esta Ley estará sometida a la observancia de las siguientes garantías... b) La salud, el bienestar y el interés del ser humano que participe en un investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de las sociedad o de la ciencia”. f) “La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución.” El art. 3 de la LIB contiene una serie de definiciones entre las mismas las de embrión y preembrión. Al entender de LACADENA, J.R., “La Ley de investigación biomédica 14/2007. Algunos comentarios sobre aspectos éticos y científicos”, *Rev Der Gen H* (2007), pp. 13-35 (en particular, pp. 14 y 20), algunas definiciones de la LIB son incorrectas desde el punto vista científico, recurriéndose a eufemismos para evitar problemas éticos. Se ha incurrido posiblemente en el “imperativo tecnológico” “todo lo que se puede hacer ser hará”.

⁸⁴ El título V de la LIB regula los análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos de acuerdo con los principios de accesibilidad y equidad, protección de datos, gratuidad, consentimiento y calidad de los datos. Los análisis genéticos requieren una información previa y el consentimiento expreso y específico, que será el de la mujer gestante en el caso de preembriones in vivo y embriones y fetos en el útero. Existe un deber de confidencialidad y derecho a la protección de los datos genéticos, incluyendo los análisis genéticos realizados en preembriones, embriones o fetos.

⁸⁵ La LIB regula la promoción y coordinación de la investigación biomédica en el sistema nacional de salud, al tiempo que se afirma el carácter básico de esta legislación, al amparo del art. 149.1, 15 y 16 de la Constitución. Un desarrollo de esta temática en el estudio de VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la protección jurídica de la persona en relación con el desarrollo tecnológico en genética y embriología humanas, desde la perspectiva del Derecho Civil Constitucional Español”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Fernández*, vol. II (coord. J. ALVENTOSA DEL RÍO y R. MOLINER NAVARRO). Valencia (2008): Universitat de València, pp. 1229-1266.

los términos definidos en esta ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”⁸⁶. La clonación aplicada a seres humanos ha sido objeto en los últimos tiempos de amplio debate incrementado por los intentos fallidos de conseguir clonar líneas celulares humanas por algunos científicos. Pese a la amplitud del vocablo clonación y la impropiedad de la expresión “clonación terapéutica”, lo cierto es que estos referentes cobran fuerza en la realidad social e incluso en textos legales⁸⁷.

V ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DE LA BIOMEDICINA.

Los progresos científicos en biología molecular y los avances en investigación sobre el genoma humano han propiciado, entre otros factores, el desarrollo y paulatina transformación de la Medicina que, apoyada en un mejor conocimiento de las bases genéticas y moleculares de las enfermedades, se orienta hacia la predicción, prevención y tratamiento personalizado de las mismas⁸⁸.

La expansión de la investigación científica en el ámbito de las ciencias biomédicas y el desarrollo de las tecnologías pertinentes ha propiciado la intervención del Derecho con diversos fines: el control y prevención de los riesgos-conocidos, temidos o meramente hipotéticos-derivados de aquéllas; encauzar y establecer requerimientos en atención a la magnitud de estos

⁸⁶ SANTALÓ, J., y VEIGA, A., “Donación y uso de gametos, embriones y muestras biológicas de naturaleza embrionaria para investigación biomédica, en AA.VV., *Investigación biomédica en España*, cit., pp. 297-309 (en particular, p. 305), consideran que “La primera implicación de la ley 14/2007 es la autorización expresa de las técnicas de transferencia nuclear (artículo 33). La racionalidad de dicha autorización viene justificada gracias al rodeo legal que implica la consideración de los preembriones como el producto de la fecundación dejando por tanto a los pseudoembriones derivados de la TN al margen de la prohibición expresa de producir embriones con el único fin de la investigación”.

⁸⁷ El art. 1 del citado Protocolo Adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina prohíbe en su artículo 1 “Cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto”, especificando que “genéticamente idéntico a otro” significa “compartir con otro la misma carga nuclear genética”. *Rev Der Gen H* (1998), núm. 9, pp. 251-253.

⁸⁸ ROMEO CASABONA, C.M., “Prólogo” de la obra *Hacia una nueva Medicina*, cit. (de la que el autor es editor), p. IX. SOUTULLO, D., “Cuarenta años de revolución biotecnológica”, *Rev Gen Der H* (2014), núm. extraordinario, pp. 53-84, califica de espectacular el desarrollo en diversas áreas de la biología, tratando de forma pormenorizada de la ingeniería genética, la secuenciación del ADN, el Proyecto Genoma Humano y sus implicaciones sociales y éticas, la genómica y otras disciplinas “ómicas”, la terapia génica, la fecundación *in vitro* y sus aplicaciones, la clonación y las células troncales.

riesgos y de su afectación a los derechos humanos; canalizar los beneficios, prevenir la discriminación, etc.⁸⁹

La Medicina genómica y sus diversas modalidades representa un cambio en el paradigma del cuidado de la salud y de la medicina moderna, el cual se refleja entre otros aspectos en las transformaciones en el modelo epistemológico de comprensión del proceso salud enfermedad, los fines los medios y los sujetos de las acciones de cuidado⁹⁰. El progreso revolucionario de la moderna medicina y de la biotecnología supone un avance muy apreciable en la lucha contra las enfermedades y en la mejora del bienestar humano, pero también conlleva indeseados efectos y peligros para los seres humanos⁹¹.

Se ha puesto de relieve que la investigación genómica genera actualmente una avalancha de información que además de suscitar la necesidad de contar con una adecuada regulación para garantizar su gestión, almacenamiento y difusión, plantea la cuestión de preservar los derechos de la persona evitando que ésta pueda ser instrumentalizada⁹². Los datos genéticos, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados, resultan particularmente “sensibles”, dado que pueden suministrar información valiosa en diferentes ámbitos, con relevancia para terceras personas, pudiendo la relevancia de la información genética de la que hoy se dispone aumentar con el paso del tiempo⁹³.

⁸⁹ Se destaca el impulso que las organizaciones internacionales universales y regionales han prestado a la acogida de los nuevos instrumentos jurídicos, analizando cuestiones tales como el recurso al *soft law*, el solapamiento o confusión con las Bioética. la influencia del Derecho internacional en los derechos internos, u otros temas conexos en el estudio de ROMEO CASABONA, C.M., “La construcción del Derecho aplicable a la genética y la biotecnología humanas a lo largo de las dos últimas décadas”, *Rev Gen Der H* (2014), núm. extraordinario, pp. 27-52.

⁹⁰ GÓMEZ CÓRDOBA, A.I., “Nueva medicina y consejo genético”, en AA.VV., *Hacia una nueva Medicina*, cit., pp. 1-19 (en particular, p. 13).

⁹¹ ESER, A., “Perspectives of Medical Law under the challenges of Modern Biotechnology”, *Rev Gen Der H* (2014), núm. extraordinario, pp. 87-101 (en particular, pp. 88-89), destaca que los nuevos métodos y aplicaciones de la medicina despiertan fascinación, pero también considerable ansiedad, lo que ha modificado el papel y la responsabilidad del médico, particularmente en la medicina hospitalaria, crecientemente apoyada en instrumentos y aparatos, dominados en ocasiones por investigadores, más interesados en adquirir nuevos conocimientos básicos que en el bienestar individual del paciente (mi traducción).

⁹² En este sentido CAMPUZANO TOMÉ, H., “Noción jurídica de la información genética a la luz del Proyecto Genoma Humano”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos al Profesor Luis Díez Picaço*, cit., tomo I, pp. 381-407 (en particular, pp. 384-385).

⁹³ SÁNCHEZ CARO, J., y ABELLÁN, F., *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*. Granada (2004), pp.104-106, señalan que se trata de una información presente prácticamente en todas las células del organismo, durante la vida e incluso después de la muerte, que no depende de nuestra voluntad.

Aunque la información genética encierra una única configuración desde el punto de vista biológico, desde el punto de vista jurídico exige una diferenciación en orden a los distintos grados de identificación personal que puede aportar, lo que se traduce en una correlativa necesidad de protección⁹⁴.

La extracción y trasplante de órganos, tejidos y células humanas ha sido objeto de un amplio debate. A comienzos del siglo XXI las prestaciones médicas de cirugía sustitutiva se uniformizan progresivamente en el ámbito internacional⁹⁵. En mi opinión, la utilización de órganos de personas vivas presenta profundas diferencias en relación con la utilización de los órganos o tejidos de una persona fallecida, tal como se advierte en la regulación del Convenio de Biomedicina que sólo autoriza esta práctica atendiendo a un interés terapéutico, cuando no se disponga de órgano o tejido apropiado de persona fallecida ni de método terapéutico alternativo comparable⁹⁶. De otra parte, la prohibición de lucro del cuerpo humano y las reglas establecidas respecto a la utilización de alguna de sus partes en el Convenio de Biomedicina deben conjugarse con los principios de responsabilidad y precaución en un mundo que tiende a la globalización⁹⁷. El cuerpo humano no puede considerarse en el plano jurídico como una pertenencia y los actos médicos sobre el cuerpo humano deben justificarse caso por caso atendiendo a su finalidad, terapéutica o científica, pero manteniendo la primacía de los intereses de la persona sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia⁹⁸.

En la actualidad, parece claro que las técnicas de reproducción asistida se han abierto un espacio en la realidad social de algunos países desarrollados, particularmente en el espacio europeo⁹⁹, aunque con reservas¹⁰⁰, alcanzando

⁹⁴ En este sentido, CAMPUZANO TOMÉ, H., “Noción jurídica de la información genética”, cit., p. 391 y ss. Se distingue no obstante en el plano biológico información acerca del ADN no codificante, calificada (por el momento) como no esencial, y se aboga por la distinción entre datos y muestras identificados o no, codificados, anonimizados y anónimos (p. 393) como instrumentos de técnica jurídica de acuerdo con la existencia de claves de las que se puede prescindir según la investigación que se lleve a cabo, imposibilitando la identificación personal.

⁹⁵ ANGOITIA GOROSTIAGA V., “Trasplante de órganos”, cit., pp. 1635-1649.

⁹⁶ El Convenio relativo a derechos humanos y biomedicina establece una regla general para estos casos (art. 19) y normas de excepción para proteger a las personas incapacitadas que intervengan como donantes en los trasplantes de órganos (art. 20).

⁹⁷ En este sentido arts. 21 y 22 del Convenio relativo a derechos humanos y biomedicina. No se excluye una mayor protección por parte de los Estados firmantes del Convenio (art. 27).

⁹⁸ Art. 2 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina.

⁹⁹ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso S.H. y Otros contra Austria en TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción humana y su incidencia en el panorama legislativo europeo”, *Rev Der Gen H* (2011), núm. 34, enero-junio, pp. 155-201, comenta la Sentencia del TEDH 2010/56

potencialmente, mediante el impulso de la globalización, a todos los países¹⁰¹. Dado que se aprecia un crecimiento de la demanda de las TRA pese a los

que acoge favorablemente el recurso de cuatro ciudadanos austriacos (dos parejas casadas) contra el Estado Austriaco que alegaron que las prohibiciones contenidas en la Ley Austriaca de 1992 de procreación artificial impidiendo el uso de óvulos y semen en la fecundación *in vitro* habían generado un trato discriminatorio para los demandantes, vulnerando el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal reconoció que el uso de las técnicas de procreación artificial está incluido en el ámbito protegido por el art. 8 del Convenio, pero sin que ello implique obligación por parte del Estado de permitir o regular las citadas técnicas, evitando si lo hace incurrir en discriminación. De esta afirmación deduce el autor el carácter contingente del derecho a utilizar técnicas reproductivas respecto a la libertad inherente a la persona humana insita en el derecho a fundar una familia (art. 12 Convenio). No obstante, de estudios del Consejo de Europa y de la Federación Internacional de Sociedades de fertilización, utilizados en la Sentencia TEDH 2010/56 resulta que en la generalidad de los países europeos regulan de algún modo la reproducción asistida, y que dicha regulación se desarrolla rápidamente, permitiéndose prácticas, antes prohibidas. Posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) en la Sentencia de 3 de octubre de 2011 estimó, al igual que el Tribunal Constitucional Austriaco, doce años atrás, que en el caso S.H. y Otros contra Austria no se apreciaba la existencia de trato discriminatorio, exonerando al Estado Austriaco de responsabilidad, al tiempo que se destacaba el incremento de la práctica de la reproducción asistida en Europa, lo que permite abundar en las anteriores consideraciones.

¹⁰⁰ CORRAL GARCÍA, E., “El derecho a la reproducción humana”, cit., pp. 64, 66, sostiene que los reparos éticos sobre la fecundación artificial en general y la maternidad subrogada en particular se han visto reforzados por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 3 de noviembre de 2011 (caso S.H y otros v. Austria) que rechaza que las prohibiciones existentes en la legislación austriaca (desde 1992) sobre reproducción artificial vulneren el derecho a la vida personal y familiar al que se refiere el art. 8 del Convenio de Derechos Humanos, abundando en este planteamiento, a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011 que prohíbe patentar células madre embrionarias. CARAPEZZA FIGLIA, G., “Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación según valores, en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Rev. Boliv. de Derecho* (2014), núm. 17, enero, pp. 296-315 (en particular, p. 311), destaca el enfoque personalista de la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 18 de octubre de 2011 que acoge una noción de “embrión” en sentido amplio” con el objetivo de ofrecer en los sectores de competencia comunitaria una unidad jurídica orientada hacia el valor de la dignidad humana. BERTI DE MARINIS, G., “Il ruolo della giurisprudenza nell’evoluzione della disciplina in tema di procreazione medicalmente assistita”, *Responsabilità Civile e Previdenza* (2014), núm. 5, septiembre-octubre, pp. 1716-1736, reflexiona acerca de la influencia de la Jurisprudencia en la regulación de la reproducción asistida y de modo particular las consecuencias que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto en la interpretación de la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 suavizando la prohibición de la fecundación heteróloga y del diagnóstico preimplantacional, planteando interrogantes en relación con la maternidad subrogada y la gestación de la mujer sola (mi traducción).

¹⁰¹ BRENA, I., “La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica; nuevas esperanzas para la libertad reproductiva en Latino América”, *Rev. Der Gen H* (2013), núm. 38, enero-junio, pp. 149-156, comenta elogiosamente la Sentencia de la Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2012 por la que se ordenó a la República de Costa Rica tomar medidas

mayores riesgos que estas técnicas conlleven, especialmente para la prole¹⁰², resulta lógico esperar que continúe la investigación con embriones humanos sin expectativas de utilización y células troncales procedentes de aquéllos u obtenidas por otros medios, en el caso de lograrse en este campo avances significativos de cara a posibles aplicaciones terapéuticas¹⁰³.

La selección de embriones humanos mediante el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para detectar enfermedades graves de aparición temprana que condicionan seriamente el futuro desarrollo de una persona es una técnica que no se prohíbe en Estados Unidos y está regulada en España y otros países europeos en número creciente¹⁰⁴. Se intenta por una parte aliviar sufrimientos y enfermedades, pero se posibilita también la instrumentalización de seres humanos con antelación a su nacimiento o incluso a su concepción, abriendo perspectivas de diferente signo -dominar o

apropiadas para dejar sin efecto la prohibición decretada por su Sala Constitucional de practicar la fecundación *in vitro*, para que las personas que así lo deseen puedan hacer uso de la técnicas sin encontrar impedimentos (p. 155), ello no solo beneficiará a las personas, parejas con problemas de infertilidad, sino que las interpretaciones sobre *persona* y *concepción* dará luz a otros debates como la práctica del diagnóstico preimplantatorio o la empantanada discusión en Latinoamérica sobre la posible utilización de células troncales embrionarias con fines de investigación (p. 166).

¹⁰² MEDINA, G., *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires (2008), pp. 455-502, estima que la práctica de la reproducción asistida incrementa los riesgos en materia de daños de los niños nacidos mediante estas técnicas que todavía no han podido ser suficientemente evaluadas. PÉREZ ÁLVAREZ, S., y LAGE COTELO, M., “Avances y expectativas de las nuevas biotecnologías”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit., p. 377, advierten que “después de más de 30 años de investigación retrospectiva, las TRA no se controlan suficientemente... los nacidos únicos tras el empleo de la FIV/ICSI tienen más alto riesgos de sufrir complicaciones perinatales en comparación de los engendrados espontáneamente... como no se cura la esterilidad el hijo podrá padecer las consecuencias de las deficiencias de los gametos de sus padres”. Los daños psíquicos y físicos que puede sufrir la mujer en la práctica de la gestación por encargo tampoco impide la utilización creciente de las TRA con esta finalidad mediante procedimientos que sortean las restricciones de las legislaciones nacionales, mayormente si como sucede en el caso español, se regula la reproducción asistida como un derecho de la mujer que se facilita con la práctica del anonimato de los donantes de gametos.

¹⁰³ LÓPEZ MORATALLA, N., “La partenogénesis sin el glamour de la clonación”, *Cuadernos de Bioética* (2004), núm. 55-3., p. 415, señala que, incluso en relación con los intentos de obtener seres humanos por clonación o partenogénesis (activación del óvulo hasta lograr una estructura similar a la del blastocisto sin impronta parental paterna) a los que se califica de aberrantes, resulta difícil limitar la actividad de los investigadores.

¹⁰⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Consejo genético”, cit., pp. 126 y ss., trata del diagnóstico genético preimplantacional en el ámbito europeo. Comenta el hecho de que Italia, cuya normativa impedía la práctica del DPG, fuera condenada por el TEDH en la Sentencia de 28 de agosto de 2012 (Caso Costa y Pavan contra Italia), por la incoherencia que suponía impedir dicha práctica antes de implantar embriones presuntamente afectados por una determinada patología cuando se autorizaba el aborto de un feto afectado por la misma patología (p. 132).

liberar- no sólo para las personas implicadas directamente en estas actividades, sino para toda la especie humana. Atendiendo a la magnitud e irreversibilidad de sus efectos las prácticas biotecnológicas ofrecen un claro ejemplo de la necesidad acuciante, manifestada ya a lo largo del siglo veinte, de reconducir el desarrollo técnico poniéndolo al servicio del ser humano¹⁰⁵. En tales condiciones se ha propugnado una convergencia en el tratamiento de estas cuestiones desde la reflexión ética y la integración de la biomedicina en el marco de los derechos humanos o la globalización ética que acoja ciertos valores y derechos compartidos¹⁰⁶.

Desde una perspectiva bioética se ha planteado el conflicto entre los derechos inherentes la dignidad humana y el derecho la libertad de investigación, abogándose por un equilibrio en el que juega un papel esencial la idea de una ética de responsabilidad y de cuidado, junto a la idea de una ética de precaución¹⁰⁷. Así, en el Derecho español “el objeto de la protección de la salud se amplía y se matiza, de modo que los derechos de los pacientes, además de ser una consecuencia de ese derecho social, son una exigencia de los derechos y libertades inherentes a su condición de personas dignas”¹⁰⁸.

En mi opinión, el conocimiento científico, la reflexión ética y la regulación jurídica reclaman un tratamiento diferenciado, y si bien los principios bioéticos puede orientar al legislador y al Juez, que deberá tener en cuenta la realidad social al interpretar y aplicar las normas y principios jurídicos, no procede confundir los distintos campos de actuación. El instrumental jurídico habrá de afinarse a fin de conseguir el control del poder

¹⁰⁵ Se aboga “Por un progreso a medida humana. ¿Irá todo bien?”, en el Discurso de JOHANNES RAU, Presidente de la Republica Federal Alemana. *Rev, Der Gen H.* (2001), núm. 14, pp. 25-28.

¹⁰⁶ El Editorial de la Revista de Derecho y Genoma Humano (2004), núm. 20, enero-junio (2004), pp. 19-22, “Las bases para un Derecho de la Biotecnología transcultural”, aun aceptando la construcción de los derechos humanos como un primer paso, contrapone la exaltación del individuo propia de la cultura occidental a las cosmovisiones y al enfoque holístico de otras culturas (p. 21). Esta idea es glosada igualmente por DE MIGUEL BERIAIN, I., “Un nuevo desafío para el Derecho: la cuestión de las quimeras y los híbridos”, *Perspectivas en Derecho y Genoma humano* (2007), diciembre, núm. 10, *Opinión*. Se recuerda para abordar esta cuestión la distinción entre personas y cosas, base esencial en todos los ordenamientos occidentales.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ CORONADO, A., “La conciencia como fundamento de la prestación de servicios sanitarios en una sociedad plural”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit., pp. 123-148 (en particular, pp. 142-144).

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ CORONADO, A., “La conciencia como fundamento de la prestación”, cit., pp. 137-138. Se destaca la idea de participación conjunta médico paciente en la toma de decisiones, propia de la ética de responsabilidad y la introducción de nuevos principios en la legislación sanitaria y en la LIB, de acuerdo con la aparición de nuevos intereses protegibles, tales como la identidad humana, integridad psicofísica, intimidad..., que se integran en la dignidad humana y cuyo respeto habrá que hacer compatible con la libertad de investigación.

biotecnológico¹⁰⁹, recomponiendo sus categorías, para hacer frente a unos problemas que desbordan de modo creciente las fronteras nacionales, como dique de protección del individuo, no sólo frente al Estado, sino también frente a otros poderes fácticos¹¹⁰.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

El derecho a la protección de la salud está experimentando cambios muy notables y es susceptible de muy diversos enfoques atendiendo al ámbito en que se le contemple, al desarrollo económico de los pueblos y al grado de implantación de los avances tecnológicos de la nueva Medicina y su incidencia en la realidad social de cada país¹¹¹.

La concepción que cada cual tiene de la salud y las diversas formas de entender el diagnóstico, la enfermedad y el tratamiento, conformadas en buena medida por rasgos identitarios, condicionan poderosamente, no ya sólo las decisiones clínicas adoptadas, sino la propia actitud con que cada persona aborda su situación médica¹¹². En tales condiciones la relación médico-paciente, en la que la confianza es requisito indispensable, se ve alterada en muchos casos por la frustración de expectativas desmesuradas puestas en las posibilidades de la medicina y de los avances técnicos, produciéndose en algunos países desarrollados un aumento sustancial de las demandas judiciales de responsabilidad lo que provoca a su vez como respuesta la práctica de una medicina defensiva que trata de eludir los riesgos inherentes a toda intervención médica y los cubre con pólizas de seguros que

¹⁰⁹ Al entender de PÉREZ ALVÁREZ, S., y LAGE COTELO, M., “Avances y expectativas de las nuevas biotecnologías aplicadas al ámbito de la salud”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit., p. 366, la realidad de la biotecnología ha superado todas las expectativas iniciales junto con otras técnicas aplicadas al ámbito de la salud posibilitando nuevas ramas de conocimiento y especialización.

¹¹⁰ En este sentido ANDORNO, R., “Biomedicine and internacional human rights law; in search of a global consensus”, *Bulletin of the World Health Organization* (2002), 80. Igualmente, destacando las dificultades del intento de conciliar la respuesta jurídica en este campo, en culturas distintas de la occidental, ROMEO CASABONA, C.M., *Los genes y sus leyes*, cit., p. 57.

¹¹¹ Importa destacar, en relación con la protección de la salud humana, las diferencias entre la medicina curativa y la satisfactiva o voluntaria en que una conjunción de saberes y técnicas, que desbordan de modo creciente el ámbito y finalidades que tradicionalmente se ha asignado a la medicina, es puesta al servicio de proyectos o deseos individuales, dando lugar a prácticas sociales que el Derecho ampara, bien como simples manifestaciones de libertad, ó como verdaderos derechos subjetivos.

¹¹² MENÉNDEZ MATO, J.C., y TARODO SORIA, S., “Diversidad religiosa y cultural y bioderecho. El derecho a decidir sobre la propia salud”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempo de crisis*, cit., pp. 151-208 (en particular, p. 151).

incrementan los costos e impiden una mejor aplicación de los recursos disponibles¹¹³.

La prestación de servicios médicos trata de salvaguardar la salud del paciente en la medida de las posibilidades que hoy ofrece el saber científico y la tecnología accesible en cada caso, a la búsqueda de un equilibrio del soporte psicosomático en el que se asienta la personalidad de cada ser humano¹¹⁴. La responsabilidad del médico ante el Derecho, implica el respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables al caso (*lex artis ad hoc*)¹¹⁵. En el Derecho Español el Código Penal de 1995, objeto de diversas reformas, tipifica y sanciona conductas que lesionan los bienes jurídicos más apreciados por la sociedad, entre los mismos los que son objeto de derechos de la personalidad, los cuales constituyen a su vez el núcleo duro de los derechos protegidos por la Constitución como fundamentales¹¹⁶. Para hacer efectivo el cumplimiento de las normas profesionales y protocolos de actuación se recomienda la creación

¹¹³ En España la regulación jurídica de la responsabilidad médica se obtiene a través de un complejo de normas perfiladas por la jurisprudencia. Los criterios básicos de dicha regulación los proporciona desde 1889 el Código Civil ajustados a la Constitución de 1978, desarrollada en la actualidad en materia sanitaria estatal y autonómica, lo que ha dado lugar a una abundante legislación que cubre también actividades biomédicas. La doctrina civil ha puntualizado que cuando más nueva e inexperimentada es la actividad médica, mayor es el nivel de cuidado que el médico debe al paciente en el curso del tratamiento, más riguroso es el deber de información y menores son las exigencias de prueba a cargo del dañado.

¹¹⁴ Desde este enfoque, no resulta especialmente relevante si la responsabilidad del médico deriva de una relación contractual o no, aunque ello puede importar desde el punto de vista de la prescripción de acciones o atendiendo a otros criterios técnico jurídicos, existiendo medios en la leyes procesales para corregir un inadecuado planteamiento de la demanda si no hay variación en la causa de la misma.

¹¹⁵ Art. 4 Convenio Derechos Humanos y Biomedicina. En España la jurisprudencia ha destacado que las obligaciones de los profesionales sanitarios son, por regla general, de medios no de resultado. Allí donde se ha apreciado la existencia de una obligación de resultado, la jurisprudencia es constante exigiendo un cumplimiento riguroso y exhaustivo del deber de informar previo a la obtención del consentimiento del paciente, correspondiendo al médico la prueba del mismo. En la conducta de los profesionales sanitarios queda en principio descartada toda clase de responsabilidad si no hay culpa, debiendo las empresas que proporcionan prestaciones sanitarias responder del comportamiento de sus empleados, propendiendo la jurisprudencia a una cierta objetivación de la responsabilidad en estos casos. La Administración sanitaria responde por los daños causados por el ejercicio normal o anormal de los servicios públicos.

¹¹⁶ El libro II del Código Penal de 1995 tipifica entre otros los delitos de homicidio, lesiones (también el delito de lesiones al feto), manipulación genética, delitos contra la integridad moral, contra la intimidad..., que protegen bienes y derechos de la personalidad. El médico, en su actividad profesional, puede incurrir en responsabilidad penal si concurren los correspondientes presupuestos legales, tratándose de delitos de lesión o de peligro, de resultado o de actividad, dolosos o imprudentes, por acción o por omisión en el supuesto de denegación de asistencia sanitaria, estando obligado a ello o por el abandono del servicio sanitario cuando se derive riesgo grave para la salud de las personas.

de comités de ética en el ámbito hospitalario evitando su burocratización, los cuales pueden contribuir a clarificar criterios de actuación, proporcionando al Juez en caso de litigio un conocimiento más ajustado de la realidad social que es un factor a tener en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas¹¹⁷.

La Medicina personalizada o individualizada a la que apuntan los avances en la medicina genómica representa tal como se ha expuesto un cambio de paradigma en el cuidado de la salud y en el modelo de comprensión de las enfermedad. Por otro lado, en el corto espacio de un par de decenios se han incrementado considerablemente las posibilidades abiertas al diagnóstico genético prenatal gracias a la conjunción de los avances técnicos en el campo de la Medicina y de la embriología humana utilizando la creciente práctica de la reproducción asistida como banco de pruebas¹¹⁸. La previsión actual es que tales avances pueden acelerarse mediante la utilización conjunta de diversas tecnologías, lo que, junto a posibles logros, llevará igualmente aparejado nuevos problemas éticos y jurídicos¹¹⁹, toda vez que, mayor poder, implica también mayor responsabilidad¹²⁰.

¹¹⁷ Art. 3.1 CC Español.

¹¹⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Consejo genético en diagnóstico prenatal”, p. 149, estima que las técnicas de diagnóstico de embriones humanos antes de su implantación implican un salto cualitativo respecto al diagnóstico de la salud del concebido *in vivo* o *in vitro* durante su gestación en el seno materno, por lo que su práctica reclama también una particular protección de la integridad e identidad de los seres humanos sometidos a esta técnica.

¹¹⁹ En la actualidad se plantea la utilización conjunta de la biotecnología y las tecnologías de la información y la comunicación, que pueden cobrar un nuevo impulso con los avances en nanotecnología y otras tecnologías de última generación tales como la robótica y la inteligencia artificial. Ello implica mayores riesgos para bienes inherentes a la persona tales como la integridad o la autonomía o la identidad y la necesidad de ajustar la aplicación del principio de precaución a los nuevos escenarios de las Medicina. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Convocatoria Seminario “Biotecnología y tecnologías convergentes” (2014) 20 noviembre. PÉREZ ALVÁREZ, S., y LAGE COTELO, M., “Avances y expectativas”, cit., p. 378 y ss., analizan la influencia del desarrollo biotecnológico en el derecho a decidir sobre la propia salud, considerando los avances y expectativas de la nanomedicina (tecnología de gran precisión producida a través de componentes de dimensiones inferiores a la milmillonésima parte de un metro de longitud) en diagnósticos, terapias e investigación en medicina genética, así como su régimen jurídico. COLUSSI, I.A., “Synthetic biology between challenges and risks: Suggestions for a model of governance and a regulatory framework, based on fundamental rights”, *Rev Der Gen H*: (2013), núm. 38-2, enero-junio, pp.185-214, propone un modelo de evaluación de riesgos permanente y revisado periódicamente, inspirado en un Informe de 2010 de la Presidencia de Estados Unidos para la regulación de la llamada “biología sintética”.

¹²⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Responsabilidad por daños causados en la realización de análisis genéticos”, en AA.VV., *Hacia una nueva Medicina*, cit., pp. 187-227, pone de relieve la expansión de la biomedicina y sus distintas aplicaciones en los campos de la medicina regenerativa, reproductiva y genética, utilizando técnicas de reciente desarrollo y en conexión con lo más íntimo de la persona, que en España sólo en limitada medida han sido

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO afirma que la promoción de la salud es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad, por lo que los beneficios de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían también compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, particularmente con los países en desarrollo, proponiendo diversas formas para hacerlo. Dependiendo la salud humana de distintos factores y careciendo una parte importante de la población mundial de acceso a recursos naturales básicos y de los más elementales medios de proteger su salud, se aboga, con toda justicia, por el reconocimiento del citado derecho como social esencial y por un gran acuerdo internacional que garantice estándares mínimos de inversión pública para la protección de la salud humana¹²¹.

En consonancia con estos planteamientos la Constitución española reconoce junto al derecho a la protección de la salud la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios para fomentar la educación sanitaria, promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general, así como la defensa del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva¹²².

incorporados a la sanidad pública, mostrando su influencia en el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad médica. ROMEO MALANDA, S., “Análisis genéticos directos al consumidor: su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español y propuestas de actuación”, en AA.VV., *Hacia una nueva Medicina*, cit. pp. 153-185, advierte que los análisis genéticos se están ofreciendo en el mercado como un “nuevo negocio” y analiza los problemas que pueden derivar de estas prácticas.

¹²¹ Las promesas de la Declaración del Milenio suscritas por 189 Jefes de Estado el 8 de septiembre de 2000 en las Naciones Unidas de reducir la pobreza el hambre, la mortalidad infantil y la discriminación contra las mujeres se han cumplido siquiera parcialmente, pese a la crisis económica mundial. Así, la mortalidad infantil ha disminuido un 30% y las muertes por malaria un 25 %. La desigualdad sin embargo ha crecido, incluso en los países desarrollados. En este sentido, NAIM, M., “El milagro del año 2000”, *El País*, 26 de enero de 2014. No cabe olvidar tampoco las “enfermedades raras” que tienen una prevalencia de menos de 5 casos por 1000 habitantes por lo que no son suficientemente investigadas. Acerca de esta temática, SÁNCHEZ CARO, J., “Las enfermedades raras: aspectos éticos y jurídicos específicos sobre el consejo y cribado genéticos”, *Rev Der Gen H* (2011), núm. 35, pp. 115-141.

¹²² Arts. 43, 44 y 45 CE. Cabe recordar que en el Preámbulo de la Constitución se afirma la voluntad de la Nación Española de colaborar en el fortalecimiento de una eficaz colaboración con todos los pueblos de la Tierra. Procede destacar igualmente que en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se afirma que “Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana” “En las políticas de la Unión se integrarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.” (Título IV. Solidaridad 95, 97).

Sin embargo, los conceptos de salud y enfermedad no son enteramente susceptibles de determinación, mayormente si se considera aquélla como un estado de perfecto bienestar físico y mental y social, tal como afirmara la OMS en 1946, dando entrada a parámetros subjetivos de acuerdo con el principio de libre desarrollo de la personalidad¹²³, lo que se traduce en una mayor autonomía del paciente y en cambios profundos en la práctica de la medicina, que han de influir, lógicamente, en la configuración del derecho a la protección de la salud, contemplado en su vertiente individual, al que se refiere el art. 43- 1 CE¹²⁴.

En mi opinión, el Derecho Europeo en general, y el Derecho Español en particular, están siendo fuertemente influenciados por la doctrina foránea del *right to privacy* que exalta la autonomía de la persona sin más límite que el interés extrínseco del Estado, habiendo dado lugar en la jurisprudencia americana a la doctrina de los derechos reproductivos y al derecho a decidir (de la mujer) sobre la propia salud sexual y reproductiva¹²⁵ que incluye como reverso y dramática secuela la implantación del “derecho al aborto”¹²⁶, lo que

¹²³ BELLVER CAPELLA, V., “Bioética y dignidad de la persona”, en CONTRERAS, F.J., y otros, *El sentido de la libertad*, cit., pp. 315-358 (en particular, p. 356), destaca la amplia aceptación social de lo que se ha venido en llamar “medicina del deseo”, cuyo paradigma es la fecundación *in vitro* y la sucesiva externalización de todos los procesos ligados a las nuevas formas de reproducción humana, al tiempo que se atisban posibilidades inconcebibles hace unos pocos años, en relación con el “mejoramiento humano” y el “posthumanismo”.

¹²⁴ El Tribunal Constitucional Español ha destacado reiteradamente la doble proyección individual y colectiva del derecho a la protección de la salud al que se refiere el art. 43 de la CE. (Pleno) Auto 122/2013, de 21 de mayo, F. 5; (Pleno) Auto 142/2013, de 4 de junio, y las Resoluciones que se citan. COLUSSI, I., “Synthetic biology”, cit., pp. 185, 214, destaca dos principales facetas del derecho a la salud como derecho individual y colectivo, con un núcleo y una zona gris, un contenido mínimo que incluye el deber de los Estados de proteger a los individuos contra las amenazas graves de la salud y un máximo, alcanzar el mayor grado de salud para todos. Para algunos autores el derecho a la salud es un derecho social programático, para otros, un medio de aumentar la libertad y la capacidad de los individuos (mi traducción).

¹²⁵ MURILLO MUÑOZ, M., y GARCÍA RUIZ, Y., “El derecho a decidir sobre la propia salud reproductiva”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit., pp. 235-276, sitúan la formulación del derecho a la salud sexual y reproductiva en la Conferencia de El Cairo sobre Población de las Naciones Unidas (1994) y Beijing (1995) sobre la mujer y tratan extensamente del citado derecho en el Derecho español, en sus distintas vertientes: anticoncepción, aborto (LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) y reproducción asistida, ocupándose también de la objeción de conciencia del personal sanitario ante estas prácticas.

¹²⁶ A mi juicio, el establecimiento en los ordenamientos positivos del “derecho al aborto” pervierte los fines de la Medicina y del Derecho, contradiciendo el valor intrínseco que hoy se reconoce al ser humano en Declaraciones de Derechos de ámbito universal y en un número creciente de textos constitucionales, señaladamente en el ámbito de la Unión Europea. Tal contradicción se muestra en el hecho de que, pese al papel central asignado a la persona, se haya difundido en Europa la legalización del aborto, sin alcanzarse un

dificulta la correcta aplicación de las normas y principios establecidos en relación con las técnicas de reproducción asistida¹²⁷, así como los avances en embriología y genética humanas, que trascienden con mucho el ámbito de cualquiera de los ordenamientos positivos, cada vez más interdependientes, en la era de la globalización¹²⁸.

La construcción jurídica de los derechos de la personalidad, que reconoce bienes y derechos inherentes al ser humano que no pueden ser objeto de renuncia o disposición como regla general salvo que exista una causa justificada en Derecho¹²⁹, apoyada en el principio de dignidad de la persona

consenso acerca de esta cuestión (ver las Sentencias del TEDH de 8 de julio de 2004, Vo contra Francia; de 16 de diciembre de 2010, A, B y C contra Irlanda), ni acerca del estatuto jurídico del embrión y del feto humanos. En España, la vigente Ley 2/2010 en materia de “interrupción voluntaria del embarazo” se aparta de la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 53/1985 (F. 7) que consideró la vida del concebido como “un bien jurídico protegido por el artículo 15 de nuestra norma fundamental”, al interpretar la Constitución, como paso previo a la despenalización de determinados supuestos de aborto.

¹²⁷A la vista de la Jurisprudencia del TEDH (examinada en nota 99) cabe colegir, que el citado derecho a la reproducción mediante TRA tiene un carácter contingente y variable, a diferencia de la libertad de procrear insita en el derecho al matrimonio y a la fundación de la familia (art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Pero, habrá que analizar en cada caso la legitimidad de actuaciones médicas que actualmente posibilita el desarrollo tecnológico. Así, La Sentencia del TEDH de 28 de agosto de 2012, en el caso Costa y Pavan contra Italia, admite implícitamente la alegación del Gobierno italiano de que el Convenio no protege el derecho a tener un hijo sano, pero constata que el derecho alegado por los demandantes era el de utilizar las técnicas de procreación asistida y el DPI para procrear un hijo que no estuviera afectado de mucoviscidosis (53) y este deseo de los demandantes, sí resultaba protegido por el artículo 8 de la Convención, constituyendo una forma de expresión de su vida personal y familiar (57).

¹²⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del valor permanente*, cit., pp. 2825-2863, tras analizar la relación entre desarrollo tecnológico y globalización, considera la evolución histórica del Derecho civil en relación con la configuración de la idea de persona humana, mostrando las posibilidades abiertas por el Derecho Civil Constitucional, particularmente en el marco jurídico de la Unión Europea, para “civilizar la globalización” partiendo del principio matriz de la dignidad humana.

¹²⁹ VIDAL MARTÍNEZ, J., analiza los antecedentes, naturaleza y alcance de los derechos de la personalidad y la función que pueden desempeñar para la protección del ser humano en la esfera moral, corporal y en el ejercicio de las libertades esenciales de la persona. Véase, del mismo, “Acerca de la construcción civil de los derechos de la personalidad (derechos y libertades inherentes a la persona) en la actual etapa de desarrollo tecnológico”, *Revista Jurídica del Perú* (2004), núm. 56, pp. 125-155; y “Acerca de la protección de los bienes y derechos inherentes a la persona por el Derecho Civil Constitucional Español: El paradigma de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en AA.VV., *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín* (coord. M^l. ATIENZA NAVARRO, R. EVANGELIO LLORCA, M^d. MAS BADÍA y M^p- MONTÉS RODRÍGUEZ). Valencia (2009), Universitat de València, pp. 963-973.

que emerge hoy en Europa y a escala internacional¹³⁰, permite, en mi opinión, modificar y completar el alcance de la doctrina de los derechos reproductivos, protegiendo más eficazmente a la persona en la actual etapa de desarrollo tecnológico, en tanto se concilia la dignidad y la libertad humanas sin suprimir, en relación con los distintos agentes, la responsabilidad derivada de los actos realizados en detrimento de los bienes y derechos de la personalidad¹³¹.

La exigencia del consentimiento informado que hoy resulta de la legislación sanitaria implica un enorme avance siempre que se produzca en el contexto de una medicina humanizada y no se aplique como un simple medio de limitación de responsabilidad. Dicho consentimiento difiere del emitido en los negocios patrimoniales, por cuanto repercute en última instancia -toda intervención sanitaria implica un riesgo- sobre bienes de la personalidad, que, por formar parte de la unidad sustancial de cada ser humano, no pueden, jurídicamente, ser objeto de renuncia o transmisión, aunque dicha regla puede flexibilizarse en casos de excepción previstos por ley, atendiendo a la concurrencia de circunstancias especiales y a finalidades que se estiman legítimas¹³². Así, el consentimiento a una intervención en el ámbito de la

¹³⁰ Se alude en el texto a la posibilidad y conveniencia de diferenciar un “núcleo duro” de los derechos y libertades fundamentales, caracterizado por su inherencia o conexión orgánica a la persona, lo que permite asegurar un “*minimum* invulnerable” a tales derechos y libertades (STC 53/1985 y STC120/1990 citadas), esencial para mantener el principio de dignidad de la persona, incluso en el supuesto de que el propio titular pretenda abdicar o disponer de tales derechos, sometido a las potenciales manipulaciones que con frecuencia se producen, favorecidas por un entorno de desarrollo tecnológico.

¹³¹ ANDORNO R., “El respeto de la dignidad humana”, cit., comenta el alcance de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO señalando que se afianza la noción de dignidad humana que ocupaba ya un lugar central en los previos instrumentos de la UNESCO y del Consejo de Europa. Se puntualiza que la citada noción de la dignidad humana no es meramente filosófica o especulativa, sino también jurídica. EDSON FACHIN, L., “Life, dignity and human rights: Stem cell research, the Law and a Recent Court Ruling in Brazil”, *The International Survey of Family Law* (2009), pp. 117-138 (en particular, pp. 122 y 128), comenta una Sentencia del Tribunal Federal de Brasil de 2008 que por 6 votos a cinco consideró que no infringía la Constitución de 1988 la ley brasileña 11105 de 24 de marzo de 2005 al admitir de forma restringida la experimentación con embriones humanos. Precisa este autor, que el principio de dignidad humana protege a la persona humana en su concreta dimensión coexistencial, como nudo de relaciones y sujeto de necesidades. Se afirma, citando a CAPELLO DE SOUZA, que los derechos de la personalidad no derivan de datos abstractos, sino que son inherentes al sujeto concreto, derivan de la combinación de aspectos psicosomáticos y ambientales que componen la personalidad y forman un subconjunto en el conjunto más amplio de los derechos fundamentales (mi traducción).

¹³² La Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen 1/1982 declara irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles los citados derechos de la personalidad, admitiendo limitaciones derivadas del consentimiento y de la autorización legal a la intromisión en el ámbito protegido (arts. 1-3, 2-2 y 2-3).

sanidad elimina el ilícito que supone toda invasión forzada de la esfera corporal o moral de la persona, resultando legítima si se ajusta a la práctica médica, dada su finalidad terapéutica¹³³.

Desde esta perspectiva, los derechos reconocidos por la legislación sanitaria son facultades insitas en el derecho a la protección de la salud, reforzadas al compás del reconocimiento de la mayor autonomía del paciente y la necesidad de establecer también mayores controles a medida que aumenta la complejidad de los servicios sanitarios¹³⁴. No parece correcto atribuir a estos derechos derivados un rango mayor que el que se asigna al derecho a la protección de la salud, aunque indudablemente el desarrollo del citado derecho en el ordenamiento jurídico español favorece su efectividad. Cuestión distinta, aunque en estrecha conexión con la anteriormente enunciada, es la protección del derecho a la vida, integridad física y psíquica y otros derechos y bienes de la personalidad que pone en juego la protección de la salud humana en el actual panorama de desarrollo tecnológico¹³⁵.

Considero que este planteamiento resulta más ajustado para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud que establece la Constitución Española,

Consecuentemente, la irrenunciabilidad e intransmisibilidad debe ser también la regla general aplicable, tratándose de los derechos de la personalidad en la esfera corporal, cuya inherencia es más acusada y perceptible.

¹³³ El consentimiento del afectado exime también de responsabilidad penal en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual siempre que se produzca en las condiciones que especifica el Código Penal y con adecuación a las leyes vigentes.

¹³⁴ Cabe recordar que la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materias de información y documentación clínica tiene carácter básico, al igual que la Ley General de Sanidad de 1986 y se aplica en las materias mencionadas a la regulación de derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como a los centros y servicios sanitarios públicos y privados (art. 1).

¹³⁵ Según la Ley General de Sanidad, son titulares del derecho a la protección de la salud y derechos concordantes, los españoles y los extranjeros con residencia en territorio nacional, estándose en otro caso a lo que establezcan las leyes y los convenios internacionales (art. 1). Según la Ley 41/2002 el paciente tiene derecho a decidir, después de recibir información entre las opciones clínicas disponibles (art. 2.3). Los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, si no es posible contar con su consentimiento ni autorización en los casos de riesgo para la salud pública o riesgo inmediato grave para la salud físicas o psíquica del enfermo... (art. 9.2). El documento de instrucciones previas por las que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, no serán aplicadas (si) son contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis* (art. 11.1 y 3). PAREJO GUZMÁN, M.J., y ATIENZA MACÍAS, E., "Derecho a decidir sobre la propia salud ante el final de la vida humana. Testamento vital y eutanasia", en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit. pp. 297-327 (en particular, pp. 314 y ss.), analizan detalladamente las citadas limitaciones de las instrucciones previas.

toda vez que la salud implica el equilibrio físico psíquico de la persona humana, unidad sustancial indefinible, susceptible de ser contemplada en el plano jurídico como realidad estática dotada de unos derechos inherentes e inviolables, y a la vez dinámica en tanto el sujeto ejercita su libertad siguiendo impulsos que pueden ser encauzados mediante la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad y específicamente hacia la protección de la salud, contribuyendo ello de manera significativa al mantenimiento de la salud individual y colectiva¹³⁶.

En la configuración del derecho a la protección de la salud deberá tenerse en cuenta la vulnerabilidad y dependencia de la condición humana, particularmente en las etapas iniciales y finales de su trayectoria vital, dada la mediatización creciente que supone el desarrollo tecnológico en la configuración de ese proceso asistencial¹³⁷ y la necesidad de un tratamiento jurídico cada vez más diferenciado al compás de los avances científicos y técnicos, si se pretende que “el interés y el bienestar del ser humano prevalezcan sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia”¹³⁸, lo que implica valorar y aplicar correctamente los avances que en la nueva Medicina personalizada introduzca el diagnóstico genético, particularmente en las primeras etapas de la vida humana¹³⁹, dada la enorme complejidad de los nuevos escenarios donde se plantea la viabilidad de acciones preventivas y

¹³⁶ Arts. 10.1, 27.2 y 43.2 CE.

¹³⁷ La utilización creciente de la tecnología en la práctica médica supone un punto de inflexión pues con la automatización y la programación por ordenador se desconecta las consecuencias de los actos humanos de su finalidad inicial, se difumina la dirección humana y el sentido de la responsabilidad y se distorsiona en ocasiones, incluso en sociedades democráticas avanzadas, la percepción de los valores jurídicos.

¹³⁸ Art. 2 Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina.

¹³⁹ ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina*. Granada (2011): Comares, pp. 47 y ss. (en particular, pp. 18 y ss.), afirma en relación con la titularidad y protección constitucional de la vida humana en formación, que el TEDH considera que existe un mínimo acuerdo entre los Estados miembros del Consejo de Europa en otorgar a aquella “alguna protección en nombre de la dignidad humana”. En cuanto a la posición del TC español, interpreta que pese a excluir al *nasciturus* de la titularidad del derecho a la vida su protección jurídico-constitucional se realizó sobre la base del significado y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo. VIDAL MARTÍNEZ, J., presentó una “Expression of interest” en la *11th World Conference of the International Society of Family Law*, celebrada en Oslo-Copenhage en agosto de 2002, publicada con el título “Inherents rights of the person in assisted reproduction”, en AA.VV., *Family Life and Human Rights* (ed. P. LÓDRUP y EVA MODVAR). Oslo (2004): Gildendal Akademik, pp. 943-957 (en particular, p. 957), abogando por la protección de la vida humana en todos los estadios de desarrollo embrionario y fetal; por la protección de los derechos inherentes de las personas nacidas mediante reproducción asistida; por la convergencia en el tratamiento jurídico del embrión humano *in vitro*, como cuestión de la mayor importancia para la vida personal y familiar de los seres humanos y el futuro de la especie humana.

curativas de enfermedades genéticas e incluso la posibilidad de acciones de “mejora” en seres humanos¹⁴⁰.

Desde diferentes perspectivas, se realizan notables esfuerzos para adaptar las categorías jurídicas establecidas al hegemónico “derecho a la privacidad”, proponiendo a tal efecto formulas flexibles¹⁴¹. En el Derecho Español la Ley de Protección de datos de carácter personal 13/1999 establece una protección añadida para el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales. Los datos de salud reclaman, en tanto “datos sensibles”, una particular protección, pues “su publicidad o conocimiento por terceras personas podría traer repercusiones familiares, sociales y profesionales no deseadas por el paciente, estando justificada su protección como derecho fundamental”¹⁴². La cuestión de la “intimidad genética” y si ésta puede alcanzar al concebido no nacido, resulta particularmente compleja por cuanto los datos genéticos son de exclusiva titularidad individual, demandado una respuesta flexible, acorde también con la construcción jurídica de los bienes y derechos de la personalidad¹⁴³. Es por ello destacable que la Ley española 14/2007 de investigación biomédica -que incluye entre sus coordenadas la donación y utilización de elementos biológicos de origen humano, y regula

¹⁴⁰ ROMEO CASABONA, C.M., en el “Prólogo” de la obra *Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos*. Bilbao, Granada (2012): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma humano- Comares, p. X, se refiere a las modificaciones prenatales liberales que se llevan a efecto mediante técnicas de reproducción asistida, análisis genético y terapia génica. GONZÁLEZ MORÁN, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en seres humanos. Reflexión general”, en *Más allá de la salud*, cit., pp. 1-26 (en particular, p. 15). advierte de la dicotomía en la doctrina inglesa entre terapia (*therapy*) y mejora (*enhancement*), señalando que hay un acuerdo prácticamente unánime en la mentalidad occidental y muy aceptado a nivel mundial, de que la dignidad humana debe ser el criterio con el cual se confronte la licitud moral y jurídica de los tratamientos de mejora en humanos.

¹⁴¹ Se argumenta por la doctrina la conveniencia de ponderar o establecer un balance entre distintos derechos en este campo, cuando no de una creación arbitraria de nuevos derechos que teniendo su centro de gravedad en el poder de los Estados que los garantizan, pueden resultar muy difíciles de conciliar en sociedades multiculturales, a medida que avance el proceso de globalización.

¹⁴² SARRIÓN ESTEVE, J., y BENLLOCH DOMÈNECH, C., “Protección de los datos clínicos relativos a la propia salud”, en AA.VV., *La protección de la salud en tiempos de crisis*, cit. pp. 331-359 (en particular, p. 357-359), estudian la protección de datos clínicos en el sistema multinivel de la Unión Europea y en el Derecho Español abogando por una normativa única de producción interna, aplicable a los derechos de acceso, rectificación conservación y cancelación de los datos clínicos de la propia salud.

¹⁴³ La Ley de investigación biomédica establece sin embargo que el resultado de los análisis genéticos realizados en material embrionario o fetal estarán sometidos a los principios de protección de datos y confidencialidad establecidos en la LIB (art. 53), admitiéndose también en casos excepcionales y de interés sanitario general, que la autoridad competente pueda autorizar la utilización de datos genéticos codificados (LIB art. 50.3).

los análisis genéticos- someta dicha regulación al “pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona”¹⁴⁴.

Dado que la salud individual es fruto de diversos factores, objetivos y subjetivos, y está sujeta en última instancia a los condicionamientos de la naturaleza humana y a las características y comportamientos de cada persona, será necesario atender a ese cúmulo de factores, procurando que el progreso tecnológico se ponga al servicio de la persona humana, gestionado para ello prudentemente los avances que se produzcan en el campo de la biomedicina¹⁴⁵.

El poder emergente de la nueva Medicina amplía cada vez más su campo de acción en un mundo que tiende a la globalización. El encauzamiento de ese proceso demanda hoy un nuevo Derecho orientado a la protección del valor intrínseco de los individuos de la especie humana desde los comienzos de su trayectoria vital, incluidas las etapas de vida dependiente, embrionaria y fetal, que hoy resulta factible separar y manipular, hasta las etapas del final de la vida en que la persona es igualmente dependiente y manipulable. Al procurar la protección de la salud, remediando carencias que agudizan la vulnerabilidad humana, Medicina y Derecho muestran su verdadero sentido por enraizar ambos saberes en los principios de humanidad y responsabilidad.

¹⁴⁴ A mayor abundamiento, en el Preámbulo de la LIB (II) se afirma como eje prioritario “asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos (el subrayado es mío) a los que ha dado cabida nuestro ordenamiento jurídico”. En consonancia con este planteamiento, el estudio de VIDAL MARTÍNEZ, J., “El principio de precaución, biotecnología y derechos inherentes a la persona”, en AA.VV., *Principio de precaución, biotecnología y Derecho* (ed. C.M. ROMEO CASABONA). Bilbao-Granada (2004): Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma humano-Comares, pp. 35-81.

¹⁴⁵ GRACIA, D., “Construyendo la salud”, *Claves de Razón Práctica* (2013), núm. 48, enero-febrero, pp. 42-51 (en particular, p 50), considera que la salud es no sólo un hecho sino también un valor, por lo que función de la medicina será no sólo “asistir” a los enfermos, sino también “construir” de modo prudente los conceptos de salud y enfermedad, ayudando a gestionarlos individual y socialmente en forma razonable, evitando la tiranía de la salud que puede llevar a la crisis del sistema.

LA PERSONA DEL MENOR, SU INTERÉS SUPERIOR, SU
AUTONOMÍA Y EL LIBRE DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD

THE PERSON OF THE CHILD, THEIR INTERESTS, THEIR
AUTONOMY AND FREE DEVELOPMENT OF HIS PERSONALITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 43-86.

Fecha entrega: 05/03/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARTÍN ROCHA ESPÍNDOLA
Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid
mrochae@hotmail.com.

RESUMEN: Este artículo procura reflexionar sobre la realidad que comprende la persona del menor, desde el punto de vista jurídico, abarcando tres facetas muy implicadas. Estas son: La minoría de edad en el ordenamiento jurídico, especialmente el civil, la autonomía de su voluntad, sobre todo en los denominados actos personalísimos, y finalmente, como estos dos aspectos pueden entenderse dentro de la esfera en que consiste el principio del libre desarrollo de su personalidad, sobretodo en lo que a su libertad de conciencia y educación se refiere.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, minoría de edad, autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad del menor.

ABSTRACT: This article seeks to reflect on the reality that includes the person of the child, from a legal point of view, covering three facets very involved. These are: the minority, especially the civil law, the autonomy of the will, especially in so-called personal acts, and finally, how these two aspects can be understood within the sphere that is the principle of free development of his personality, especially when it comes to freedom of conscience and education are concerned.

KEY WORDS: Family Law, minority, autonomy and free development of the personality of the child.

SUMARIO: I. EL DESARROLLO DE LA PERSONA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.- II. LA PERSONA DEL MENOR Y LA IDENTIFICACIÓN DE SU SUPERIOR INTERÉS.- III. LA DIFICULTAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ESPAÑA.- IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PERSONA DEL MENOR.- V. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR, ESPECIAL ÉNFASIS EN LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y EN SU EDUCACIÓN.

I. EL DESARROLLO DE LA PERSONA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El concepto de menor de edad, es necesariamente jurídico, tal cual lo deja entrever HERNÁNDEZ GALILEA¹. Se basa en un dato cronológico-biológico, como es la edad de una persona, y aunque sólo tienen sentido en el ámbito jurídico, su influencia se vierte a diversos aspectos de la persona, sin duda influye, de manera importante, en ellos. Lo anterior provoca que se determine un estatuto especial hasta la mayoría de edad y el surgimiento de una nueva situación jurídica una vez alcanzada ésta².

La mayoría y minoría de edad surgen como una consecuencia de que el ordenamiento jurídico tome en cuenta el desarrollo humano, no es que antes no hubiese tenido importancia para este ordenamiento, sino que tenía una importancia menor, valga la redundancia. A primera vista, tal consideración, parece excesivamente simplificada, pues sólo toma en consideración la etapa infantil y la etapa adulta. En este sentido el ordenamiento al parecer olvida que el desarrollo humano lejos de ser estático es dinámico³. Sin perjuicio de

¹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. y otros: *El Sistema español de Justicia Juvenil*. Madrid (2002): Ed. Dykinson, p. 23.

² Vid. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia (2009): Ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, nº 619, p. 40. Debido a que la minoría de edad es un concepto relacionado con varias disciplinas y puede ampararse perfectamente en el concepto de ciudadanía entendida esta como la plena dotación de los derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales que se extienden y cobran carta de naturaleza con la universalización de los servicios públicos y el Estado de bienestar, dicha acepción sustantiva implica asimismo el efectivo disfrute de los mencionados derechos por las personas que integran una comunidad organizada, de tal manera que la participación real y efectiva del ciudadano en la colectividad exige la realización de todas sus posibilidades en lo concerniente al ejercicio de los derechos que le son constitucionalmente reconocidos. Asimismo la ciudadanía del menor supone la posibilidad de que el mismo pueda ejercitar aquellos derechos que le permiten el libre y armónico desarrollo de su personalidad, así como los que facilitan su participación social y el desarrollo de su autonomía.

³ Cfr. LAUROBA LACASA, E: “Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código

ello el ordenamiento ofrece ciertas precisiones que clarifican este concepto.

Existen varias perspectivas desde la que puede considerarse el desarrollo humano en el ámbito jurídico. Una de ellas es quizás la más llamativa, la que se utiliza casi intuitivamente cuando se habla del menor de edad y se refiere a la teoría de los actos jurídicos. Desde esta perspectiva se considera el desarrollo humano en sí mismo como situación que puede generar, y de hecho genera, unos derechos y obligaciones peculiares. El desarrollo humano desde la perspectiva de la teoría de los actos jurídicos tiene en la capacidad de obrar uno de sus principales elementos⁴.

Ahora bien, sin duda que el Derecho regula el comportamiento humano en su vertiente social según criterios de justicia. Para ello emplea normas de dos tipos, por una parte, se encuentran las normas de prohibición; y, por otra, las normas formales. Las primeras prohíben determinados comportamientos bajo la amenaza de una sanción. Las segundas establecen una serie de efectos de los actos humanos pero condicionados al cumplimiento de unos requisitos: uno de ellos es la capacidad. Es importante por ello considerar que uno de sus aspectos principales a tener en cuenta es que el cumplimiento de sus efectos están supeditados a la reunión de una serie de requisitos. Porque, también a diferencia del resto de los actos humanos externos, sus efectos no son efectos derivados directamente del acto sino que del ordenamiento que toma en consideración ese acto.

El acto humano tiene características propias, se considera como tal acto al consciente y libre, el acto en el que interviene la voluntad. La libertad y voluntariedad de los actos exigen un cierto desarrollo intelectual y una cierta madurez, por lo que el ordenamiento no puede tomar en consideración los actos de cualquier sujeto, debe estar en posesión de una capacidad para querer y comprender lo que hace. Asimismo, tampoco puede limitarse la actuación de los ciudadanos con referencia a criterios oscuros y variables que puedan dar lugar a una arbitraria restricción de su capacidad.

civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2012), núm. 4, p. 908: “El apartado final del art. 233-9 señala que los PlanP pueden prever “la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos. Esta prescripción debe cohererarse la DA 9.^a, que confía al departamento de Justicia la elaboración de modelos de PlanP atendiendo a las diferentes etapas de la vida de los menores”.

⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid (2002): Ed. Tecnos, p. 212; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. en AA.VV.: (Editado por A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ; V. MONTÉS PENADÉS; E. ROCA I TRÍAS), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, Valencia (2003): Ed. Tirant lo Blanch, pp. 202-204; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil. Parte General, I, vol. 2º, Personas*. Madrid (2004): Ed. Dykinson, pp. 4 y 5.

En cualquier ordenamiento jurídico se establece una edad a partir de la cual se presume que el ciudadano tiene plena capacidad de actuar libre y voluntariamente. Una edad que determina automáticamente el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Y cuando, a pesar de la mayoría de edad, el sujeto no tiene capacidad de actuación libre y voluntaria o la ha perdido, es el propio ordenamiento quien establece una serie de limitaciones para que se desencadenen totalmente los actos o produzcan sus efectos de manera ilimitada.

Además existe otra perspectiva distinta de la teoría de los actos jurídicos, que debe utilizarse para la consideración de la minoría edad. Una perspectiva que, aunque menos aparente, menos inmediata, está en la base de esa limitación de la capacidad: la del propio desarrollo humano como fundamento de unos derechos específicos y una singular protección. Porque tiene su capacidad de obrar limitada es porque el menor merece, entre otras consideraciones, una especial protección⁵. Una protección que no puede equipararse ni por la causa ni por los efectos, con la que el ordenamiento otorga a los incapaces. Es más, puede decirse que en la situación actual la limitación ha pasado a un plano secundario adquiriendo un mayor protagonismo el contenido de singular protección que debe tener toda la normativa referida a los menores.

Desde que en 1924 la Declaración sobre los derechos del Niño de Ginebra recordara en su preámbulo que el niño por su madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, así como la debida protección social, tanto antes como después del nacimiento, han sido diversos los documentos y acuerdos internacionales que han insistido en este aspecto protector. Entre ellos cabe destacar, como ya se afirmó con anterioridad, las Reglas de Beijing⁶ que en su exposición de motivos dicen: “Reconociendo que la juventud por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social y necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad”. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 Noviembre 1989, e incorporada al ordenamiento español, vuelve a insistir en el tema reproduciendo en su preámbulo las palabras de la Declaración de Ginebra.

El nuevo enfoque se produce de una manera dual, al situar las limitaciones en el plano de los medios y la protección en el plano de los fines. Ello no es un

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. en: AA.VV.: *Curso de Derecho Civil, tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid (2003): Ed. Colex, pp. 171 y 172; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*. Madrid (1996): Ed. Tecnos, pp. 26-29.

⁶Estas son reglas mínimas, de las Naciones Unidas, para la administración de la justicia de menores conocidas como Reglas de Beijing. Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

invento de la Convención de los Derechos del Niño, sino que recoge el sentir de los diversos países que en sus legislaciones han ido acentuando este carácter protector, con importantes innovaciones. Además, este nuevo enfoque, dota a la protección del menor de una mayor consistencia, pues permite entender la minoría de edad como una situación especial de la que surgen unos derechos peculiares⁷.

Tomando en consideración las ideas anteriores puede esgrimirse que menor de edad es la persona que, por la fase de desarrollo en que se encuentra, es objeto de una especial protección por el ordenamiento, que le reconoce unos derechos específicos que perderá al alcanzar la mayoría de edad. Se trata de unos derechos que tienen diversas posibilidades de fundamentación constitucional y que se reconocen con rotundidad en la ya citada Convención. Acentuando el carácter de obligación que tiene para el Estado la garantía de esa protección y no considerándola como humanitaria.

Junto con los derechos inherentes a toda persona humana, a la vida, a la integridad física, etc, en todas estas normas internacionales se han venido reconociendo explícitamente diversos derechos peculiares de los menores. Derechos de los que surgen obligaciones para diversos sujetos: los padres, en primer lugar –ya desde antiguo se ha positivizado una evidente obligación natural de cuidado, de protección, de educación –pero también para el Estado que viene obligado a garantizar que se cumplen esas obligaciones por parte de los padres – sancionando los incumplimientos graves- y a proporcionar los medios para que puedan llevarlas a cabo; en su caso, a suplir el incumplimiento, estableciendo los mecanismos para que el menor pueda desarrollarse plenamente, ejemplo de esto lo constituye el acogimiento⁸.

Todos estos derechos, establecidos en normas de diverso rango, han venido configurando un estatuto del menor claramente identificable que aumenta su consistencia y exigibilidad situándolos más allá de una mera actitud

⁷ En la actualidad, las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un gran cambio en la consideración de la infancia por la colectividad, lo que ha tenido un reflejo en el status jurídico de los niños que han pasado de ser considerados meros incapaces a verse reconocidos como auténticos titulares de derechos con una capacidad progresiva para ejercerlos. De esta forma, se abre paso a una concepción de los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, con el objeto de satisfacer sus propias necesidades. En consecuencia, la protección de la infancia aparece ahora ligada a la necesidad de promover la autonomía de los menores como sujetos, en cuanto no debe existir una diferencia tajante entre las necesidades de protección y la progresiva autonomía personal del niño. Cfr. BENITO ALONSO, F.: *Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda*. Madrid (1997): Ed. La Ley, p. 1728.

⁸ Cfr. GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SERRA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia (2006): Ed. Tirant Lo Blanch, Monografía núm. 321.

humanitaria. Sin embargo, al ser una regulación asistemática resulta difícil extraer con claridad las implicaciones y consecuencias, simplemente debe concluirse que la minoría de edad es una etapa del desarrollo humano que exige una singular protección de la que surgen unos peculiares derechos. Derechos de los que es titular el menor, pero de los que en función del menor, son titulares los padres o quienes tienen encomendada su custodia.

II. LA PERSONA DEL MENOR Y LA IDENTIFICACIÓN DE SU SUPERIOR INTERÉS.

La identificación de cuál sea el interés del hijo menor edad como criterio prevalente exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño, considerando que este ha sido consagrado como principio general informador del sistema jurídico, de manera singular en los ámbitos del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia y por consiguiente se hace asimismo necesario reflexionar sobre su autonomía, y en concordancia con esta, también hacerlo respecto del libre desarrollo de su personalidad ⁹.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, que erróneamente a llevado a confundir dos conceptos claves para las ciencias sociales como pueden ser la persona y el individuo, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el Derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la Psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad¹⁰. En tal sentido es necesario destacar la opinión HABERMAS para quien es imposible tener una perspectiva realista sobre la naturaleza de la

⁹ CARBONELL BENITO, G.: *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal*, en AA.VV.: *La protección del menor* (dirigido por A. VALLÉS). Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch, p. 131. En la actualidad la importancia que ha adquirido el tema del interés del menor y su correlativa eclosión legislativa no es gratuita. Se está en presencia de una potenciación social de los valores personales genéricos y en concreto, de los valores pertenecientes al niño o menor. Se trata de una revalorización del menor en su calidad de persona.

¹⁰ La potenciación de los valores individuales de la persona y del menor emerge, como no podrá ser de otro modo, a partir de 1978 cuando a través de la Carta Magna española, ascienden al plano jurídico nuevos valores ideológicos y éticos sociales entre los que se encuentran la protección de la infancia desde dos perspectivas que, lejos de ser excluyentes, se muestran como complementarias: la protección directa del niño a causa de su debilidad psicológica y de su inexperiencia y, de otro lado, la tendencia que propugna la liberación del menor respecto del *status* de persona dependiente que hasta entonces caracterizaba su situación jurídica.

existencia humana solamente desde el punto de vista de las ciencias naturales, por ello se hace necesario acudir al punto de vista que aflora desde el propio sujeto de la reflexión, para lo cual hay que lograr que participe de este acontecer, ante lo cual resulta imprescindible el rol desempeñado por el lenguaje, lo que en la perspectiva del menor resulta esencial para comprender sus anhelos y necesidades¹¹.

Ante esta perspectiva el denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, de manera total y absoluta. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Desde tal consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorada forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación, sometido por consiguiente a un mayor grado de vulnerabilidad en especial por parte de agentes y circunstancias externas, lo cual a todas luces se deja ver con mayor notoriedad en los procedimientos de familia.

No obstante, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor superior, la concreción del interés del menor no es tarea fácil. La utilización por parte del legislador de un “*concepto jurídico relativamente indeterminado*”, impone al sujeto obligado a aplicarlo, un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar in concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver, y cuando se menciona al sujeto obligado de aplicarlo se hace referencia básicamente a jueces y magistrados, lo anterior en opinión de TORRES PEREA¹². A lo que cabe sumar el amplio espectro de índole cronológico que jurídicamente se relaciona con la ya citada minoría de edad, lo que determina la existencia de una notoria dificultad para

¹¹ Cfr. HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés*. Madrid (1989): Ed. Taurus; *Facticidad y validez*. Madrid (1998): Ed. Trotta.

¹² TORRES PEREA, J. M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil* (2006), núm. LIX-2, abril, p. 2. El autor señala que la doctrina alemana, incluso, considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor por lo que la ciencia jurídica alemana no sólo no aporta ninguna definición de lo que pudiera entenderse por interés del menor sino que, además, entiende que se trata de un concepto que no debería siquiera intentar ser definido por la especial naturaleza que le acompaña. En tal sentido se habla de un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento particular.

procurar prever diversas situaciones que se caracterizan por su evidente heterogeneidad, pese a que la Ley establece mínimos, como por ejemplo los 16 años, hay que observar a la persona en concreto y su situación psicológica, física, así como sus circunstancias para vislumbrar o esclarecer la aplicación legal del caso concreto.

Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona -por supuesto también la del menor-, ellas, que duda cabe, ofrecen un paisaje único e irrepetible.

Del interés del menor o del *favor minoris* como también se le llama no hace mucho que se habla en el Derecho Privado español y en general en el mundo jurídico occidental y en el europeo continental, en particular, en el sentido del presente estudio, tal como afirma RIVERO HERNÁNDEZ¹³. El término era usado antes en el Derecho de Familia con tintes éticos, en unos casos (*favor legitimitatis*, en la determinación de la filiación) o de tipo social o familiar en otros (el *favor filii*, frente a interés del o de los padres, cuando la patria potestad fue siendo considerada un *officium* más que un *beneficium*), y con perspectiva y aplicación limitada; en todo caso, con planteamiento y alcance diferente.

Actualmente el debate es amplio, debido a que por un lado, frente a una concepción tradicional, que concedía al menor un estatus de persona meramente protegida, una concepción moderna, le confiere, sobre todo a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el status de persona (tendencialmente) autónoma; desde esta perspectiva, el interés del menor consiste en adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de

¹³ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*. Madrid (2007): Ed. Dykinson, p. 27. El autor señala que: “El interés del menor está presente en todos los sistemas jurídicos modernos; en algunos, bajo presión de las grandes Declaraciones de Derechos y Convenios Internacionales aludidos; en otros, por una evolución social y jurídica natural y semejante a la habida en nuestro país. Sobre la especial atención que se ha prestado al interés del menor en la doctrina y praxis jurídica de algunos países, véase DOGLIOTTI, M.: “Che cosa è l’interesse del minore”, *Il Dir. Fam. E Pers.*, 1992-4, p. 1093, que dice que en Italia se empezó a hablar del interés del menor a partir de la Ley de Adopción de 1967; CRETNEY-MASSON, J.M.: *Principles of Family Law*, 5ª ed., Londres (Sweet and Maxwell), año 1990, p. 468 (para quien el interés del menor en el Reino Unido aumenta en los años 70); GOLDSTEIN-FREUD, A-SOLNIT, A.J.: “Before the best interest of the Child”, *New York & The Free Press*, año 1979, p. 9; y RUBELLIN-DEVICH, J: “The best interest principle in Fench Law and Practice, en ALSTON, Ph. (coord.): *The best interests of child*. Oxford (Clarendon Press), año 1994, pp. 260 y siguientes”.

adulto que le habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables, lo que contribuirá a ir definiendo todo el andamiaje del edificio de su personalidad, aunque ya se volverá sobre esta apreciación, es de capital importancia entender y manejar la idea del desarrollo evolutivo de tal personalidad, una especie de apreciación *in crescendo* de la autonomía del sujeto¹⁴. Tal proceso dependerá en gran medida de las propias cualidades pero también del ambiente en el cual se viva, ambiente familiar podría agregarse.

Por otra parte, el interés del menor es uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la Persona y de la Familia, que irradia diversas consecuencias jurídicas y alcanza a otras partes del ordenamiento jurídico. Razones ideológicas, sociológicas y jurídicas están detrás de la aparición y auge actual del interés del menor, no sólo en los ordenamientos internos sino en Convenios, Tratados y Pactos internacionales, en Declaraciones Universales, que han penetrado toda la normativa y consideración o proyección jurídica de los menores¹⁵.

Prosiguiendo con esta reflexión es conocida la relevancia que en el Derecho como en otras disciplinas extrajurídicas relativas a la persona se ha dado la infancia y a los menores en años recientes, como resultado de estudios de Psicología (sobre todo) y expresión de una sensibilidad nueva de la sociedad en esta época, que en el orden jurídico se ha traducido en una potenciación de los valores personales y especialmente en el niño¹⁶. Mas que una revalorización se trata del redescubrimiento del menor en su calidad de persona. Ciertamente, no podía de ser de otro modo en el ordenamiento jurídico a partir de 1978, en que la Constitución no sólo garantiza, junto a otros bienes y valores (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que

¹⁴ El menor como persona, ya no sólo en su dimensión jurídica sino también en su dimensión humana necesitará de la salvaguarda de sus derechos fundamentales, los que le atañen. Y, no menos importante, tendrá derecho a que su felicidad quede suficientemente preservada. Es decir, no bastará para determinar el interés de los menores reparar en su dignidad como persona, en los derechos fundamentales que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, sino que más allá del plano formal deberá atenderse también, aunque sea mínimamente, a su felicidad inmediata y a su bienestar personal.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*, cit, pp. 30 y ss.

¹⁶ “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular –dice la Exp. Motivos de la L.O. 1/1996-, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.- El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferenciación tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de la situación personal y su proyección de futuro”.

le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad), la protección integral de los hijos sino que también obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (art. 39.2 y 3), además de afirmar que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 C.E.), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a las leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos, en forma de normas. Ahora bien, surge la pregunta de si este traslado ha sido armónico, sabiendo que justamente es en el Derecho de Familia donde muchas veces el Legislador cae en diversas contradicciones. Sin perjuicio de esta reflexión hay otra que tiene mucha relación con ella, y es la de que, si se trata del menor, la ley suele tener el doble de cuidado, el Legislador no sólo vela por la familia, ni siquiera por el Estado de Derecho, vela por ambos y por alguien más, vela por el futuro de la sociedad, a mi juicio, sin embargo, se ha atendido mucho y bien a la persona del menor, pero se ha desatendido justamente el principal ambiente personal donde esta se desenvuelve, la familia. En relación con esto, sin embargo, es evidente que, entre otros cambios habidos en nuestra sociedad en las dos últimas décadas (múltiples razones sociales y económicas, crisis de un sistema de valores que la informó durante mucho tiempo), no es menor el de la quiebra de modelo jurídico y una mayor y mejor ponderación de los valores personales, entre ellos el de la posición del menor, tanto en la familia como en la sociedad, cuyo papel participativo en su propia maduración y formación y en las decisiones y opciones vitales es reconocido hoy por especialistas de las más diversas disciplinas, lo cual constituye un fundamento de las mismas y principio rector de la Legislación¹⁷.

El ascenso general en el mundo occidental (especialmente) de los derechos de la personalidad, en particular el derecho fundamental a la libertad, unido a causas socioeconómicas varias, han hecho cambiar la vida del hombre y obligado a valorar de forma especial ciertas etapas de la vida, sobre todo las más decisivas en la formación de su propia personalidad e identidad. Los valores individuales tales como la libertad, la dignidad, el respeto de la persona, la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coacciones exteriores eran incompatibles con una mentalidad y normas que primaban antes, ello porque la existencia de una autoridad fuerte anulaba en buena medida la

¹⁷ Cfr. ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Revista Actualidad Civil* (1997), núm. 1, pp. 17 a 40. El autor sostiene que como principio rector, como principio de carácter general se revela en la propia Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en la que se afirma que el centro de gravedad de esta norma lo constituye precisamente el principio general que supone y es el interés de los menores.

personalidad de los sometidos, en particular de los hijos *in potestate*¹⁸. Todo esto ha cambiado, en tal sentido puede hablarse de una personalización del Derecho¹⁹.

Expresa RIVERO HERNÁNDEZ que esa incompatibilidad y la superación del autoritarismo paternalista en la familia ha contribuido a que las funciones de los miembros de la familia se redistribuyan y se rediseñen los roles individuales y familiares en un nuevo orden familiar y, consecuentemente, también en el social, llevando la igualdad de los cónyuges y la cotitularidad de la patria potestad a la vida familiar y a cambiar drásticamente la concepción de dicha potestad y el papel y personalidad del hijo (menor) en la familia. Por repercusión inevitable, esa pequeña “revolución familiar” ha trascendido a la sociedad toda, la cual ha prestado más atención a las necesidades de toda índole del niño sencillamente como persona y, en particular, en cuanto personalidad vulnerable y en formación y adulto futuro. En ese marco ideológico y social de fondo (a lo largo del cambio habido y como resultado de una evolución ideológica y social) aparece con fuerza el denominado interés del menor, el cual nunca fue del todo desconocido para el Derecho, sobre todo a nivel jurisprudencial, simplemente que en la actualidad ha superado los márgenes del ámbito familiar para ser elevado al rango de principio general informante del actual sistema jurídico. Esto se puede catalogar como un avance, sin duda, y uno con mayúsculas, pero resulta interesante en analizar en cómo el cambio en la familia provoca un cambio mayor en la sociedad, o quizás sea al revés, como los cambios sociales son trasladados el ámbito familiar, de tal manera que quizás se pueda alterar el desarrollo del grupo familiar.

Es decir, si la sociedad tiene sus tiempos, si cada sociedad los tiene, cada familia, la Familia en términos generales también. Posiblemente algunos cambios pueden tildarse drásticos, sobre todo por la forma de volcarse en las diversas personas, hasta tal punto de volverse artificiales. Quizás en ese momento el Derecho esté transformándose en un vehículo de la Ingeniería social, ¿es este uno de sus fines? Puede que no sea este el ámbito ni el estudio que deba responder tal pregunta, pero a veces se echa en falta un poco de filosofía del Derecho Civil, es decir, una reflexión más profunda sobre la naturaleza de determinadas instituciones, no tan sólo de la legislación aplicable o incluso de su evolución histórica. La ley no basta, porque el Derecho se crea y se ejerce pensando, no copiando ni menos aún experimentando.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*, cit., pp. 39 y 40.

¹⁹ Se hace referencia en ocasiones a la interpretación demasiado vertical del interés superior del menor, así lo plantea BORRÁS RODRÍGUEZ en “El interés del menor como factor de progreso y unificación”, *Revista Jurídica de Catalunya* (1994), Vol. IV, p. 107.

Antes de abordar la problema del interés en cuestión en España, me referiré brevemente a su acontecer europeo.

Como no podía ser de otra forma la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece, siguiendo la Convención de 1989, que la norma guía de toda actuación relacionada con la infancia es el denominado “interés superior del niño” (art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas y art. 24.2 de la Carta). Claramente puede vislumbrarse su carácter subjetivo y su principal empleo como manifestación de tutela por parte del ordenamiento. El interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. La Carta pone también cierto énfasis en la libre opinión de los niños y en la conveniencia de tomarla en cuenta en función de su edad y madurez, tal cual preceptúa el párrafo primero del art. 24. En relación con este punto, sin duda las denominadas Reglas de Beijing significaron un gran avance técnico. En el marco relativo a los litigios que afectan a la infancia, los niños deben ser informados y oídos y, en función de las circunstancias pueden pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad y la tutela legal. En esta materia la norma de referencia general son las Reglas de Beijing antes mencionadas y un Convenio europeo en el marco del Consejo de Europa, sobre el ejercicio de los derechos de los niños. Asimismo en el ámbito comunitario hay que aplicar la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

En materia jurisprudencial, sin duda se vislumbra la estrecha relación entre el interés superior del menor y cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de una vida familiar, por esta cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento. Ya en la primera ocasión en la que el TEDH se enfrentó a la necesidad de precisar el significado de palabras tales como “el respeto a su vida familiar” (asunto Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979), manifestó que “el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento”²⁰. Y es que una vez que se haya establecido una relación

²⁰ STEDH 13 enero 1979 (TEDH 1979, 2). Afirma el Tribunal que: “Con esta finalidad, el Tribunal tendrá en cuenta el hecho de que la concepción que se tiene del carácter oportuno de una intervención de las autoridades públicas en los cuidados que hay que procurar a un niño varía de un Estado a otro en función de elementos como las tradiciones relativas al papel de la familia y a la intervención del Estado en los asuntos familiares, así como los recursos que se pueden dedicar a medidas públicas en ese campo concreto. El interés superior del niño reviste en cada caso una importancia decisiva. No hay que

familiar con un menor, el Estado debe actuar de manera que procure su desarrollo, acordando la protección jurídica que haga posible desde el nacimiento su integración en la familia.

El objetivo de la integración se condicionará a que sea lo más adecuado para la garantía del interés superior del menor, hasta el punto que “cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño ha sido colocado por primera vez bajo asistencia (de los servicios sociales), el interés por que el niño no vea que su situación familiar de facto vuelve a cambiar de nuevo puede ser más importante que el interés de los padres en el reagrupamiento de la familia” (asunto Kutzner con Alemania, de 26 de febrero de 2002)²¹. De esta manera se constata que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha construido un Derecho de Familia que, de manera gráfica, ha sido calificado de “pedocéntrico”, a pesar de que dicho interés no aparece mencionado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que sí consta en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Invocando este derecho, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha procurado recordar que la Carta en su art. 7, reconoce el mismo derecho al respeto a la vida privada o familiar. Esta disposición debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, reconocido en el art. 24, apartado 2, de dicha Carta, y tomar en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, expresada en el apartado 3 del citado art. 24²².

Por su parte, el TEDH recuerda que el Convenio no debe ser interpretado independientemente y debe aplicarse de acuerdo con los principios de derecho internacional. Y, en el aspecto concreto que nos ocupa, ha señalado que (asunto Maumousseau y Washington contra Francia, de 6 de diciembre

perder de vista que las autoridades nacionales tienen el beneficio de relaciones directas con todos los interesados (Sentencia Olsson [núm. 2] anteriormente citada, ap. 90), a menudo desde el momento en el que se contemplan las medidas de colocación o inmediatamente después de que sean puestas en práctica. De ello se deriva que el Tribunal no tiene como tarea el sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de regulación de las cuestiones relativas a la toma a su cargo por parte de las autoridades públicas y de los derechos de los padres cuyos hijos han sido así colocados, sino la de controlar desde el punto de vista del Convenio las resoluciones que éstas han dictado en el ejercicio de su poder de apreciación (véase, por ejemplo, Sentencia Hokkanen de 23 septiembre 1994, serie A, núm. 299-A, ap. 55, Sentencia Johansen anteriormente citada, ap. 64 y Sentencia K. y T. contra Finlandia anteriormente citada, ap. 154)”.

²¹ STEDH 26 febrero 2002 (JUR 2002, 90046).

²² El art. 24 de la Carta ha sido invocado también en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz-Alemania)- Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG (Asunto C-244, 06).

de 2007) “el interés superior del menor” en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia “la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar”, según los términos del preámbulo de esta Convención. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede suponer varios aspectos. El Tribunal suscribe en su totalidad a la filosofía subyacente de esta Convención”²³.

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la de que “la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva” (asunto K.T. Contra Finlandia, sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001)²⁴, lo que obligará a los Estados parte a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio.

La búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas relaciones de parentesco de facto. Habrá que estar a las circunstancias del caso para decir que es lo mejor para el menor, lo que por otra parte provoca una disparidad en la sentencias, tal cual lo ha manifestado PRESNO LINERA²⁵. El autor en cuestión denota tres criterios: a) Debe primar la efectividad y apariencia de familia, a pesar de la ausencia de parentesco jurídico y biológico; b) Atender el parentesco biológico o jurídico, si la ausencia de relación efectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor; c) Elegir entre la filiación biológica o la adoptiva en los supuestos en que ambas puedan coincidir.

III. LA DIFICULTAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ESPAÑA.

La jurisprudencia no tiene señalada una línea general que delimite el contenido del interés del menor para cualquier supuesto de hecho planteado. Lo que tiene establecido el Tribunal Constitucional es la consideración del interés superior del niño como criterio básico y preferente a la hora de elegir el progenitor del menor encargado de la guarda y custodia de los hijos. Así lo indica: “(...) el juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio regulador, utilizando la amplia discrecionalidad

²³ STEDH 6 diciembre 2007 (TEDH 2007, 88); STEDH, Sección 2ª, 3 mayo 2012, (TEDH 2012, 43).

²⁴ STEDH 12 julio 2001, (TEDH 2001, 467).

²⁵ Vid. PRESNO LINERA, M. A.: *El Derecho Europeo de Familia*. Cizur Menor (2008): Ed. Thomson Aranzadi, pp. 43 y ss.

que caracteriza los procedimientos en materia de familia y teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos, acordará a cuál de los cónyuges corresponde la guarda y custodia de estos, en razón de sus intereses morales y materiales, con independencia de cuáles hayan sido los motivos y causas productores de la situación de ruptura conyugal (...).”

También ha planteado la jurisprudencia constitucional la importancia del interés superior del menor en la interpretación de los derechos y libertades constitucionales, marcando los límites de su ejercicio a favor de la autonomía del hijo. La STC núm. 141/2000 de 29 de mayo (RTC 2000/141), enfrenta el interés superior del menor con el derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto, cuando las creencias afecten de forma negativa al desarrollo de su personalidad. Para el Tribunal Constitucional, en caso de conflicto, el “interés del menor” es el elemento decisorio en la valoración y alcance del derecho recogido en el art. 16. 1 de la Constitución de 1978: “(...) frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieren afectar negativamente a su desarrollo personal, libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”.

Sin duda el Tribunal Supremo se ha extendido más sobre aspectos específicos del contenido del “interés superior del menor”. Este Tribunal ha establecido la edad y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como valor seguro para determinar el contenido del interés del menor en relación con la capacidad para ejercer sus derechos, y construir de forma progresiva el control de su situación personal y la proyección del futuro; evitando con las medidas judiciales manipulaciones y logrando una formación integral, y su integración familiar y social. En definitiva, la protección del menor en términos jurídicos, persigue el fin expresado en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª núm. 3280/2011 de 12 mayo (RJ 2011, 3280), en ella se estipula: “(...) salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad (...).”

Por ello se hace tan necesario contestar la pregunta: ¿cuáles son los criterios

que ha de utilizar el juez para valorar y decidir el contenido del interés superior del menor? Sin duda el juez deberá tomar el pulso a la sociedad en la temática que le sea planteada, y para ello hará un uso adecuado de la discrecionalidad a la hora de adoptar decisiones. Discrecionalidad que no le autoriza a manejar de modo arbitrario la cuestión que se somete a su conocimiento. Así antes de establecer las medidas más convenientes al interés superior del menor, deberá ponderar los hechos, valorando los beneficios y riesgos asumidos en cada opción, decantándose por aquella que otorgue mayor protección a los derechos constitucionales del menor de edad. En definitiva, la valoración del juez sobre los datos aportados por las partes en el proceso se ha de llevar a cabo prescindiendo, en la medida de lo posible, de su ideología política, convicciones religiosas y educativas, que puedan incidir en la valoración de la familia, así ha opinado RIVERO HERNÁNDEZ²⁶. Verdaderamente lo relevante a la hora de concretar en cada caso el interés del menor, es que los elementos utilizados por el juez en las medidas de carácter personal o patrimonial deben ser puntos de referencia universalmente aceptados. Con ello se evita una dispersión judicial de criterios, que nos llevan a tantas y diversas soluciones como jueces haya²⁷.

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*. Barcelona (1996): Ed. J. M^a Bosch Editor, S.L, pp. 162 a 164; GRACIA VICENTE, F.: “19 de octubre de 1983: Patria Potestad. Suspensión del ejercicio de guarda y custodia. Ejemplo corruptores. Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores. Competencia del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (septiembre-diciembre de 1983), núm. 3, p. 1007. La influencia externa sobre la resolución del Juez, a la hora de valorar el interés del menor, ha de estar movida por criterios sociológicos, psiquiátricos médicos y educacionales, convenientemente asesorado por especialistas, dejando los criterios éticos y religiosos, por muy respetables que sean para su fuero interno, sin que tengan una incidencia trascendente en la resolución judicial. A la vez SEIJAS QUINTANA, J. A.: “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos, guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, *Actualidad Civil* (1997), núm. 29, pp. 642 y 643, indica otros actores externos que van a surgir a lo largo del proceso judicial, como las reglas de la lógica y del sentido común, el conocimiento, la experiencia y a sensibilidad, junto a otros datos como la edad, sexo y personalidad de los menores, la capacidad de los progenitores para ejercer la guarda y custodia, la predisposición de estos a facilitar la relación de los hijos con el otro progenitor. Todos ellos deberán conformar en la mente del juzgador el contenido del interés del menor, para fundamentar la adopción de una determinada medida. También la opinión mantenida por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil* (1999), núm. 12, p. 308.

²⁷ Este planteamiento se aprecia a la hora de buscar presupuestos necesarios que han de concurrir para aplicar el régimen de convivencia de custodia compartida, como el mejor modo de proteger el interés superior del menor. La SAP Burgos, Sección 2^a, núm. 00459/2006 de 14 de diciembre de 2006, plantea la exigencia de requisitos previos que han de concurrir necesariamente, en cualquier ruptura matrimonial, para establecer este régimen de convivencia. Capacidad del progenitor para participar en la guarda y custodia compartida; la tenencia de vivienda propia de cada progenitor; contar ambos con medios

Sin duda la jurisprudencia le atribuye un valor al “interés superior de los hijos”, por ello el titular del órgano judicial al amparo de las normas jurídicas y del margen de discrecionalidad, establecerá las medidas que estime convenientes para proteger el interés superior de los hijos. Esto podrá llevarse a cabo empleando conceptos tales como los de “*estabilidad emocional*”, “*equilibrio psicológico*”, “*formación integral*”. El juez de oficio tendrá en cuenta, las declaraciones de los progenitores; la opinión del menor; el dictamen de especialistas, y adoptará la decisión oportuna, en función de las circunstancias personales y familiares de cada menor de edad. Ante esto los juzgados y tribunales deben valerse de instrumentos esenciales para la determinación del interés superior del menor en la elección del régimen de guarda y custodia más adecuado.

Por una parte se encuentra el valor teleológico. Las resoluciones judiciales muestran uniformidad en la prosecución de delimitar el contenido del interés superior del menor, amparándose en la obtención del desarrollo adecuado de la personalidad del hijo menor de edad, potenciando sus facultades físicas, intelectivas y morales²⁸.

Determinadas normas jurídicas sirven de guía a la actividad jurisdiccional en la elección del régimen de guarda y custodia, por el valor teleológico que muestran para la protección del interés del menor. En el Derecho Internacional se observa especialmente en algunos instrumentos jurídicos: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo. En el ámbito interno el art. 39.2 de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y determinados artículos del Código Civil que lo recogen, como el 92.4 (el ejercicio de la patria potestad), el 103.1^a (medidas provisionales sobre la atribución de la guarda y custodia), el 96

económicos suficientes, implicación directa de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo (recogidas sucesivas a la salida del colegio o de las actividades extraescolares, acudir ambos progenitores conjuntamente a las citas por el tutor de su clase del colegio; velar por el cuidado personal y la salud, comprando ropa y material escolar, acudir ambos progenitores a personas de confianza en las ocasiones en las que no podían ocuparse de su hijo, etc).

²⁸ Por ello ha opinado LINACERO DE LA FUENTE, M^a.: *Protección jurídica del menor*. Madrid (2001): Ed. Montecorvo, p. 63. Los tribunales de justicia, a la hora de buscar el interés superior de los hijos, podrán hacer uso de la discrecionalidad para tomar una decisión sobre varias alternativas igualmente válidas, sin arbitrariedad, que tendrá como límite: “a) la racionalidad en la apreciación de los hechos; b) Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual (...) y material del menor; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional”. Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. del S: “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, *Aranzadi Civil* (2001), Volumen I, Tomo X, pp. 1864 y 1865.

(atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos), el 159 (qué progenitor quedará al cuidado de los hijos menores de edad).

Por otra parte está la aplicación de oficio, las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento matrimonial y de menores, medidas protectoras del interés superior del menor. Aunque en ocasiones tal como indica la SAP Las Palmas, Sección 3ª, núm. 329/2007 de 26 julio (JUR 2007, 346951), “una relación de convivencia impuesta judicialmente no es la más deseable para la satisfacción del interés del menor y es generadora de situaciones de inestabilidad emocional que repercuten en el ordenamiento escolar, en el desarrollo de la psique de niño o joven, de sus derechos de la personalidad, etc.”. En el mismo sentido destaco la SAP Valencia, Sección 10ª, núm. 476/2010 de 13 julio (JUR 2010, 310592).

Sin duda los jueces en determinadas materias del Derecho de Familia no están vinculados por los acuerdos suscritos en el convenio regulador contrarios al interés del menor, ni tampoco rige el principio rogatorio y dispositivo propio del procedimiento civil en defecto de acuerdo. Como indica el art. 91 del Código Civil ante la presencia del *favor filii*, el juez de oficio adoptará las medidas de protección adecuadas para los hijos o en su lugar modificará las ya adoptadas, cuando sean alteradas las circunstancias que le sirvieron como base.

Dentro de las actuaciones de oficio está conocer cuál es el alcance del “interés superior del menor” frente a otros intereses legítimos, materia a la que ya hemos aludido con anterioridad. De todas maneras debe indicarse de que prácticamente es unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo que consagra la supremacía de aquel, por cuanto tiene un carácter de principio inspirador a tener presente por los operadores jurídicos de determinados preceptos del Código Civil y de aquellas otras disposiciones reguladoras de materias matrimoniales, paterno-filiales y de adopción, destacando la superioridad de dicho principio, en la valoración conjunta con otros intereses incluido el de los progenitores. Así lo recoge la Ley Orgánica 1/1996 que recoge el espíritu de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 que vinculan a España. Dichas normas otorgan al Juez facultades discrecionales para adoptar medidas oportunas en beneficio del menor de edad, en concreto que favorezcan la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental así como la estabilidad emocional de aquél.

A los criterios fijados en la jurisprudencia española sobre la aplicación de “interés superior de los hijos”, aparecen unidos otros más específicos y de gran utilidad para atribuir la función de guarda y custodia de los hijos. Así los tribunales tras la ruptura familiar deberán: atender a las necesidades (físicas, educativas y emocionales, relacionadas con la edad y el sexo) demandadas por

los hijos en el desarrollo de su personalidad; tener en cuenta la capacidad (atención prestada a los hijos antes de la separación o divorcio, disponibilidad de una vivienda adecuada, horario laboral, etc.) que detenten los progenitores para satisfacerlo; conocer la voluntad del menor de edad conforme establece el núm. 2 de art. 92 del Código Civil, en la forma que prevé la regla 4ª del art. 770 de la LEC, y apreciar la estabilidad que le proporciona el entorno familiar, escolar y social. Se cita la SAP Madrid, Sección 24ª, núm. 754/2007 de 7 junio (JUR 2007, 312426): “(...) En estas circunstancias es evidente la convivencia y necesidad del cambio en la alternativa de guarda operado en la instancia, máxime cuando se ha informado que garantiza adecuadamente la estabilidad familiar, personal, social y de todo orden que precisa el hijo común”. Y la ya citada STS 257/2013, Sala 1ª, de 29 de abril, que declara la no excepcionalidad de la guarda y custodia compartida, y destaca aludiendo a la anterior STC 185/2012, de 17 de octubre, el carácter no preceptivo del informe del Ministerio Fiscal²⁹. Según esta sentencia los requisitos para la

²⁹ STS 257/2013, 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269): “El motivo se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.- Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.- Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.- Pues bien, el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes”, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión “excepcionalmente”, véase la STS

guarda y custodia compartida, y que reflejan su íntima relación con el interés superior del menor, serían los siguientes: 1) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; 2) Los deseos manifestados por los menores competentes; 3) El número de hijos; 4) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 5) El resultado de los informes exigidos legalmente; 6) En definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.

Concluyendo este apartado quisiera manifestar que la división territorial legislativa en materia de Derecho de Familia ha influido, de manera desigual, en el comportamiento del Legislador español a la hora de fijar factores que colaboren a determinar el contenido del “interés superior del menor”. En un principio el Legislador español no fijaba en el Derecho positivo, factores que ayudaran a concretar este concepto jurídico indeterminado. Ello se observa en la reforma llevada a cabo en el Código Civil mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, esta señala determinados y escasos instrumentos, contemplados en el número 6 del art. 92 del Código Civil, que inciden sobre el interés superior del menor.

Por su parte el Código Civil de Cataluña aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, en el art. 211- 6 aunque regula de forma expresa el interés superior del menor, y establece criterios objetivos para los operadores jurídicos, cuando haya que adoptar medidas que afecten a los hijos menores de edad, no aporta nada novedoso para la jurisprudencia menor. A su vez, el Decreto

579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.- No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil”.

Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el denominado “Código de Derecho Foral de Aragón”, como establecía la derogada Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, refuerza el principio de interés superior del menor, advirtiendo a los progenitores que sean conscientes de que la responsabilidad parental continúa, a pesar de la ruptura matrimonial e incluso la nueva situación exige, sin duda, mas diligencia y cuidado en su deber de padres.

Diferente es, por lo demás, la postura adoptada en las Legislaciones territoriales aplicables en las Comunidades Autónoma de Valencia y Navarra. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, antes de fijar el régimen de convivencia entre los hijos y los progenitores, exige a la autoridad judicial comprobar la concurrencia de determinados factores³⁰. Por su parte la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres, aplicable en la Comunidad Autónoma de Navarra, de idéntico modo exige la concurrencia de determinados factores, antes de elegir el régimen de convivencia más conveniente³¹.

³⁰ El art. 5-3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, indica al juez determinados factores que les facilite la elección como medida judicial del régimen de convivencia entre progenitores e hijos: a) la edad de os hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. b) La opinión de los hijos e hijas menores cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. E) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

³¹ El art. 3-3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura en la convivencia de los padres, establece como factores decisivos para la elección del régimen de convivencia los siguientes: a. La edad de los hijos. b. La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas. c. El arraigo social y familiar de los hijos. d. La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. e. La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos. f. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y que estos le hayan justificado. h. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PERSONA DEL MENOR.

Se discute si las necesidades básicas del niño son semejantes sea cual sea su ámbito cultural, en el fondo la problemática reside en la dificultad que implica el tratar conseguir objetivamente manifestar tales necesidades, de tal manera que puedan ser trasladadas a un plano concreto y lograr su adecuada satisfacción. Posiblemente sea un materia donde la equidad tenga mucho que decir, ya sea en los labios del Legislador o articulando las palabras del juez. Si se efectúa la pregunta si existen necesidades diferentes para el menor por vivir en culturas distintas, en el fondo se cuestiona sobre, hasta qué punto puede condicionar al menor el haber nacido en una familia de una cultura particular cuando tiene que vivir en una sociedad cultural distinta. Autores como DE TORRES PEREA, J. M. opinan que las necesidades son las mismas³².

Ello implica que una vez satisfechas éstas, no debe limitarse al menor condicionando su desarrollo mediante unos criterios culturales, los de la sociedad originaria de los padres que le puedan dificultar severamente su integración en el ámbito cultural distinto, tal como ha manifestado OCHOTORENA³³. Y esto es sólo un ejemplo de la basta problemática que existe en torno a la persona del menor y su personalidad en vías de madurez. Se trata, en definitiva de respetar los principios básicos del Derecho del menor³⁴, de garantizar que se le proporcione el afecto, cariño y condiciones mínimas que contribuyan a su desarrollo, aunque la minoría de edad no sea siempre fácil de determinar, y sin perjuicio de su carácter evolutivo gradual. Es decir, contribuir a que el menor desarrolle una consciencia que le permita ver su lugar en el mundo, para lo cual es fundamental fomentar el autocontrol, pues sólo controlando sus impulsos se llega a la autoestima, debiendo procurarse igualmente potenciar su inteligencia emocional desde

³² DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva Multidisciplinar*. Madrid (2009): Ediciones Iustel, p. 37.

³³ OCHOTORENA, J. DE P.: "Situaciones de desprotección infantil. Definiciones de desprotección y maltrato infantil. Importancia de la detección. Objetivos de los servicios de protección infantil", en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga, 16 de marzo de 2006.

³⁴ VALLÉS, A. (dir.): *La protección del menor*. Valencia (2009): Ed. Tirant Lo Blanch, p. 10: "...las circunstancias culturales, etnográficas, económicas e incluso geográficas pueden condicionar la existencia de diferentes criterios a la hora de definir en cada sociedad cuándo comienza la mayoría de edad, cuestión que es necesario fijar con carácter general por exigencias jurídicas evidentes, como la aplicación del principio de igualdad ante la ley, pese a que el factor individual no se acomoda con facilidad a esta unificación general. Por ello, las legislaciones más evolucionadas compensan la rigidez del criterio uniforme de la mayoría de edad general, en cuanto causa legitimadora de la titularidad potencial para el ejercicio de los derechos propios de las personas adultas, así como para las exigencia de las obligaciones y responsabilidades exigibles en su caso a éstas, con el reconocimiento de diferentes edades para el ejercicio efectivo, personal y directo por el menor, de determinados derechos y obligaciones".

una primera edad³⁵.

En tal sentido, la familia se nos presenta no sólo como fuente de apoyo material y afectivo, sino también como cauce para la socialización, tal cauce, tal camino, se define como un proceso mediante el cual la persona adquiere valores, creencias, normas y formas de conducta apropiados en la sociedad a que pertenece, siendo fundamental en el período de niñez y adolescencia. Se espera que los padres sean capaces de enseñar a los hijos a controlar sus impulsos para poder vivir en sociedad con otros seres humanos³⁶. Ellos, sin duda, son el principal espejo que puede tener el menor, espejo que jamás será impoluto pero que hay que evitar que esté tan sucio o quebrado que le provoque al menor una distorsión de su propia imagen, de lo contrario esa distorsión crecerá con él, se hará un adulto.

Debido a ello el ambiente en que la personalidad del menor se desenvuelva, es esencial, asimismo los márgenes de libertad en que dicha personalidad se manifieste también lo son, de tal manera que permitan de manera gradual, paulatina, su desarrollo, por ello una metáfora que explica bastante bien este ambiente y libertad es la de un jardín donde existen árboles adultos y otros incipientes. Los primeros con su sombra y sus raíces contribuyen al fortalecimiento de los más núbiles, el abono que se empleará para su consolidación será el alimento para la madurez de los aún incipientes árboles. Todo el jardín constituye en ecosistema donde todo importa, esos pequeños árboles tienen una personalidad propia y sin duda, asimismo, necesidades individuales, pero dependen del jardín en su conjunto para seguir creciendo y fortaleciéndose³⁷.

³⁵ No puede olvidarse que el centro de gravedad es el propio menor, debe procurarse que pueda desarrollarse plenamente en la sociedad en la que va a crecer, no limitando sus posibilidades de adaptación. No obstante para poder adecuar el acervo cultural de los mayores a las exigencias de la sociedad resulta importante, no sólo que éste no vea limitados sus recursos de adaptación, sino también hacer responsable al menor para que pueda tener un criterio propio, especialmente en determinadas etapas de su madurez. Ante ello es fundamental las diversas políticas que puedan propiciar el protagonismo de la autorregulación del menor, si bien ésta ha de aprenderse. Se trata, sin dudas, de un difícil proceso de aprendizaje en el que se han de ir creando las condiciones necesarias para que el menor poco a poco pueda alcanzar su autonomía, su identidad.

³⁶ Predomina en nuestra doctrina y se impone progresivamente la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente, cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor trascendente, no pasa de ser un medio y un marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo familiar.

³⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Las reivindicaciones de los movimientos internacionales de infancia y adolescencia en el vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: "La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales" (dirigido por F. ADELCOA LUZÁRRAGA y J. FORNER

Consecuentemente con este propósito la LO 1/1996 señala que “el conocimiento científico actual permite concluir que no existe una diferencia tajante ente las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad”.

Precisamente por ello el Ordenamiento español reconoce al menor capacidad de decisión cuando acredite tener una madurez suficiente³⁸. Dicha capacidad natural lo habilita para poder realizar por si mismo los actos relativos a los derechos de la personalidad según dispone el art. 162.1 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta que la capacidad natural se alcanzará a distinta edad por cada persona, y que un mismo menor puede tener madurez suficiente para decidir sobre determinadas materias y carecer de ella para decidir otras.

Esta capacidad de decisión, tal cual se puede ir intuyendo y conociendo es

DELAYGUA), Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Colegio de Notarios de Catalunya. Barcelona (2010): Marcial Pons, p. 415: “Siendo indiscutible la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en su vigésimo aniversario, su aplicación efectiva debe superar los obstáculos de cada contexto nacional, a partir de tres vías: del reforzamiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia como derechos humanos, del cumplimiento de los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales y sus protocolos facultativos, y de la respuesta a las reivindicaciones de la propia infancia y adolescencia expuesta a través del ejercicio de su derecho de participación. En este contexto, debe sustituirse el enfoque de necesidades por el enfoque de derechos humanos.- El gran desafío actual de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de pleno derecho, con personalidad propia y necesidades individuales, y con derecho a tomar parte en las decisiones que le conciernen. Se trata de una respuesta global, que supere iniciativas sectoriales, identificadas con derechos concretos, que se lleven a cabo desde la perspectiva asistencial de cubrir necesidades”.

³⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General. Madrid (2003): Ed. Thomson Civitas, p. 956. Se expone que la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, es una cualidad esencial de la persona que ostenta por el mero hecho de serlo, no admitiendo grados. Los problemas que puede plantear derivan de la verificación del cumplimiento de los requisitos de los artículos 29 y 30 del Código Civil determinantes de su adquisición. Por el contrario, la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos. Su contenido y posible dependencia o no del estado civil de la persona ha generado diversas formulaciones, al ser determinada la capacidad de obrar por la natural es susceptible de graduación, no siendo igual y homogénea para todos los hombres.

gradual³⁹. Porque sin duda, hoy en día, el menor desde el punto de vista de vista del Derecho es analizado como una personalidad en desarrollo más que como un incapaz, por ello se hace necesario considerar su creciente autonomía, debido a que resulta ser un elemento fundamental para fundar tal personalidad, y ejercer sus derechos fundamentales, materia que a mi juicio es tratada de manera muy detallada por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ⁴⁰.

La autonomía del menor, incipiente en edades tempranas, se va desarrollando luego al relacionarse con otras personas, lo que le da seguridad y autoafirmación de su personalidad, le permite el desarrollo de la misma, principio rector del ordenamiento español, aunque como bien se sabe no fue siempre así a los ojos del Derecho, así lo deja entrever ALÁEZ CORRAL⁴¹. En una sociedad liberal y democrática que concibe la educación como dirigida al pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios y derechos fundamentales (art. 27.2 CE), el ordenamiento está obligado a promover la autonomía de toda persona, obligación que compete en particular a los encargados de dirigir su vida y formar su personalidad, como también a los poderes públicos⁴².

³⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “*Capacidad natural e interés del menor*”, cit., p. 956. “En concreto, la capacidad de obrar del menor de edad ha progresado y va a seguir haciéndolo, ya que son cada vez más los actos para cuya realización solamente se le exige capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento necesario en el ejercicio del derecho y las consecuencias que para el ejercicio de su libertad futura tiene la disposición de ese derecho. En consecuencia, el menor debe tener voluntad para emitir el consentimiento y conocimiento de los efectos jurídicos derivados del mismo”.

⁴⁰ STC 154/2002, 18 julio (RTC 2002,154). En relación a SANTOS MORÓN, M^a. J.: “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio (1)”, *Diario La Ley* (12 Diciembre 2002), Sección Doctrina, núm 5675, tomo 7 Año XXIII, p. 1632.

⁴¹ ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y Derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos, p. 31. Plantea este autor que hasta bien entrado el siglo XX los menores no han sido contemplados jurídicamente como sujetos de derechos subjetivos. El menor era tratado como un individuo disminuido y no como un ser que está en desarrollo durante toda su vida, aunque durante la minoría de edad este desarrollo sea cualitativa y cuantitativamente más intenso. El menor de edad era objeto de la protección de los padres o del Estado y no un auténtico sujeto de derechos subjetivos, porque la minoría de edad era considerada como un status del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual primaba el aspecto de imperfección de la personalidad. Los derechos legales del menor aparecen como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés del propio menor en desarrollar su autonomía.

⁴² SAP, Sección 7^a, Alicante, 41/2003, 29 enero 2003 (AC 2003, 694). “Por otra parte, no debemos desconocer la finalidad teleológica, el espíritu de la tan citada exigencia, que no es otra que la de poder conocer los deseos, motivaciones y aspiraciones del menor en aras a su protección. Y partiendo de esta premisa, habremos de concluir que sin caer en la falta de sensibilidad del drama familiar que toda separación o divorcio conlleva, el simple hecho de ‘oír al menor’ no es de por sí mismo negativo o algo que no convenga al interés del mismo.

Es interesante dilucidar la edad a partir de la que puede serle concedida tal autonomía y el alcance de esta, que dependerá de su preparación personal para asumirla. En relación con la edad es muy difícil establecer una edad o edades fijas por debajo de la mayoría de edad, valga la redundancia, a partir de las cuales pueda reconocerse capacidad para ciertos actos al menor, debido a que el desarrollo psíquico de un niño y adolescente puede ser muy distinto con la misma edad. Por ello, salvo para aquellos casos en que la ley lo determina expresamente (por ejemplo, los doce años para consentir su adopción; o los dieciséis años para el consentimiento para actos médicos, de la ley 41/2002), parece más razonable vincular la concesión al menor de la autonomía de referencia a su madurez y juicio, a su discernimiento, es decir la aptitud psíquica (intelectiva y volitiva) para comprender el alcance y consecuencia de sus actos, con el autocontrol de su voluntad suficiente para asumir o desistir de la decisión correspondiente en cada caso concreto, según su apreciación de las consecuencias⁴³.

Esa capacidad de discernimiento viene a coincidir con la llamada capacidad natural. En este orden cabe citar aquí el art. 31 de la aragonesa ley 13/2006 que tras presumir la capacidad de la persona que ha cumplido 14 años, no incapacitada, añade: “2. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario”. Si la capacidad natural, o discernimiento, considerada en general y en abstracto, puede calificarse como categoría jurídica general, ha de ir referida a cada caso concreto, y en relación con el acto o derecho de que se trata, cuya dificultad o importancia pueden determinar que le menor no esté en condiciones de comprender las consecuencias y alcance de su decisión, o de controlar su

Podrá serlo o no, en función del modo en que se practique dicha audiencia, y así, el interés del menor exigirá, además de la evidente colaboración de los progenitores, que el Juzgador despliegue de una serie de habilidades, que le permitan cumplir la finalidad del precepto, aprobando o no el convenio que los progenitores le someten, sin perjudicar al menor y en interés del mismo.- Y más, dejando al margen la cuestión relativa a la exigencia de oír al menor, habría que preguntarse cómo puede el Juzgador conocer que el convenio que someten a su aprobación, ambos progenitores, lesiona o quebranta el interés de los menores o que existen o no intereses contrapuestos entre los menores y sus progenitores, en supuestos en los que no les ha oído, y en un proceso en el que no existe más prueba que la documental y la ratificación de los progenitores por separado. La experiencia parece estar demostrando, en la actualidad, que existen algunos casos en los que bajo la apariencia de un mutuo acuerdo, subyacen situaciones de violencia, conflictividad emocional, dependencia económica, y otras circunstancias que pueden determinar un régimen de guarda y custodia y de visitas, no movido por criterios de interés del menor, sino por otras razones. Tal vez, éstos o similares argumentos son los que han llevado al Legislador a imponer que los Jueces oigan a los menores con 12 años o más”.

⁴³ Interesante es el estudio propiciado en torno a la capacidad natural en materia de consentimiento matrimonial, vid. el estudio de TOLDRÀ ROCA, M^a. D.: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada)*. Barcelona (2000): Ed. Cedecs, pp. 97 y ss.

voluntad⁴⁴.

El dar una amplia participación al menor en la determinación de cuál es su propio interés no quiere decir que se decline o delegue en él la toma de decisiones, sin duda que se vela por el desarrollo de su personalidad, ya sea en el presente y también en el futuro, pero aún no se le considera el principal responsable para sí⁴⁵. Cabe pensar en no pocas objeciones a ello, no sólo porque muchas veces no reúne los mínimos intelectuales y volitivos (discernimiento) para optar en una disyuntiva y decidir consciente y libremente, o por falta de experiencia de vida (particularmente importante en estas situaciones vivenciales, donde no todo es inteligencia y voluntad), sino, sobre todo, en los casos en que los menores se ven implicados en conflictos con personas muy próximas: estos son muy vulnerables a presiones de los adultos para decidir a favor de alguno de éstos; corren el riesgo de sentirse culpables del resultado de su opción. Un ejemplo claro es la situación de crisis matrimonial de sus padres y de sufrir la enemistad de aquél contra quien han decidido y con quien habrán de convivir o relacionarse de otro modo. Sin duda, es a veces muy difícil interpretar correctamente el verdadero deseo o elección del menor, que para ser calificada como tal deberá ir precedida de una correcta información de los hechos en que deba fundarse y las opciones posibles que maneja, la cual puede ser influida por el interés o perjuicios del informador y por la dificultad de transmitirle la posibilidad de

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Familia. Madrid (2002): Ed. Dykinson, p. 425. Ha manifestado, este autor que, la incapacidad de obrar es la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados, de modo que necesitan actuar a través de representante legal.- Sin embargo, tal regla general debe ser atemperada tras la promulgación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con el mandato expreso contenido en el art. 2 de la citada Ley, en su párrafo segundo, consistente en que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.- Así las cosas, la cláusula general contenida en el art. 154 del CC y desarrollada en el art. 162 del mismo código coexiste ahora con el principio básico que reconoce el art. 2 de la referida Ley. Junto al citado precepto-cabeza del CC aparece, ahora, otro precepto capital. El niño debe hacer y decidir él todo y en todo lo que pueda, según sus aptitudes psíquicas y discernimiento, y que no hagan otros lo que él pueda decidir o hacer por y para sí: se trata de hacer realidad la idea de la determinación consciente y responsable de la propia vida.

⁴⁵ Como afirma ALÁEZ CORRAL, B.: "*Minoría de edad*", cit., pp. 156 y 157, los arts. 12 y 39.2 y 3 de la CE diseñan la minoría de edad como un periodo vital durante el cual el individuo no se basta para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección. Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar o por lo menos bajo la dependencia personal y patrimonial de la familia y como disfruta la mayor parte del tiempo efectivo de su vida en el ámbito familiar bajo la dependencia de sus padres, de forma decreciente a medida que se aproxima a la mayoría de edad, los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor. En este sentido, la cláusula general del art. 154 del CC constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para incidir sobre los derechos fundamentales del menor.

alternativas y naturaleza que puede presentar aquél. A su vez, la opción o decisión del menor está muy influenciada por su edad, por sus apetencias, deseos frustrados, mal que mal se trata de alguien que cuenta con una visión de la vida y sus conflictos muy diferente a la que puede tener un adulto, por ello la forma de averiguar tal visión no podrá efectuarse de idéntica manera como se realiza para conocer la de este.

Es decir no se trata sólo de arrancar decisiones del menor, en este punto me sumo a la opinión del ya citado ALÁEZ CORRAL, sino de establecer el entorno más propicio para él y que así pueda desarrollar su personalidad en transformación y por ese conducto, con su propia participación, modelar los resultados ulteriores referidos a él mismo, se le protege de manera externa, pero también amparándose en elementos propios del mismo menor, sus aficiones, sus necesidades individuales, etc⁴⁶. Es deber del mundo adulto conformar razonablemente ese entorno, hacerlo realidad⁴⁷.

Los deseos y sentimientos del menor no deben ser infravalorados, pueden ser un dato o factor significativo en su decisión, son parte importante en la

⁴⁶ ALÁEZ CORRAL, B.: *“Minoría de edad”*, cit., p. 41, opina que la consideración de la minoría de edad como un status natural en el que el menor ha de ser objeto de protección, consideración que fue una constante en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación jurídica del menor de edad ha experimentado un largo proceso evolutivo encaminado fundamentalmente a variar la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas bajo las que se encuentra, tales como la patria potestad o la tutela y convertirlas en instituciones sirvientes de las necesidades de protección del menor. Según el citado autor, la consideración del menor como un bien objeto de protección ha dado paso a un sistema mixto de protección: heteroprotección y autoprotección, desarrolladas ambas durante la minoría de edad.

⁴⁷ SAP, Sección 1ª, Tarragona, 13 abril 2005 (REC 99, 2004). “En el caso de autos todos los informes emitidos en los mismos acreditan la conveniencia del mantenimiento de una situación que se estima favorable y amparadora de la menor, situación que no cabe alterarse por los buenos deseos o aspiraciones del recurrente cuando las circunstancias físicas y socio-familiares que en él concurre no le permiten hacerse cargo de unos deberes que requieren de unas capacidades y disponibilidades que no concurren en su caso, al encontrarse limitado por la enfermedad que padece de poder actuar con la autonomía y libertad que la atención de una menor recomienda, máxime si esas limitaciones en lugar de inducirle a una superación le llevan a una dependencia de terceros o a una pasividad a la espera de poder ser el mismo atendido, situación comprensible y lógica pero que no constituye la más adecuada para quien pretende hacerse plenamente cargo de la educación y formación de una menor atendiéndola en todos los órdenes de la vida, máxime si el ámbito familiar en el que habita está ya sobrecargado por la presencia de cuatro adultos más y supone ya por ello importantes restricciones de espacio y atención. De todo ello se deriva que no se trata de una falta de sensibilidad el oponerse a una asunción de facultades y dedicaciones siempre gravosas y difíciles, ni de que una situación física disminuida implique una incapacidad de cumplirla, sino que se trata de ver suficientemente garantizado la adecuada cobertura a la menor, garantía que no se ve en el caso de su padre que, prácticamente, se pasa el día viendo la TV no presenta otra actividad que la de salir a tomar unas copas, al tiempo que aporta un escaso poder económico, consecuencia de su situación, garantías que requieren algo más que deseos y palabras”.

conformación de su autonomía. Pero en atención a la dificultad de una correcta formación del primero e interpretación de tales sentimientos y deseos, las afirmaciones de los menores ante los jueces, abogados y demás, pueden carecer de fundamento suficiente para dar relevancia a una decisión. Incluso puede suceder que un especialista, por ejemplo un psicólogo, lea mejor en la personalidad del menor, sus deseos y anhelos, tal valoración aclararía la estabilidad y consistencia del proceso interno de formación y manifestación del parecer de tal menor.

Por otra parte, una pregunta que surge en el presente análisis es sobre el consentimiento del menor, sobre todo en aquellos actos que afectan de manera especial sus derechos de la personalidad, actos que puede realizar el menor por sí mismo de conformidad con sus condiciones de madurez, tal cual lo preceptúa el art. 162. 1º del Código Civil. Este precepto es acorde con la antes aludida concesión al menor de una creciente autonomía en la decisión de asuntos vinculados directamente a su persona⁴⁸. Más su interpretación no deja de plantear problemas: desde la cuestión de si procede la distinción entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar en este ámbito, en tanto que el goce de aquellos derechos no requiere especial capacidad y que los “actos” a que alude el artículo 162. 1º no son tanto de disposición o creadores de obligaciones cuanto de mero goce de los derechos.

Sin duda, si el menor tiene discernimiento suficiente (capacidad natural), sólo él puede dar el consentimiento para los actos de referencia, en particular en su relación con terceros. En el caso de que el menor no la tenga, y deba dar su “consentimiento” su representante legal, no se trata, en todo caso, de una declaración de voluntad de estos que vendría a sustituir la del menor, debido a que el consentimiento de éste es personalísimo para esos actos e insustituible; sino que se emite como expresión de un deber en el ejercicio de la función pertinente y, en tal concepto, deberá ser acorde con el beneficio del menor. Este beneficio o interés es lo esencial, no una voluntad negocial.

⁴⁸ Sin perjuicio de ello en la mayoría de las sociedades occidentales está aumentando una peligrosa dicotomía e incongruencia entre la maduración biológica y relacional de la juventud y los ritmos y pasos hacia la sociedad adulta. Al tiempo que los desarrollos biosociales son más precoces, los procesos de emancipación concluyen más tardíamente. Se van anticipando tránsitos y se van posponiendo otros. Se van adelantando hacia la adolescencia, e incluso la infancia, comportamientos y experiencias que antaño se vivían a partir de los 18 años (se adelantan la iniciación afectiva y sexual, la libertad de decisión sobre el tiempo libre, y también la iniciativa sobre el destino del gasto del dinero que ganan o reciben de la familia; esa capacidad lleva incluido el autocontrol para consumir o no productos que generan riesgos). Y por otra parte, se van desplazando hacia los últimos años de la juventud, e incluso hacia después, iniciaciones existenciales que aún se tienen por logros característicos y propios de edades juveniles. La inserción en la edad adulta se alarga, la adquisición de la autonomía se aplaza.

Es momento de retomar de manera más detallada el análisis del concepto de capacidad, esto resulta importante y necesario, sin duda, ¿Por qué?, porque la primera medida de protección al menor, de cara a cuidar su interés, se ha hecho limitando y restringiendo su capacidad de obrar. En tal sentido en muchos de los códigos de inspiración napoleónica, cuando se trataba la capacidad de obrar era cuando primeramente se hacía referencia a los menores, no en cuanto persona, con la autonomía propia de la misma en plena evolución sino que en lo referente a su capacidad limitada en el trato jurídico. En la nomenclatura jurídica de entonces se empleaban los términos de impúberes o púberes dentro de los menores de dieciocho años. Eran los primeros incapaces absolutos (sin jamás poder celebrar actos jurídicos por sí mismos) y los segundos incapaces relativos, es decir, gozaban de la posibilidad de celebrar ciertos actos ya sea de manera personal pero autorizados por su representante legal o representados por aquél⁴⁹.

Las limitaciones de la capacidad de obrar no son a simple vista una merma en la personalidad del menor, como un estudio simplista puede concluir, ni tampoco son una medida de protección acaecida por la falta de madurez de tales menores que impliquen un complemento del desarrollo de su autonomía. Son más bien el reconocimiento de que sus capacidades intelectuales y emocionales están desarrollándose, son pinceladas del desarrollo de tal personalidad⁵⁰, que implican un dejar hacer gradual, un

⁴⁹ Vid. GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: *La participación del menor en la sociedad*, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M^a. P. POUS DE LA FLOR). Madrid (2009): Exlibris Ediciones, SL, pp. 171 a 174. Sostiene que: “La imagen social de la niñez, el modo de comprender la infancia y la adolescencia varía con el tiempo y cambia según consideremos distintas partes del mundo.- La comprensión de las necesidades de los menores para optimizar su desarrollo, la elección de los ambientes que satisfacen más eficientemente sus necesidades o qué tipo de protección son adecuados a cada edad específica, depende de la mirada que las sociedades hacen sobre los menores”.

⁵⁰ SANCHO CASAJÚS, C.: “Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón”, en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n004368_LOS%20DERECHOS%20DE%20LA%20PERSONALIDAD%20DE%20LOS%20MENORES%20EN.pdf, p. 69. “En la doctrina civilística moderna se considera que el menor de edad no es un incapaz, sino simplemente que tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Por lo tanto si un menor de edad tiene capacidad natural en el sentido de madurez, discernimiento, capacidad de entender y querer, tendrá capacidad de obrar para realizar el acto jurídico concreto. En definitiva si hay capacidad natural en el menor debe tener capacidad de obrar. De lo contrario se vulneraría su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este criterio de capacidad natural como sinónimo de capacidad de obrar se propugna tanto en el ámbito de la patrimonial como en el ámbito de la personalidad del menor. Lo que ocurre es que en el ámbito de los derechos de la personalidad, como afectan a intereses existenciales del menor, la apreciación de la existencia de la madurez necesaria debe hacerse de forma rigurosa ya que en definitiva están en juego la libertad y la igualdad de las personas. En el aspecto patrimonial, por el contrario, no quedan tan directamente afectados los derechos de la personalidad del menor al no recaer sobre cualidades directas

obrar paulatino en el mundo de los negocios jurídicos, pero más aún, son el antecedente básico del derecho del menor a ser oído. Pues, si se le permite expresar su opinión y que ésta sea considerada en un proceso determinado, no es tan sólo por su carácter de víctima en dicho proceso, sino, en gran parte, porque goza de la suficiente capacidad, ya sea sustantiva como procesal, para manifestar una opinión que reconduzca la situación en la que actualmente se encuentra inmerso⁵¹.

Por estas dos justificaciones resulta interesante entrar en un análisis de la capacidad del menor, en materia civil, capacidad distinta a la de un adulto pero que lo prepara a su plenitud jurídica. En relación con esto, el tránsito desde la personalidad, como cualidad o naturaleza jurídica del hombre, a la capacidad, como figura instrumental enmarcada en las grandes instituciones del Derecho privado general (patrimonio, familia, sucesiones) supone un proceso de tecnificación necesario y problemático, expresa RAMOS CHAPARRO⁵².

Resulta imprescindible para intentar entender bien este concepto, y además por la relación directa e íntima con el concepto de personalidad, que reviste un fundamento más moral que jurídico, comprender que la aplicación del término en cada campo necesita de una terminología adecuada. En relación al contenido del término capacidad, la noción de personalidad presenta al ser humano ante el Derecho como una existencia individual y unitaria pero también dinámica y evolutiva, cuya presencia como sujeto en las relaciones y los actos va a depender no sólo de su naturaleza última, sino, además de sus relaciones concretas en el ejercicio de la libertad psicológica o autogobierno, así lo ha defendido, a mi juicio muy acertadamente, DE LAMA AYMÁ⁵³.

del individuo; y además en el ámbito patrimonial no solo están afectados los derechos de los interesados sino también los derechos de terceros lo que implica que para garantizar la seguridad económica debe saber con exactitud dicho tercero con quien tiene que contratar y como tiene que contratar (de ahí la representación legal del menor en el ámbito patrimonial)”.

⁵¹ La formación-evolución que se espera del menor atañe muy directamente a su conciencia. Ésta, siendo el rasgo común y defensorio de la persona —estrechamente vinculado a su identidad—, no se nos da ya hecha sino que experimenta un proceso de formación descrito por la Psicología evolutiva, si bien se carece por completo del sentido de la propia identidad, se puede ir construyéndola porque se dispone del material suficiente para ello. Velar por este proceso es una exigencia de la protección del menor. En este sentido concuerdo con lo planteado por MARTÍ, J. M.: “La situación jurídica del menor y su formación”, en AA.VV.: *Evolución del Derecho de familia* (coord. por S. CATALÁ RUBIO). Cuenca (2006): Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios, p. 201.

⁵² RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, (1995): Ed. Tecnos, p. 175.

⁵³ DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch, p. 45 y ss. “Las situaciones jurídicas abstractas son categorías jurídicas generales que engloban en su seno la figura del derecho subjetivo, el bien jurídico y el interés legítimo, entre otras, como manifestaciones de la personalidad y la dignidad del

LACRUZ expresa que la cualidad de persona, formalmente, no presupone la titularidad actual de derecho alguno, si bien toda persona física, aún recién nacida, además de los derechos de la personalidad, tendrá al menos una pretensión de alimentos frente a sus progenitores y otros parientes, o bien, subsidiariamente, un derecho similar frente al Estado. Lo que exige necesariamente la cualidad de persona es la aptitud genérica para ser titular de derechos. Para ello no es necesario que la persona física tenga uso de razón, ni menos voluntad e inteligencia plenamente desarrollada: es por su mera condición de ser humano por lo que el Derecho Natural y el positivo le consideran con capacidad para servir de soporte a derechos y obligaciones, lo cual no incluye el poder de gobernar la propia esfera jurídica, que puede tenerse en un grado mayor o menor, o del que se puede carecer⁵⁴.

Como bien es sabido la capacidad jurídica estándar, es decir, la que in abstracto corresponde a toda persona, comprende, en hipótesis, la aptitud para ser, genéricamente, titular de derechos y deberes, el poder para ser parte en todos los actos o negocios, salvo aquellos que requieran una aptitud especial: poder que, faltándole capacidad de obrar, podrá ejercer en los negocios no personalísimos mediante su representante legal. Esto último en el caso de los menores es patente y notorio.

Al concepto de capacidad jurídica suele contraponerse el de capacidad de obrar, que se refiere a un concreto acto o negocio, significa que una persona es capaz de celebrarlo por sí, que no precisa en lugar suyo la intervención del representante legal ni la cooperación de otra persona. La capacidad de obrar, siguiendo a LACRUZ, recién citado, no es igual en todas las personas, pero esta desigualdad no puede ser arbitraria. El Derecho atiende hoy, para reconocerla a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes; nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales.

El objeto de esto es adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir a la aptitud o capacidad para querer y entender de cada uno.

individuo. La personalidad como valor se manifiesta en una serie de bienes jurídicos de la personalidad, es decir, conceptos inherentes a la existencia humana que el ordenamiento jurídico considera merecedores de una protección cualificada. Por ello la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad debe considerarse una cuestión de interés general pues la sociedad considera necesario que estos queden garantizados en su seno. El concepto de bien jurídico encuentra su origen en la doctrina penalista pues es la idea de protección del bien jurídico donde esta el fundamento de la sanción penal"; pero desde el derecho civil también se ha hecho uso de el "como un valor beneficioso, aprovechable y positivo de una realidad personal, social y material".

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*. Parte General, Volumen Segundo. Madrid (2000): Ed. Dykinson, 2ª edición, pp. 3 y 4.

ALBALADEJO⁵⁵ menciona que la capacidad jurídica la tiene todo hombre, comienza con su personalidad y acaba con ella. La capacidad jurídica que el Derecho español reconoce, consiste, general e indeterminadamente, en una capacidad abstracta y uniforme para todos.

Como todas las grandes construcciones jurídicas teóricas, la distinción clásica de la capacidad aparece aquejada de su crisis particular. Para una exposición de los principales ataques doctrinales que ha recibido, se podría hablar de dos “frentes” que representan motivaciones, planteamientos e incluso épocas diversas y sucesivas. El primero y más antiguo, formado sobre todo por autores alemanes, centra sus críticas en la figura de la capacidad jurídica, mientras el segundo, contemporáneo, localizado principalmente en la doctrina italiana, dirige las suyas contra la capacidad de obrar legal o abstracta, en palabra de DE CASTRO Y BRAVO⁵⁶. En ambos, con fines contrarios, de una u otra forma, se impugna básicamente el criterio de la distinción tradicional, utilizando argumentos técnicos que intentan demostrar la inutilidad de las categorías resultantes del mismo, al menos, en sectores concretos de la normativa civil. Sin duda que tales posiciones han perturbado el planteamiento fácil del binomio clásico, demostrando su relatividad histórica como instrumento de la técnica jurídica. Se debe creer que la distinción clásica está llamada a superar su crisis y a sobrevivir largo tiempo en la doctrina, dado que su misma evolución la ha relativizado históricamente, poniéndola, cada vez más, al servicio de los principios derivados de la construcción realista de la persona, donde juegan un papel clave sus ámbitos físico, intelectual y afectivo. De todas maneras gran parte de las críticas que ha recibido han servido para perfeccionarla y ninguna hasta ahora ha proporcionado una alternativa técnica que sea capaz de reconstruir, enteramente desde otras bases, el régimen jurídico de la persona sujeto.

El régimen de la capacidad de obrar del menor está contenido fundamentalmente en el Código Civil, si bien de forma dispersa y con carácter fragmentario, y además es el sedimento de varios aportes legislativos, la más importante es la Ley 1/1996. Dicha Ley sorprendentemente no abordó la regulación de la capacidad de obrar del menor, salvo la previsión contenida en el párrafo 2º del art. 2. En efecto, aunque han proliferado las normas especiales, cuyo objeto son determinadas clases de actos jurídicos, para los cuales se reconoce capacidad de obrar al menor de cierta edad, siguiendo el criterio objetivo, o su suficiente madurez personal (acogiendo el criterio subjetivo), todavía la norma más general del mismo sigue siendo la

⁵⁵ ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. Introducción y parte general*. Volumen 1. Barcelona (2006): Ed. J. M. Bosch Editor S.A., 12ª edición, p. 229.

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Madrid (1984): Ed. Civitas, pp. 40 a 44.

recogida en el artículo 1263.1º CC⁵⁷.

Esta interpretación también explica que se hayan denominado capacidades especiales a las concretas posibilidades de actuar que las leyes reconocen a los menores, y aunque el artículo 1263 1º CC está en sede de contratos (actos patrimoniales), se ha considerado aplicable supletoriamente a todo tipo de actos jurídicos, pues en el Derecho privado español, al desconocerse legalmente la categoría de negocio jurídico, las insuficiencias normativas en el régimen legal de los actos jurídicos unilaterales se han colmado mediante la aplicación analógica de los criterios generales de los contratos, justificada *a fortiori* en el artículo 1090, en este punto me remito a los trabajos ya clásicos de CASTÁN TOBEÑAS y MANRESA Y NAVARRO⁵⁸.

DE CASTRO Y BRAVO⁵⁹ era partidario de que al menor no se le podía considerar un incapaz absoluto en función de la edad, salvo las excepciones legales, más bien un protegido por el Derecho. Esto se justificaba expresando que el menor sólo es incapaz cuando carece de capacidad natural, lo que conlleva a la nulidad de sus actos, pero cuando goce de capacidad natural, el menor puede actuar, si bien sus actos son anulables por ser objeto de protección jurídica y estar sometido a patria potestad o tutela. Esta postura descansa, en último término, en la distinta técnica jurídica de tratamiento de los actos realizados por el menor, vale decir, si goza o no de capacidad natural suficiente. Y su único alcance práctico consiste en que, a falta de norma expresa, al menor con capacidad natural suficiente no le podrán impedir actuar, salvo sus representantes legales.

JORDANO FRAGA⁶⁰, por su parte, ha manifestado que: “en este artículo (se

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expresa que, en relación al art. 1263: “La norma comentada se refiere con valor fundamentalmente programático o de regla base, a la capacidad general de contratar, que no concurre en principio ni en los casos de minoría de edad sin emancipación ni en los de incapacitación legal. La posibilidad en el caso concreto habrá que considerarla según la regulación específica que puede aumentar este principio, aumentado o reduciendo las exigencias de capacidad (art. 1264). Aunque hay quien alude literalmente a que la norma se refiere a la incapacidad de consentir, en realidad tal como señala la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, se está aludiendo a la incapacidad para contratar, o de forma más amplia a la incapacidad de obrar... El hecho jurídico de la minoría de edad no hace que se considere inexistente, puesto que el artículo debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1301 y 1302, se tratará en principio de contratos no nulos sino que anulables...”, en la obra de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y otros: *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor (2006): Ed. Thomson Aranzadi, pp. 1513 y 1514.

⁵⁸ Para la tesis tradicional, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, I, 2º. Madrid (1984): Ed. Reus, 14ª edición, pp. 179 a 180; y MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, VIII. Madrid (1929): Ed. Reus, 4ª edición, pp. 584 a 585.

⁵⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España*. Madrid (1984): Ed. Civitas, pp. 173 a 193.

⁶⁰ Vid. JORDANO FRAGA, F: “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*

refiere al art. 162.1) se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad general del menor dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales”. Si esto fuera así, tal precepto aportaría fundamento legal bastante para reconocer al menor una capacidad de obrar general acorde con su capacidad natural, lo que implicaría superar definitivamente las insuficiencias señaladas del régimen legal del menor. Sobre la base de esta interpretación, el mismo autor, defiende que el menor, atendiendo a sus crecientes condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad u otros, por ejemplo patrimoniales, cuya trascendencia social sea acorde con la madurez alcanzada. Se logra con ello la flexibilización definitiva del régimen jurídico de la capacidad de obrar del menor, pues se le reconoce un ámbito de tal capacidad, delimitada cuan océano y enriquecida por la afluencia de dos ríos, el primero, compuesto por las aguas que detallan las condiciones de madurez del menor o, lo que es igual, su capacidad natural; y el segundo, conformado por la trascendencia socio-jurídica del acto de que se trate, salvo disposición legal expresa que establezca otra cosa. Sin embargo, tal interpretación del art. 162.1º ofrece dificultades que parecen difíciles de responder. Daría lugar, aparentemente, a la consagración total del criterio subjetivo para determinar la capacidad de obrar del menor, lo que no se compadece con el límite legal de los dieciocho años de edad, ni con la existencia de otras normas relativas a las potestades tuitivas a las que está sometido el menor, que acogen el criterio objetivo (art. 164.2.3º). Sostengo que lo anterior es aparente, debido a que en la materia estudiada no se puede hablar, de manera absoluta y concisa de posiciones objetivas o subjetivas, sino que a mi juicio, es la reflexión ecléctica la que impera.

Aparte de esta explicación fallida, se pueden barajar distintas explicaciones para dar cobertura jurídica a los contratos que el menor realiza en la vida corriente, desde la compra de golosinas, a la adquisición de zapatillas o pequeños artefactos electrónicos, que no parece puedan ser impugnados. Por ejemplo puede existir una autorización tácita del guardador; o producirse una renuncia tácita de la impugnación; o en realidad, el menor está cumpliendo una obligación de los padres, o los actos son impugnables según las circunstancias del menor por estar amparados por los usos sociales, con base en un fundamento consuetudinario. En general, todas las explicaciones presentan dificultades, en los casos de autorización o renuncia tácita, no es fácil determinar cuando se producen⁶¹.

(enero-diciembre 1984), Tomo LXVIII, p. 892.

⁶¹ El poder de representación que indica el art. 162.1 CC nace directamente de la Ley, que tales representantes serán el padre y la madre salvo que alguno de ellos esté privado de su ejercicio, en tal caso sólo aquel que la ejerce es quien goza de tal representación.

Paulatinamente, se abre una vía para reconocer al menor más amplias posibilidades de actuación de las que se derivan expresamente de las normas legales. ¿Qué consecuencias se deducen de ello? En primer lugar, bastante inseguridad jurídica, porque la pluralidad de medios de integración del Derecho recogidos en los citados artículos del Código Civil y la proliferación de las normas especiales de capacidad del menor en aquellos medios en que pueda apoyarse, dejarán al juzgador una gran capacidad de decisión, y en gran medida la determinación concreta de la capacidad de obrar del menor se deja al arbitrio judicial. Además, dada la primacía en el Derecho español de las normas de protección del menor, es previsible que lo que haga el menor más allá de los casos previstos, se juzgará plenamente eficaz si le beneficia e ineficaz si le perjudica.

En conclusión, de conformidad con los principios constitucionales sobre la materia y aquellos otros principios que puedan inducirse del conjunto de normas especiales sobre la capacidad de obrar de los menores, no deja de ser insatisfactoria la caracterización general de todo el sistema por las dudas que se suscita, dada la falta de criterios claros y flexibles, lo que lo deja completamente abierto⁶².

V. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR, ESPECIAL ÉNFASIS EN LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y EN SU EDUCACIÓN.

Sin duda el derecho más radical, en cuanto a su raíz y fuente de todos los demás, es el derecho de libertad de conciencia, cuya expresión primera es justamente el derecho de libertad de conciencia y, secuencialmente, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Es un derecho predicable no sólo de los menores de edad, pero que cobra especial importancia en relación con ellos, y no es fácil deslindar su contenido ni dibujar sus contornos o límites, lo ha entendido y desarrollado de tal manera ASENSIO SÁNCHEZ⁶³. Aquí tiene su fundamento la especial protección jurídica que el ordenamiento

⁶² Asimismo, cuando el conflicto se suscita entre la voluntad del menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor debe prevalecer sobre cualquier otra medida cuando nos movamos dentro del ámbito de aplicación de artículo 162.2.1 CC, siempre que dicha voluntad se manifieste en beneficio de su interés. Del mismo modo en beneficio del menor debe ser interpretada la intervención del Ministerio Fiscal y, en su caso del Juez, en los supuestos en los que el consentimiento debe ser prestado por sus representantes, en aras no sólo a contemplar su falta de capacidad natural, sino también como mecanismo de control ante una posible manipulación de la voluntad de la persona del menor.

⁶³ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Ed. Tecnos; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos.

español, incluido por cierto el autonómico⁶⁴, dispensa a la juventud o a la infancia cuando las tipifica como límites del ejercicio de las libertades de información y expresión a pesar de su consideración como garantías institucionales (art. 20.4 C.E.) como límite de la posibilidad de secreto sumarial o de vista oral en los procesos penales.

En relación al derecho a la libre formación de conciencia y la patria potestad en la toma de decisiones por los padres (art. 154), o en su caso por el juez (art. 159), sobre los hijos no emancipados, el Código Civil se refiere al “beneficio de los hijos” como criterio inspirador, añadiéndose en el primer caso “de acuerdo con su personalidad”. No parece ninguna opinión antojadiza entender que esa expresión alude a lo que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 3.1) y la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Menor de 1996 llaman “interés superior del niño”, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo (art. 2). Tampoco parece necesario violentar esas expresiones para entender que ese interés del menor, de acuerdo con su personalidad, comprende la libertad emergente, germinal y en proceso de formación del niño y, por tanto, su derecho a la libre formación de su conciencia. Es decir, el interés del menor deber ser puesto en relación con el art. 10.1 de la Constitución, es decir, con el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Si se analiza el art. 16 CE, puede afirmarse que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencia y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común).

Ahora bien, el principio del libre desarrollo de la personalidad debe ser objeto de una reflexión en el mismo sentido, este principio no es un derecho, no tiene un titular, pero si implica una condición *sine qua non*, un prisma esencial para la interpretación de los derechos fundamentales. El libre desarrollo de la personalidad implica la libertad de conciencia del menor sujeta a su interés fundamental, puede ser restringida por quien tiene la patria potestad o la tutela, siempre y cuando dicha restricción sea conteste al interés

⁶⁴ Art 5.1 Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011: “El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”.

mencionado, no al suyo propio⁶⁵.

Visto desde otro ángulo, en vez de restricciones debe de mencionarse libertad de creencia y proselitismo. Frente a tales prerrogativas de los padres, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o máxime cuando la de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior de los menores de edad” (arts 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)⁶⁶.

En relación del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos y el derecho a la libre formación de conciencia este derecho aparece reconocido en el art. 27.3 de la Constitución⁶⁷. De acuerdo con el art. 10.2 de la misma y su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el art. 26.3 DUDH, si bien ambos derechos son bastantes similares no deben confundirse⁶⁸.

¿Cómo se puede armonizar el derecho que se reconoce a los padres con el derecho de los hijos a la libre formación de la conciencia? Debe acentuarse la afirmación de que los padres no son propietarios o dueños de la conciencia de sus hijos, y siguiendo con esto, es no menos evidente que no pueden representarles en el ejercicio de ese derecho, de acuerdo con el CC, otra cosa es que sean los primeros garantes del libre desarrollo de su personalidad. La contradicción sólo puede salvarse teniendo en cuenta lo que a este propósito dicen la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley

⁶⁵ STC, Pleno, 215/1994, 14 julio 1994 (RTC 1994, 215); STC, Sala 1ª, 260/1994, 3 octubre 1994 (RTC 1994, 260); STC, Pleno, núm. 60/1995 17 marzo 1995 (RTC 1995, 60)

⁶⁶ Vid. STC, Sala segunda, núm. 141/2000 de 29 mayo 2000 (RTC 2000, 141); STC, Pleno, núm. 154/2002 de 18 julio 2002 (RTC 2002, 154); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, de 11 febrero 2009 (RJ 2009, 1877); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª, 22 febrero 2011 (RJ 2011, 1260). Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*, Tomo II, Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad. Cizur Menor (2007): Ed. Thomson Civitas, 3ª edición, pp. 55 y 56.

⁶⁷ Vid. CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la Religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y Libertades*, Universidad Complutense de Madrid (2002), núm. 2, páginas 157 a 219. CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y Libertades*, Universidad Complutense de Madrid (2002), pp. 157 a 219.

⁶⁸ Cfr. STC, Pleno, núm. 5/1981 de 13 febrero 1981 (RTC 1981, 5); Cfr. STC, Pleno, núm. 10/1983, 21 febrero 1983 (RTC 1983, 10).

Orgánica de Protección de los Derechos del Menor. En la primera, los Estados firmantes se comprometen a respetar los derechos y deberes de los padres de impartir al menor una educación “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos” (art. 5), y más adelante, utiliza para referirse a esos mismos derechos y deberes los términos “guiar al niño en el ejercicio de su derecho” (art. 14.2). En la segunda se tipifica como de cooperación y no de sustitución el deber de los padres de facilitar que el menor ejerza el derecho de libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6.3)⁶⁹.

Frente a la formación en valores y libre formación de la conciencia, la educación siempre debe estar encaminada al libre desarrollo de la personalidad, pero también a inculcar en el menor el respeto de los derechos fundamentales de los demás, el respeto a sus padres y a su propia identidad cultural, así como deben prepararle para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz y tolerancia, igualdad de sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, y personas de origen indígena, tal cual lo manifiesta el art. 29.1, a ello debe añadirse lo estipulado por la CE en su art 27.2 “el respeto a los principios democráticos de convivencia”. Estos valores obligatoriamente deben formar parte de la educación, todos ellos son las semillas básicas donde se desarrolla su personalidad, más las creencias religiosas que sus propios progenitores quieran inculcar en ellos, siempre y cuando no contradigan el interés superior del menor.

La Constitución española considera posible la transmisión de valores religiosos, exceptuados, en todo caso, los contradictorios con los mandatos imperativos que mandan o prohíben algo de la ética mínima común constitucionalizada. ¿Es compatible con el derecho a la libre formación de la conciencia la transmisión confesional de valores religiosos en edades en que el niño carece de capacidad de discernimiento suficiente para valorar las diferentes alternativas?, ¿no entraña esa transmisión confesional un riesgo o, incluso, un peligro seguro de condicionamiento de esa libertad?, ¿no implica necesariamente una desprotección y un desprecio de esa libertad? Sobre estas interrogantes cabe plantearse de que si bien los padres no tienen un derecho sobre sus hijos si tiene el derecho y el deber de educarles en el ámbito religioso y moral de la manera que esté de acuerdo y en armonía con sus propias convicciones.

Por lo que respecta al art. 27.2 de la Constitución, hay que resaltar que el

⁶⁹ Cfr. SERRANO POSTIGO, C.: “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en Homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid (1983), p. 818.

Legislador constituyente ha querido ser beligerante en materia educativa. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR⁷⁰, ha sostenido por la naturaleza del proceso educativo, por las personas a las que básicamente está destinado y por su condición de instrumento decisivo en la formación de la personalidad, no sólo se ha querido la educación en libertad, sino también la educación para la libertad⁷¹. Consciente de que todo proceso educativo implica transmisión de valores y de pautas de comportamiento⁷², ha establecido que la finalidad de la educación será el pleno desarrollo de la personalidad⁷³. De todas maneras el apartado 2 del precepto constitucional enlaza directamente con el art. 26 de la Declaración Universal: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Quizás sea momento de afirmar que el derecho a la educación aparece íntimamente unido a la institución de la patria potestad, al ser las funciones educativas inherentes a la misma, ex art. 154.1 CC.

Volviendo a las interrogantes antes mencionadas, al plantearse la cuestión, de naturaleza bastante controvertida, de si los progenitores pueden imponer a los hijos su modelo educacional o, si, por el contrario la imposición de un determinado modelo educacional a los hijos lesionaría el derecho de éstos a la libre formación de su conciencia, de su personalidad. La respuesta es que, en este sentido y teniendo en consideración los aspectos más importantes que, en relación con la patria potestad como función hay que abordar, es preciso resaltar que el contenido del derecho de los progenitores viene mediatizado, necesariamente y de forma contundente, por su naturaleza de derecho-deber, en cuanto derecho se ejerce siempre frente al Estado, nunca frente a los hijos, y fundamentalmente consiste en poder exigir a la Administración, por un lado, la puesta en funcionamiento de medios necesarios para la satisfacción del derecho a la educación, y por otra parte, que los hijos no reciban una educación contraria a las convicciones de los

⁷⁰ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los informadores*. Madrid (1990): Ed. Tecnos.

⁷¹ Cfr. GARCÍA CARRASCO, J.: “Bases sociales y antropológicas de la educación intercultural”, en *Educación intercultural en la perspectiva de la Europa unida. X Congreso Nacional de Pedagogía*, Salamanca (1992).

⁷² CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, en *Revista Iberoamericana de Educación* (1995), núm. 7, pp. 41 a 63.

⁷³ Cfr. GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid (2002): Ed. Civitas; GONZÁLEZ MORENO, B.: *Estado de cultura, Derechos culturales, y Libertad religiosa*. Madrid (2003): Ed. Civitas.

padres. El derecho, asimismo, se extendería a la elección por parte de los progenitores de la enseñanza moral y religiosa que estimaren de acuerdo, pero asimismo tal derecho tendrá un importante límite. Efectivamente, los límites propiamente intrínsecos vendrían determinados por el hecho de que la educación elegida por los padres sea en interés del menor permitiendo su desarrollo como persona, vale decir, que faciliten el libre desarrollo de su personalidad, dentro del ámbito propio de los principios y valores constitucionales, respetando su dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y Derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos.

ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Revista Actualidad Civil* (1997), núm. 1.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Ed. Tecnos.

CARBONELL BENITO, G.: “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal”, en AA.VV.: *La protección del menor* (dirigido por A. VALLÉS). Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch.

CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, en *Revista Iberoamericana de Educación* (1995), núm. 7.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch.

DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva Multidisciplinar*. Madrid (2009): Ediciones Iustel.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Parte General, I, vol. 2º, Personas*. Madrid (2004): Ed. Dykinson.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid (2002): Ed. Tecnos.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los*

informadores. Madrid (1990): Ed. Tecnos.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SERRA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch, Monografías núm. 321.

GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: “La participación del menor en la sociedad”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M^a. P. POUS DE LA FLOR). Madrid (2009), Exlibris Ediciones, SL.

HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés*. Madrid (1989): Ed. Taurus; *Facticidad y validez*. Madrid (1998): Ed. Trotta.

HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. y otros: *El Sistema español de Justicia Juvenil*. Madrid (2002): Ed. Dykinson.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Volumen Segundo. Madrid (2000): Ed. Dykinson, 2^a edición.

LAUROBA LACASA, E.: “Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2012), núm. 4.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a.: *Protección jurídica del menor*. Madrid (2001): Ed. Montecorvo.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*, Tomo II, Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad. Cizur Menor (2007): Ed. Thomson Civitas, 3^a edición.

MARTÍ, J. M.: “La situación jurídica del menor y su formación”, en AA.VV.: *Evolución del Derecho de familia* (coord. por S. CATALÁ RUBIO). Cuenca (2006): Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil, tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid (2003): Ed. Colex.

PRESNO LINERA, M. A.: *El Derecho Europeo de Familia*. Cizur Menor (2008): Ed. Thomson Aranzadi.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*. Madrid (2007): Ed. Dykinson.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General. Madrid (2003): Ed. Thomson

Civitas.

TOLDRÀ ROCA, M^a. D.: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada)*. Barcelona (2000): Ed. Cedecs.

TORRES PEREA, J. M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil* (abril 2006), núm. LIX-2.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. en AA.VV. (editado por A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ; V. MONTÉS PENADÉS; E. ROCA I TRÍAS): *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*. Valencia (2003): Ed. Tirant lo Blanch.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch, Monografías núm. 619.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Las reivindicaciones de los movimientos internacionales de infancia y adolescencia en el vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en AA.VV.: *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales* (dirigido por: F. ADELCOA LUZÁRRAGA, y J. FORNER DELAYGUA), Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Colegio de Notarios de Catalunya. Barcelona (2010): Ed. Marcial Pons.

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA DE NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

PROTECTION OF THE HOUSING RIGHTS OF CHILDREN
AND ADOLESCENTS IN THE ARGENTINE CIVIL AND
COMMERCIAL CODE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 87-114.

Fecha entrega: 01/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Ex jueza de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza
Catedrática de Derecho de Familia de la Universidad de Cuyo.
aidakemelmajer@carlucci.com.ar

MARIEL F. MOLINA DE JUAN
Abogada
Profesora de Derecho en la Universidad Nacional de Cuyo
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre los principales mecanismos jurídicos previstos por el nuevo Código Civil y Comercial argentino para la protección del derecho a la vivienda de niños, niñas y adolescentes. Refleja una regulación coherente con el plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional de los derechos humanos, ofreciendo diversas soluciones a las problemáticas que se suscitan en las complejas realidades familiares de nuestro tiempo.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar, derechos humanos, niñez y adolescencia, mecanismos de protección.

ABSTRACT: This research looks into the main legal mechanisms foreseen by the Argentine Civil and Commercial Code aiming to protect the housing rights of children and adolescents. It shows coherent regulations with the network of fundamental values that come from the constitutional paradigm of human rights, offering different solutions to the issues that take place in today's complex family realities.

KEY WORDS: Family home, human rights, childhood and adolescence, protection mechanisms.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL TEMA.- II. ALCANCE DE LA TUTELA JURÍDICA.- III. VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.- IV. DERECHO HUMANO “A” LA VIVIENDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.- V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Afectación de la vivienda.- A) Antecedentes.- B) Código Civil y Comercial.- C) Legitimados y beneficiarios.- D) Subrogación real y efectos de la afectación.- E) Desafectación.- 2. Restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar.- A) Antecedentes en el Código Civil.- B) El asentimiento para todas las familias en el nuevo derecho.- 3. Inejecutabilidad de la vivienda familiar.- 4. La vivienda en las crisis familiares.- A) Atribución cautelar.- B) Atribución como efecto del divorcio.- C) Atribución de uso en la familia fundada en una unión convivencial.- VI. PALABRAS DE CIERRE.

I. APROXIMACIÓN AL TEMA.

La vivienda es lugar donde los niños, niñas y adolescentes, junto a los demás integrantes de su familia, llevan a cabo la mayor parte de sus actividades vitales; allí se produce la convivencia, se comparten los logros y se reparten las cargas¹.

El derecho a la vivienda es un derecho fundamental de las personas, que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar². Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que la reforma constitucional argentina del año 1994 incorporó al bloque de constitucionalidad; por eso, sobre el Estado Argentino, recaen obligaciones positivas tendientes a garantizar su cumplimiento, y a relacionar los mecanismos adecuados para preservarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población³.

Este derecho cuenta con una amplia base normativa en el sistema de los derechos humanos, dado que los estándares de su reconocimiento han experimentado un considerable desarrollo durante las últimas décadas⁴. Entre

¹ JUNYENT BAS, F. y otros: *La tutela de la vivienda*. Córdoba (2001): Advocatus, p. 28.

² Recordar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la rica jurisprudencia del TEDH sobre esta tema.

³ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley* (2010) núm. 10, pp. 40-52.

⁴ PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona (2003): Icaria, p. 76. Se encuentra consagrada en una pluralidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La Declaración

estos instrumentos, la Convención de los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizar *un hábitat* donde desarrollar los derechos reconocidos. El art. 27 se refiere específicamente a la vivienda y, sin perjuicio de la responsabilidad primaria de los padres, dispone una responsabilidad subsidiaria del Estado. El inciso 3 dice: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

II. ALCANCE DE LA TUTELA JURÍDICA.

La situación de miles de familias que están imposibilitadas de acceder a una vivienda, o de conservar la que ocupan, es una de las manifestaciones más contundentes de la crisis social que aqueja a un gran número de países. Este escenario se potencia cuando involucra a niños, niñas, adolescentes, o a

Universal de los Derechos del Hombre dispone: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (art. 25). La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegido por la sociedad y el Estado” (art. 17). El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales declara: “Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11.1). La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, enumera entre los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la vivienda (art. 5 Inc. e III). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra, especialmente para la mujer de zonas rurales, el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones (art. 14 Inc. h).

personas con discapacidad⁵, personas que por su situación de vulnerabilidad, experimentan con mayor intensidad las consecuencias de esta carencia⁶.

En el sistema jurídico argentino, la tutela del hogar comprende un doble alcance y se materializa en dos momentos fundamentales⁷:

En primer lugar, se protege el acceso a una vivienda digna que garantice las necesidades mínimas de las personas; por eso, se pone en cabeza del Estado la obligación de diseñar políticas públicas orientadas a su concreción⁸. En segundo lugar, se tutela el derecho *sobre* la vivienda en la que se habita (sea obtenida en propiedad o por cualquier otro medio legítimo), frente a las acciones de alguno de sus miembros adultos, o frente a los derechos de terceros⁹.

⁵ Para proteger el derecho a la vivienda de la hija del deudor con síndrome de Down, un fallo ordenó la subasta progresiva de dos inmuebles de propiedad del fallido, de modo que si eventualmente la deuda pudiera ser satisfecha con la ejecución del primero, se podía conservar la vivienda habitada por la hija. Se entendió que la solución no acarrea una demora significativa en el trámite falencial, sino que, por el contrario, revestía plena razonabilidad en los términos de los arts. 14 bis, 33, 75 incs. 22 y 23, CN (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 14/10/2010: D. A., L. A. y otro, APBA 2011-9-1027, AbeledoPerrot, N°: 45001357).

⁶ JUANES, N. y PLOVANICH, M. C.: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, cit., pp. 40-52.

⁷ Compulsar MANILI, P: “El bien de familia desde el punto de vista del derecho constitucional”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, p. 38. Ver también KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*. Buenos Aires (1995): Hammurabi, p. 83.

⁸ Cfr. GELLI, M. A.: *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires (2005): La Ley, p. 176.

⁹ Un importante sector de la jurisprudencia resolvió que corresponde poner en conocimiento del Ministerio Público Pupilar la sentencia que ordena el desalojo de un inmueble en el que habitan personas menores de edad, sin dar curso a la ejecución de lo allí decidido hasta tanto no se haya cumplido el plazo que al efecto deberá establecerse, para que se adopten las medidas que se estimen oportunas para garantizar la tutela y defensa de los derechos de los niños a contar con una vivienda acorde a sus necesidades (CNCIV, sala J 30 /08 2011, “C., D. E. c/ F., M. L. y otros/reivindicación”, CNCIV SALA J, 26/09/2013, autos n°13.763/2013 - “M., T. E. c/ B., S. M. y otros/Desalojo por falta de pago”, eIDial.com - AA828C Publ. 25/10/2013). En suma, aunque las personas menores de edad no son parte en los procesos de desalojo, su interés en el pleito es indiscutible (pues podrían, eventualmente, verse privados de vivienda). Por eso, la Resolución DGN N° 1119/08 (25 de julio de 2008) ordenó “Instruir a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo para que tomen intervención en los procesos de desalojo en los que se vean afectados los derechos de los menores de edad a fin de adoptar las medidas necesarias que tengan por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico nacional e instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que el Estado es parte, de conformidad con los considerandos de la presente”. En otro, caso, el Tribunal

III. VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

El art. 14 bis de la Constitución Argentina garantiza “la defensa del bien de familia y el acceso a la vivienda *digna*”.

Los requisitos que debe reunir una vivienda para ser calificada como *digna* pueden establecerse de forma general; pero lo importante es su concreción; por eso, es digna la vivienda que tiene la superficie, las condiciones ambientales y las instalaciones y servicios mínimos que la hacen apta para cumplir su función residencial.

Algunos instrumentos internacionales hablan de vivienda *adecuada*, (por ej. art. 11 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) concepto que exige su adaptación a las necesidades concretas de la persona, familia o grupo que la habita; por ejemplo, si se trata de personas con discapacidad motriz, que cuente con una infraestructura acorde a su movilidad reducida, o si es para una familia numerosa, que tenga una superficie acorde al número de personas que la ocupa¹⁰.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha esforzado por definir el alcance de este derecho humano a una *vivienda adecuada*; la Observación general N° 4 (1991) pone de manifiesto la naturaleza amplia de la protección establecida y hace una interpretación del calificativo *adecuada*, que va más allá de toda visión restrictiva: “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza [...] Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte [...]” (Párr. 7.) Entonces, no se trata de derecho a la vivienda “a secas”, sino de disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, de espacio adecuado, con seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada con servicios básicos, todo ello a un costo razonable.

Superior de Corrientes dispuso la indivisión forzosa de un inmueble integrante del acervo sucesorio con fundamento en la protección del interés superior de un menor coheredero que habitaba la vivienda con su progenitor (no heredero), quien por su situación de pobreza, se encontraba impedido de proporcionar una nueva vivienda a su hijo. Argumentó que la solución no importaba desconocer la garantía de la inviolabilidad de la propiedad desde que la indivisión temporaria no impide que los demás herederos decidan la venta de su parte indivisa, pues en rigor la partición solicitada deriva, también, en una venta (Tribunal Superior de Justicia de Corrientes, 03/08/2009, “B., J. y B. de B., R. E.”, AbeledoPerrot, N°: 70057998).

¹⁰ VAQUER CABALLERÍA, M: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid (2011): Iustel, p. 28.

IV. DERECHO HUMANO “A” LA VIVIENDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Como se ha visto, el acceso a la vivienda se encuentra amparado por el bloque de constitucionalidad federal, aunque una cosa es su reconocimiento y otra su efectividad, pues tratándose de un derecho que importa una prestación, la efectividad requiere una acción positiva de los poderes públicos¹¹.

La legislación protectora de la infancia y adolescencia argentina ha recogido la preocupación por el *acceso a la vivienda digna*, tanto en el ámbito federal como provincial. La ley Nacional 26.061 de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes dispone el derecho a “*a la obtención de una buena calidad de vida*” (art. 8), que se refleja en condiciones de vida dignas, calidad que incluye el acceso a la vivienda. También se preocupa por la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Por eso, cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o *de vivienda*, las medidas de protección de derechos están orientadas a brindarles ayuda y apoyo incluso económico (art.35). Algunas leyes provinciales que consagran expresamente esta garantía completan el panorama legislativo¹².

En forma excepcional, la jurisprudencia ha resuelto algunas situaciones apremiantes garantizando las prestaciones necesarias para proveer una vivienda a grupos familiares desamparados. En el año 2012 llegó a la Corte Federal argentina un caso planteado por una mujer que vivía en situación de calle, con un hijo afectado por una severa discapacidad, por lo tanto, en extrema vulnerabilidad. El fallo ordenó al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proveer los recursos para que el niño cuente con la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y disponer el asesoramiento necesario a la madre para ayudarla a buscar una solución a su problemática habitacional. Asimismo, ordenó que se les garantice, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada¹³.

¹¹ VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia*, cit., p. 11.

¹² La Ley 4347/1997 (Chubut), la Ley 114/1999 (CABA), la Ley 2302 (Neuquén), la Ley 3280/2001 (Misiones); la Ley 3097/2003 (Rio Negro), la Ley 5288 (Jujuy), el Estatuto Jurídico del menor de edad y familia de Chacho (ley 4369).

¹³ Q. 64. XLVI. – “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” – CSJN– 24/04/2012. La lectura del fallo resulta de sumo interés porque fijó los lineamientos para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales. Sostuvo que estos derechos no tienen operatividad directa *sino operatividad derivada* en la medida que

En un pronunciamiento reciente, la Suprema Corte de Buenos Aires retomó los argumentos expresados por la Corte de la Nación, y por mayoría de fundamentos concordantes, acogió la acción de amparo interpuesta por una mujer por sí y en representación de sus cinco hijos menores de edad, quien reclamaba la provisión de una vivienda digna para su grupo familiar y una renta básica para la subsistencia de cada uno de sus hijos. La sentencia condenó solidariamente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a proveer en un plazo máximo de 60 días, por la vía y/o modalidad jurídica que corresponda, una *vivienda adecuada* a la familia, y hasta tanto se dé cumplimiento, les ordenó cubrir a su exclusivo costo el alojamiento en un hotel o complejo habitacional similar¹⁴.

V. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹⁵.

El Código Civil y Comercial contiene un verdadero “sistema” tuitivo de la vivienda familiar; su articulado refleja la especial protección brindada al inmueble habitado por los niños, niñas, adolescentes y las personas con discapacidad.

Este tópico ha preocupado muy especialmente a la Comisión Redactora del Código, al punto que lo ha llevado más allá de la vivienda *de la familia* para comprender la tutela del derecho a la vivienda *de todas las personas* frente a las acciones de terceros, de alguno de los miembros del mismo grupo familiar, o del propio titular del inmueble, que pudieran perjudicar u obstaculizar el pleno goce del derecho reconocido.

Este plexo protectorio de la vivienda comprende varios instrumentos jurídicos, entre ellos: (a) la “afectación de la vivienda” (art. 244 y ss.) que sustituye la vieja ley de “Bien de Familia”; (b) la indisponibilidad relativa e inejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores a la celebración del

consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Reconoció que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno, pero sí *el control de razonabilidad*. Adujo que la falta de recursos no es, de por sí, un justificativo razonable para no brindar la prestación, porque los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo.

¹⁴ SCBA, 03/07/2013, “B.A.F. c. Provincia de Buenos Aires s/amparo”, APJD 29/07/2013, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/26478/2013.

Ampliar en MOLINA DE JUAN, M.L.: “Actualidad en Derecho de Familia. Alimentos”, SJA 2014/02/12-7JA 2014-I, Abeledo Perrot, N°: AP/DOC/92/2014, www.abeledoperrot.com.ar.

¹⁵ Ley 26.994. Sancionado el 1 de octubre de 2014. Promulgado el 7 de octubre de 2014.

matrimonio o la inscripción de la unión convivencial si no cuentan, al menos, con el asentimiento del otro integrante de la pareja (conf. artículo 456 y art. 522); (c) la atribución de la vivienda familiar en caso de crisis familiar: divorcio (art. 443), y cese de la unión convivencial (art. 526), que se explican a continuación.

1. Afectación de la vivienda.

A) Antecedentes.

La vivienda es un bien imprescindible para el desenvolvimiento de la vida familiar, generalmente costoso; por eso, tiene una posición de privilegio, no solo en toda economía doméstica, sino también en el sistema económico general¹⁶.

En la Argentina, el mandato del artículo 14 bis de la CN que impone la “*defensa del bien de familia*” se encontraba instrumentado mediante la ley 14.394 (año 1954). Esta norma, diseñó un marco regulatorio (requisitos de procedencia, legitimados, beneficiarios, efectos y formas de desafectación), con el propósito de proteger el inmueble ocupado por miembros de la familia, de las posibles acciones de terceros o de actos perjudiciales que pueda realizar su titular, sustrayéndolo de las contingencias económicas que pudieran provocar en lo sucesivo, su embargo o enajenación¹⁷.

Respondió a un “objetivo económico y otro social”. El primero procuraba la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar; el segundo propendía al mantenimiento del grupo bajo el mismo techo y de este modo, protegía el derecho humano a la vida familiar, ya que aunque el deudor perdiera todo, podía preservar la unidad de su familia en condiciones de vida dignas. En esta línea, la jurisprudencia ha sostenido que “La esencia del instituto del bien de familia es el aseguramiento y protección de la sede del hogar doméstico, mediante la cobertura de las necesidades de vivienda que requiere el grupo familiar, las que deben precisarse atendiendo parámetros básicos que hacen a la dignidad, el decoro y el interés objetivado del mismo”¹⁸.

¹⁶ Cfr. SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*. Valencia (2000); Tirant lo Blanch, p. 43.

¹⁷ Cfr. ZANNONI, E.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires (2005): Astrea, p. 640.

¹⁸ SCBA; 14/04/2004; in re Cuenca con nota aprobatoria de AREAN, B.: “La posibilidad de afectar parcialmente el bien de familia”, *JA* (2004), IV, p. 98.

B) El nuevo Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial regula la *Afectación de la vivienda* en el Libro Primero, Título III, Capítulo 3 (art. 244 a 256).

El objeto tutelado es *un inmueble destinado a vivienda*, aunque a diferencia del régimen de “bien de familia”, la afectación puede recaer sobre todo o una parte del inmueble (conf. art. 244).

C) Legitimados y beneficiarios.

El art. 36 de la ley de Bien de Familia definió a la familia protegida como *la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*. Si se trataba de un inmueble en condominio, para solicitar la constitución, debía acreditarse parentesco entre los cotitulares (art. 43). La normativa, aunque trascendió la familia nuclear (pues incorporó a otras personas habitantes del inmueble), ignoraba un gran número de situaciones personales y familiares.

El art. 245 del nuevo Código, amplía considerablemente la legitimación para disponer la afectación. Efectivamente:

- (i) Puede ser solicitada por el titular registral¹⁹ (incluso por persona sola);
- (ii) Si el inmueble está en condominio, deben pedirla todos los cotitulares conjuntamente. No exige que exista entre ellos una relación de parentesco; por eso, pueden ser constituyentes quienes integran una unión convivencial si son condóminos.
- (iii) Puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a petición de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.
- (iv) El art. 245 trae una importante novedad: la afectación puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio (conf. art 443) o en el que resuelve las cuestiones relativas a

¹⁹En tanto no es un acto de disposición, no requiere asentimiento conyugal (art. 1277CC y 456 Código Civil y Comercial). Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., pp. 84-85. Ver también ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., pp. 640 y ss.

la conclusión de la convivencia (conf. art. 526), si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La convivencia con el constituyente es un presupuesto para ser beneficiario en el caso de los colaterales, pero no para el cónyuge, ascendientes y descendientes; esta interpretación de la ley anterior a la reforma, se traslada al texto del nuevo Código, pues permite amparar a hijos o nietos que no habitan el inmueble. En cambio, dado que los colaterales sólo son beneficiarios “en defecto” de aquellos parientes y del cónyuge, resulta comprensible que se exija el requisito de la convivencia²⁰.

El nuevo derecho admite que el conviviente pueda ser designado beneficiario de la afectación (art. 246)²¹. De esta manera, supera el anacronismo del concepto de familia de la ley anterior, que se refiere solo a la familia matrimonial y deja fuera a las familias fundadas en uniones convivenciales, negándoles implícitamente la posibilidad de beneficiarse con este régimen tuitivo.

Antes de la reforma, la jurisprudencia se había expedido sobre solicitudes de constitución de bien de familia de inmuebles habitados por grupos fundados en uniones convivenciales y las respuestas fueron dispares. Prestigiosa doctrina nacional sostenía con acierto que “lo más preocupante no es tanto la norma en sí, cuya sanción se remonta al año 1954, sino la interpretación jurisprudencial que en torno a ella se ha desarrollado”²².

Por un lado, se rechazaba el planteo con fundamento en una interpretación exegética de la ley²³. En un caso en que el grupo familiar se integraba por una pareja de convivientes y una niña menor de edad hija de ambos, la Cámara Nacional Civil Sala A resolvió que la norma no era discriminatoria, ya que “si bien puede existir una regulación que ampare a las uniones de hecho, las mismas no tienen por qué tener la misma amplitud que la prevista para la familia regularmente constituida, ya que ambas son diferentes;” agregó que solo “la familia matrimonial es la que goza de una defensa y régimen jurídico integral, específico y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones

²⁰ BOSSERT, G.: “Comentario al artículo 49 de la ley 14.394”, en AA.VV.: *Código Civil y leyes complementarias* (dir. A. Belluscio). Buenos Aires (2000): Hamurabi, núm. 28, p. 348.

²¹ El art. 97 de la Ley 1 (modificatoria del CC) de Paraguay autoriza la designación del “concubino” como beneficiario no hubiese descendencia común: “Si él o la constituyente tuviere familia de hecho pública y notoria y no existiere descendencia común, podrá constituir el bien de familia en beneficio exclusivo de su concubino.”

²² Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M.V.; HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*. Buenos Aires (2006): Ediar, p. 99.

²³ 1º Cám. Apel Civil y Comercial de Santa Fe, 24.08.09, MJ-JU-M-46435-AR | MJJ46435 | MJJ46435.

familiares fácticas”²⁴. Con este argumento, quien no estaba casado, no podía reclamar este amparo legal.

Otros pronunciamientos admitieron su constitución, siempre que se designara beneficiarios a los hijos de la pareja, con fundamento en la protección integral de la niñez²⁵, aunque rechazan la designación del conviviente en carácter de beneficiario, dejando fuera a las uniones convivenciales sin hijos²⁶.

El Código Civil y Comercial concluye, pues, con este debate jurisprudencial, que tanta incidencia tiene en la vida de las personas.

D) Subrogación real y efectos de la afectación.

El Código Civil y Comercial recoge la opinión de prestigiosos autores y autoriza la subrogación real. El art. 248 dispone la transmisión de la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio²⁷.

La afectación del inmueble impone notorias restricciones a su transmisión o gravamen, que responden a las nuevas concepciones de vida familiar. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, debe ser autorizada judicialmente (conf. art. 250).

Como regla, la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior (art. 249). En cuanto a los créditos posteriores, la vivienda no es susceptible de ejecución, excepto que sean obligaciones:(a) por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; (b) con garantía real sobre el inmueble, (c) que tengan origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda, y (d) obligaciones “alimentarias a

²⁴ CNCiv Sala A 11/7/00, JA 2001-II-73.

²⁵ CCiv y Com Rosario Sala I 13/10/97 “Q. A R.A y ot.”; LL litoral 1998-I-552. Ver también CS Tucumán 12/04/10, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos Aires, T 10- 2010, p. 129, MJ-JU-M-55523-AR|MJJ55523|MJJ55523; CNCiv. Sala H, 28/05/10, LL 2010 F 450.

²⁶ CNApel. C., Sala L, in re: “P.E. c. Registro de la Propiedad Inmueble”, 12/6/2002, LL 2003-A- 42.

²⁷ Compulsar MEDINA, G. y PANDIELLA, J.C.: “Bien de Familia y Subrogación”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 145-177.

cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida”.

Este último inciso resuelve uno de los problemas surgidos durante la vigencia de la ley anterior, que guardó silencio sobre la oponibilidad o no del crédito alimentario al bien de familia²⁸. Esta omisión ha merecido la acertada crítica de GUASTAVINO, pues no es justo conceder inmunidad patrimonial a quien no cumple con sus deberes alimentarios esenciales²⁹.

Antes de la reforma, cuando ambos derechos (el alimentario y el derecho a la vivienda) estaban en pugna, como primera medida debía distinguirse según la fecha de nacimiento del crédito alimentario. Si fue anterior, el bien de familia era inoponible al acreedor alimentario; así lo ha resuelto la jurisprudencia: “cuando se trata de obligaciones de fuente legal, como lo son las originadas en relaciones familiares, y sin perjuicio de los convenios en que se fija su monto, el nacimiento de la acreencia depende del momento en que se producen los hechos tenidos en cuenta por la ley para imponer la obligación. El deudor responde con el bien de familia si la deuda es anterior a la afectación registral del inmueble, aunque la época fijada para el cumplimiento de la prestación sea posterior”³⁰.

En cambio, si el crédito alimentario nació después, la afectación le resultaba oponible. La única alternativa posible era, para ese crédito, solicitar la desafectación por *causa grave* a juicio de la autoridad competente (art. 49 inc. e. ley 14.394).

La distinción entre inoponibilidad y desafectación no siempre ha sido bien comprendida³¹, pero la trascendencia de los efectos de una y otra obliga a analizar cada supuesto con sumo cuidado; mientras la desafectación autoriza la agresión patrimonial a todos los acreedores, la inoponibilidad se encuentra

²⁸ Para profundizar, ver HERRERA, M.: “Bien de familia y crédito alimentario”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 237-286.

²⁹ Cfr. GUASTAVINO, E.: *Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente*, ED, 113-1985-286.

³⁰ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit. 98; CNCiv., Sala E, 21-3-1997, JA-1998-II-68; Sala F, 26-5-1997, JA-1998-II-70.

³¹ La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata declaró la nulidad de la sentencia que hizo lugar a la desafectación del bien de familia respecto del 25% del inmueble titularidad del deudor alimentario con fundamento en la indivisibilidad del bien de familia y en la falta de citación a los otros condóminos (madre y hermana del demandado). En realidad, al haberse probado que el crédito era anterior, más que desafectación, se trataba de un supuesto de inoponibilidad de la constitución a los acreedores alimentarios) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II - 23/09/2008, “H. M. G. c. N. H. E. s. Bien de Familia –Desafectación”.

limitada al crédito protegido; “la inoponibilidad beneficia sólo al acreedor por causa o título anterior a la afectación, en tanto que la desafectación produce la cancelación de la inscripción en el registro inmobiliario, por lo que deja al bien vulnerable frente al ataque de cualquier acreedor, por cualquier causa o título, pudiendo causar un perjuicio innecesario e injustificado al titular dominial, que exceda el interés del peticionante de la medida”³².

En un fallo interesante, la Suprema Corte de Mendoza rechazó el pedido de desafectación solicitado por la alimentada (mayor de edad), quien invocó el supuesto residual de “causa grave” (art. 49 inc. d). Argumentó que la actora no había probado los presupuestos de procedencia (situación de necesidad, culpabilidad del demandado en el incumplimiento alimentario, que el valor de venta del inmueble supera lo necesario para una vivienda digna para él, etc.). De cualquier modo, reconoció que si la peticionante hubiese sido menor de edad a la fecha de la solicitud, la necesidad alimentaria podría haber configurado una *causa grave* con suficiente entidad para ordenar la desafectación del bien de familia³³.

Con buen criterio, el nuevo Código decide la inoponibilidad de la afectación a ciertos acreedores alimentarios y no la desafectación. La garantía subsiste y el bien se mantiene fuera de la agresión del resto de los acreedores, siendo los únicos tutelados los hijos menores de edad, con discapacidad o capacidad restringida, cuyo padre –dueño del inmueble afectado - les adeuda alimentos.

Ha tenido en consideración que en este grave conflicto (por ej., créditos a favor de ascendientes u otros integrantes de la familia), muchas veces, los beneficiarios del bien de familia son hijos de segundas uniones, que se verían perjudicados frente a la ejecución del bien; por eso, limita la posibilidad de ejecutar créditos alimentarios posteriores solo si los acreedores son hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

E) Desafectación.

El Código Civil y Comercial exige el asentimiento del cónyuge no titular y del

³² CNCiv sala F, 2.10.2013, “R, C. R. c. U., B. J. s/aumento de cuota alimentaria”, APJD 14/02/2014, Abeledo Perrot, N°: AR/JUR/95028/2013. Por eso la Cámara resolvió que “acreditada que la acreencia cuyo cobro se persigue es de fecha anterior a la constitución del bien de familia, no corresponde declarar la desafectación sino que basta con declararlo inoponible a la actora”.

³³ Suprema Corte de Mendoza Sala 1; 30/07/2012, LS 440 193; *Revista derecho de Familia* (2012), IV, p. 26, con nota de GUTIÉRREZ GOYOECHEA, V. y SAAZARANDÓN, M.C.: “Derecho de alimentos y derecho a la vivienda, la colisión entre dos derechos humanos”. Ver también Cám. Nac. Civ. sala B, 30/12/2011, ED, 248-715.

conviviente (si la convivencia está inscrita) para solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción. Si media oposición, ausencia o incapacidad, debe ser autorizada judicialmente.

En caso de que la constitución se haya dispuesto por actos de última voluntad, se desafecta a solicitud de la mayoría de los herederos, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.

Si el bien afectado está en condominio, se requiere acuerdo de la mayoría de los condóminos, computada en proporción a sus respectivas partes indivisas. Por último, la desafectación procede a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos para la afectación, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios, así como también si hay expropiación, reivindicación o ejecución (conf. art. 255).

F) La situación en los juicios concursales.

Finalmente, la nueva legislación concluye con un viejo debate existente en la doctrina y jurisprudencia argentina referido a los efectos del proceso concursal sobre el régimen de afectación de la vivienda.

En esencia, la discusión es la siguiente: una posición considera que si hay, aunque sea, un solo crédito al cual la afectación no le es oponible, ese acreedor puede pedir la ejecución del inmueble, y si queda un remanente, beneficia a toda la masa de acreedores. Otra, en cambio, entiende que el remanente es del titular de la vivienda, quien podrá, con ese dinero, encontrar otra solución al problema habitacional. En definitiva, el art. 249, última parte del texto dice:

“Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo”.

Esta solución no impide que, en casos de ejercicio abusivo (piénsese en una casa de altísimo valor en la que vive sólo el deudor), el síndico del proceso concursal pueda pedir la desafectación resguardando un mínimo para que el deudor pueda adquirir otro inmueble que cubra sus necesidades, tal como lo resolvió la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en un verdadero

leading case sobre la materia³⁴.

2. Restricciones a la libre disposición de la vivienda familiar.

Otro de los mecanismos de protección articulados por el Código Civil y Comercial es la restricción para disponer de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables, que se concreta mediante la exigencia del asentimiento del otro miembro de la pareja para realizar esos actos.

A) Antecedentes en el Código Civil.

La reforma introducida al viejo Código Civil por la ley 17.711 (1968), a la par que avanzó en el reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer casada equiparándola en el derecho a administrar y disponer de sus bienes propios y gananciales, impuso una limitación a la facultad de disposición de cualquiera de los esposos, exigiendo el asentimiento del cónyuge no titular para la realización de actos de disposición o gravamen sobre ciertos bienes³⁵.

La segunda parte del art. 1277 del Código Civil estableció un supuesto de *indisponibilidad relativa* del inmueble asiento del hogar conyugal, al exigir el asentimiento del cónyuge no titular para disponer “del inmueble de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces”, incluso aún después de disuelta la sociedad conyugal³⁶ y con independencia de que se trate de un bien propio o ganancial.

El requisito legal vino a plantear una tensión entre el derecho de propiedad y el derecho habitacional del grupo familiar³⁷ con fundamento en el interés familiar. De este modo, el viejo Código perseguía evitar que una actitud arbitraria del cónyuge titular deje sin techo a los hijos y el resto de su grupo familiar. El conflicto entre el interés del propietario que ostentaba un derecho “sobre” la cosa y la necesidad del no titular que invocaba un derecho “a” la vivienda en tutela del grupo, se resolvió en beneficio del segundo, priorizando la circunstancia fáctica de habitación del hogar frente a la

³⁴ CS Bs. As., 14/4/2004, *Cuenca Daniela*, La ley 2004-F-822 y Lexis Nexis Bs. As. 2007-1-9.

³⁵ Sobre las restricciones al poder dispositivo de los cónyuges, compulsar ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., pp.607 y ss.; BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires (2011); Abeledo Perrot, pp. 471 y ss.

³⁶ CNCiv sala F 28/12/2007, el Dial AA4535.

³⁷ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar”, en AA.VV.: *Sociedad Conyugal*, II. Buenos Aires (2008); Rubinzal Culzoni, Revista de derecho privado y comunitario, p. 381.

facultad jurídica de libre disponibilidad correspondiente al titular del derecho patrimonial³⁸.

El asentimiento conyugal suponía una declaración unilateral de voluntad por medio de la cual el cónyuge no titular del bien prestaba su “conformidad” para que el dueño realice un acto de disposición sobre el hogar familiar. Su otorgamiento no afecta la regla de administración separada, pues no implica co-disposición, sino solamente una manifestación de conformidad³⁹ que ZANNONI definió oportunamente como “condición jurídica para la validez”⁴⁰. El único que presta el consentimiento, como exteriorización de la voluntad indispensable en la celebración de todo acto jurídico, es el vendedor; el cónyuge que da su asentimiento solo brinda su conformidad y con ello viene a integrar el acto realizado por el disponente.

Dado que el art. 1277 CC estableció como requisito necesario que existan hijos menores de edad o personas incapaces en el hogar⁴¹, el fundamento último de la norma radicaba en la protección del interés del grupo familiar y especialmente de los hijos y personas con discapacidad⁴². Por eso, más que tutela de la vivienda *conyugal*, se trataba de una protección a las personas más vulnerables del grupo⁴³.

Esta exigencia se aplicaba con independencia de la imputación y valoración de culpas en la crisis matrimonial, que sí se tenía en cuenta cuando el cónyuge declarado inocente en el divorcio (con o sin hijos a cargo) ejercía el derecho de oponerse a la liquidación o partición del inmueble asiento del hogar familiar (conf. art. 211 del Código Civil). No obstante, la jurisprudencia había integrado ambos sistemas tutivos sosteniendo que ambos debía conjugarse e hizo prevalecer el interés de los hijos por sobre los derechos de propiedad de sus progenitores: “Las pautas que determinan la indivisión del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal se ponderan según la protección que cabe a los intereses materiales y morales de los hijos menores y el carácter paliativo de la medida respecto del cónyuge inocente.

³⁸ Cfr. KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 179. CNCiv. Sala F, 28/12/2007, “V., C. G. v. M., C. F”. SJA 15/10/2008 JA 2008-IV-736, Abeledo Perrot, N°: 35024623.

³⁹ CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130.

⁴⁰ Cfr. ZANNONI, E: *Derecho Civil*, cit., p. 612.

⁴¹ CNCIV SALA C, S., M. A. v. M., M., 08.09.2009, www.abeledoperrot.com.ar.

⁴² Para SOLARI, N.: “La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 CC”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Protección de la vivienda familiar* (2004), p. 114, no solo es necesario el asentimiento del cónyuge no titular, sino también es imperativo la representación promiscua del ministerio público de menores (art. 59 CC).

⁴³ Al respecto compulsar entre otros MÉNDEZ COSTA, M. J. y D’ANTONIO, D.: *Derecho de Familia*, Buenos Aires (2001): Rubinzal Culzoni, T II, p. 213.

Por eso, si el cónyuge inocente no da su conformidad para la venta del inmueble sede del hogar conyugal, su titular solo puede acudir a la venia judicial, que dependerá del interés familiar y el bienestar habitacional de los hijos”⁴⁴.

El asentimiento se requería para los actos de “disposición” de la vivienda. Si bien una interpretación literal interpretaba que solo estaban limitados los actos con contenido real como venta, permuta, usufructo, hipoteca, la doctrina había propiciado la inclusión de todos aquellos contratos que afecten el goce pacífico de la habitación, como la locación y el comodato⁴⁵.

La tutela legal comprendía exclusivamente el inmueble habitación; sin embargo, se había sostenido que idéntica protección debía garantizarse a los objetos que componen la vivienda, indispensables para la vida del hogar, sin los cuales no es posible el desarrollo de los proyectos personales de cada uno de los miembros de la familia⁴⁶.

La protección legal prevista para las familias fundadas en uniones matrimoniales no se trasladaba a las uniones convivenciales; no obstante, algunos jueces habían mostrado una actitud favorable a la aplicación analógica de estas normas cuando el inmueble era de propiedad común⁴⁷. Con acierto se dijo que “no corresponde formular distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, pues más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial, debe equipararse la situación a la prevista para una vez disuelta la sociedad conyugal, impidiéndose la disposición del inmueble común, hasta que la menor alcance la mayoría de edad”⁴⁸. Se garantizaba entonces “el interés familiar y la tutela de los más débiles, niños e incapaces, pues toda vez que la finalidad de la norma es la protección de los hijos, reservar su aplicación solo a aquellos nacidos del

⁴⁴ CNCiv. sala L 20/10/2011 “G. A., G. D. v. L. O., M. C.”, Abeledo Perrot, N°: AP/JUR/108/2011.

⁴⁵ LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: *Régimen de bienes*, cit., pp. 381 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 91; FANZOLATO, E.: “El régimen patrimonial primario y la regulación de las capitulaciones matrimoniales en el MERCOSUR”, en AA.VV.: *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados* (dir.GROSMAN). Buenos Aires (2007): LexisNexis, p. 150.

⁴⁶Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 221. Tal es el caso del derecho español que en el artículo 1320 del Código Civil *dice*: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial”.

⁴⁷ Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N 2 con nota de IÑIGO, D.: “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el Art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales?”, *RDF* (1999), núm. 15, p. 240.

⁴⁸ Cámara Nacional Civil de Apelaciones sala K 31/05/2006, AbeledoPerrot, N°: 10/9904

matrimonio implicaría una discriminación contraria al art. 2 de la Convención de los derechos del niño y al art. 240 de nuestro CC, en tanto establece la equiparación de los hijos”⁴⁹.

B) El asentimiento para todas las familias en el nuevo derecho.

El Código Civil y Comercial consagra la garantía de indisponibilidad relativa de la vivienda familiar y de los bienes que la componen, con independencia de la forma de organización familiar (matrimonial o convivencial, con hijos o sin ellos).

En relación al matrimonio, el art. 456 dispone que: “Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”. Esta norma se ubica dentro de las disposiciones comunes del régimen patrimonial matrimonial, de modo que no solo tutela la vivienda “ganancial”, o “propia”, sino también la vivienda “personal” de cualquiera de los cónyuges que se encuentren casados bajo régimen de separación de bienes.

Para las uniones convivenciales, brinda una protección semejante, siempre y cuando se encuentren inscriptas.

El art. 522 dice: “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia”.

Ambas normas emplean la fórmula “vivienda familiar”, que es más precisa que “vivienda común”, utilizada por los proyectos anteriores que había sido cuestionada por su indefinición.

⁴⁹ Ver entre otros SOLARI, N.: “La vivienda y su protección”, cit., pp. 111 y ss. En cambio se ha rechazado la aplicación analógica del art. 1277 2º párr. cuando la concubina habita el inmueble con su hijo menor, que no es hijo del concubino (C 4º Civil y Comercial Córdoba; 7/12/10, Rev. Jus Santiago del Estero Copello Barone, T 1-2001 p. 47).

La propuesta exige a cada uno de los cónyuges o convivientes obtener el asentimiento del otro para “disponer de los derechos sobre la vivienda familiar”. Comprende todos los derechos reales y personales que puedan afectar el goce pacífico de la habitación (venta, permuta, donación, constitución de derechos reales de garantía o actos que impliquen desmembramiento del dominio, comodato, locación; etc.).

También exige el asentimiento para disponer de los “muebles indispensables de la vivienda o transportarlos fuera de ella”. Se entiende por tales, todos aquellos bienes que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten⁵⁰. Estos muebles se caracterizan por su destino accesorio y vinculado a la vivienda familiar; por eso, debe existir una adecuación razonable entre vivienda y mobiliario en función de las necesidades de la familia, las que serán valoradas por el juez en cada caso, según las circunstancias concretas.

En cuanto a los beneficiarios, ya no se requiere que haya hijos menores u otras personas incapaces. Se protege también la vivienda de los matrimonios o parejas sin descendencia.

En cuanto a los efectos del acto otorgado sin el asentimiento, doctrina y jurisprudencia anterior a la reforma,⁵¹ sostuvo la nulidad relativa⁵² (nulo o anulable según la incapacidad fuere conocida o no al tiempo de celebrarse el contrato). Para otros el acto era anulable, pues el juez siempre podía *apreciar la razonabilidad* de la oposición⁵³ y subsanar el vicio otorgando la autorización supletoria, sea a pedido del titular del bien o del tercero adquirente⁵⁴.

Para un sector minoritario, la nulidad era una sanción excesivamente grave e innecesaria y por ello postulaba *la inoponibilidad* del acto de disposición (se mantiene la validez sin perjuicio de los derechos del cónyuge afectado, serán ejercidos recién después de la disolución). El bien dispuesto se incluye en la masa partible, de modo que en caso de poder ser adjudicado en el lote del enajenante se mantiene la validez del acto; por el contrario, si su valor excede

⁵⁰ MEDINA, G.: “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, *ED* (1999), t. 184, p. 1306; MAZZINGHI, J.: “La reforma en materia de familia”, *ED* (1999), t. 184, p. 1538.

⁵¹ CNCiv. Sala K, 12.04.11, MJ-JU-M-70741-AR | MJJ70741 | MJJ70741). Ver también Cám. Apel. Rosario, sala II 22/12/1998, LL Litoral 2000, 189.

⁵² Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala I, 28/04/1998, U., M. A. c. J., G. E. y otro LLBA 1998, 1094, AR/JUR/1377/1998.

⁵³ Ampliar en MÉNDEZ COSTA, M. J. y D'ANTONIO, D.: *Derecho de Familia*, cit., p. 231. Ver también el art. 215 CC francés, art. 1322 CC español.

⁵⁴ FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino*. Buenos Aires (2001): La Ley, p. 109.

la mitad del haber o entra en la hijuela del otro, queda facultado a reivindicarlo o a exigir compensación en dinero⁵⁵.

La reciente reforma se pronuncia por la *nulidad* del acto sin perjuicio de que siempre está presente la facultad judicial para valorar la afectación del *interés familiar*. Como novedad, fija un plazo de caducidad para el planteo de la acción de nulidad reducido a seis meses. El *dies a quo* puede operar: a) desde la fecha en que ha tenido conocimiento del acto de disposición; b) desde la fecha de la extinción del régimen matrimonial o cesación de la convivencia.

3. Inejecutabilidad de la vivienda familiar por obligaciones contraídas por uno solo de los integrantes de la pareja, matrimonial o no matrimonial.

El último párrafo del art. 456 del Código Civil y Comercial consagra un supuesto de inejecutabilidad de la vivienda familiar “por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.” En el mismo sentido, el art. 522 (para las uniones convivenciales) expresa: “[...] no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial [...]”.

Con acierto, la fórmula empleada reemplaza la del proyecto de 1993 que disponía la *inembargabilidad*. Aquí se deja en claro que lo que se limita es la posibilidad de *ejecución del inmueble* por los acreedores de uno solo de ellos, a fin de evitar que mediante la contracción de deudas —reales o simuladas— el propietario de la vivienda la comprometa sin intervención del otro miembro del matrimonio o la unión⁵⁶.

Con esta disposición se procura completar la tutela de la vivienda familiar frente al sistema de irresponsabilidad de uno por las deudas del otro, que rige en el régimen patrimonial del matrimonio, sea de comunidad (conf. artículo 467), sea de separación de bienes (conf. artículo 505 y ss.), y en las uniones convivenciales (art. 518), por el cual los acreedores del titular podrían agredirla para el cobro de sus créditos, en tanto integra su “prenda común”⁵⁷, salvo que exista afectación del inmueble en los términos del art. 244 y ss.

⁵⁵ Compulsar CICHERO, N.: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, *ED*, 63-470. Ver también BELLUSCIO, A.: *Manual*, cit., p. 478.

⁵⁶ Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92. Buenos Aires (1993): Astrea, p. 47.

⁵⁷ Ver el análisis de LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes”, cit., p. 381.

4. La vivienda en las crisis familiares.

El problema del acceso a la vivienda en las sociedades modernas justifica la creciente preocupación por la atribución de su uso en los conflictos familiares. Con frecuencia, las parejas depositan el resultado de los esfuerzos económicos de muchos años en la vivienda familiar, por lo que frente a la ruptura o separación, todas las miradas recaen sobre la posibilidad de seguir ocupando el inmueble⁵⁸.

Las crisis familiares obligan a decidir cuál de los cónyuges (o convivientes) quedará habitando el hogar familiar y a resolver inevitables tensiones entre los derechos económicos de cada uno y los demás intereses en juego, muchas veces regidos por principios jurídicos diferentes o antagónicos⁵⁹.

A) Atribución cautelar.

El art. 231 del viejo Código Civil permitió petitionar la atribución de uso de la vivienda a uno de los cónyuges, quien en casos de urgencia, podía solicitarla antes de iniciar el proceso judicial de divorcio. En principio, esta facultad se limitó exclusivamente al mero uso⁶⁰ y no autorizaba al beneficiario a dar la vivienda en arrendamiento. La institución fue receptada en el art. 721 del Código Civil y Comercial para los matrimonios, y en el art. 723 para las Uniones Convivenciales.

Una vez más, este sistema tuitivo implica una apelación a la solidaridad familiar⁶¹, pues se pospone el ejercicio de facultades inherentes al derecho patrimonial del titular⁶². La atribución de uso puede requerir la exclusión del cónyuge que ha quedado ocupándola, o bien el reintegro al hogar del que, por alguna razón se hubiera retirado⁶³.

En todos los casos, la decisión debe adoptarse analizando las circunstancias concretas. Un repaso de la experiencia judicial permite enumerar las variadas razones que han servido de fundamento para inclinar la balanza en uno u

⁵⁸ Cfr. SALAZART BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 15.

⁵⁹ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., p. 226.

⁶⁰ TAMAYO CARMONA, J.: *Protección Jurídica de la vivienda Habitual de la Familia y Facultades de Disposición*. Madrid (2003): Aranzadi, p. 115.

⁶¹ MÉNDEZ COSTA, M. J.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires (2006): Rubinzal Culzoni, p. 300. DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid (2011): El Derecho, p. 24

⁶² SCBA, 28/02/1995, V., E. c. T., C., AR/JUR/384/1995.

⁶³ CNCiv., sala E, 02/10/1987, "Z., A. c. S., S.", La Ley, 1988-D, 348.

otro sentido: la guarda de los hijos⁶⁴, las mayores o menores posibilidades para obtener otra vivienda, el grupo más numeroso, etc.⁶⁵. También se ha valorado si la prestación de vivienda forma parte de la obligación alimentaria, y la necesidad de compatibilizar el interés familiar con el del esposo perjudicado⁶⁶.

B) Atribución como efecto del divorcio.

En el Código Civil recientemente derogado, la atribución de uso del hogar familiar podía estipularse por acuerdo de partes (conf. art. 236); a falta de acuerdo, por decisión judicial.

Con buen criterio, el Código Civil y Comercial autoriza a pautar esa atribución en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 438). Si no hubo acuerdo, los arts. 443 al 445 resuelven la atribución de la vivienda como uno de los efectos del divorcio⁶⁷. El sistema normativo establece varios criterios a tener en cuenta, atendiendo principalmente a los intereses de los miembros más vulnerables del grupo.

El primer criterio es el cuidado de los hijos. Esta pauta responde a la satisfacción del derecho de habitación de los niños y adolescentes (como uno de los rubros de la obligación alimentaria de los progenitores). Es decir, como punto de partida, pretende resolver el derecho fundamental a la vivienda de los hijos y la posibilidad real de alojarse en una casa que les sirva de sede física donde vivir, crecer y desarrollarse en todos los órdenes. También apunta al mantenimiento del *status quo* que importa el respeto por

⁶⁴ Juz. 1º instancia Venado Tuerto (Santa Fe), 21/03/2011, elDial.com-AA69EB pub. 27/04/2011.

⁶⁵ SAMBRIZI, E.: "Protección de la vivienda familiar en el divorcio", *Revista de Derecho de Familia. Protección de la vivienda familiar* (2004), núm. 29, p. 69.

⁶⁶ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica*, cit., pp. 238 y 239.

⁶⁷ Art. 443: "Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar." Art. 444: A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato"

su “centro de vida” y la estabilidad de las costumbres y lazos afectivos, lo que les evita grandes cambios y esfuerzos de adaptación a nuevos entornos sociales o escolares⁶⁸. Estas circunstancias deben ser evaluadas en cada caso concreto, teniendo especialmente en cuenta la edad de los niños y la específica vinculación con su ambiente.

El segundo criterio consiste en valorar el interés más necesitado de protección, ponderando las circunstancias sociales, personales, y económicas concurrentes en la unidad familiar⁶⁹. Debe analizarse quién está en situación económica más desventajosa para proveerse una vivienda por sus propios medios; el estado de salud y edad de los cónyuges, y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. Esta pauta permite considerar no solo a los hijos, sino también a los esposos (incluso aquel que resulta excluido del uso) en un análisis global y al mismo tiempo concreto del problema. En ningún caso la aplicación de estas pautas deberá ser automática⁷⁰.

No es necesario que la vivienda sea propiedad de uno de los cónyuges, puede disponerse aun cuando el inmueble fuera alquilado y el locatario sea el otro, obteniendo un derecho de continuar en la locación hasta la extinción del plazo contractual. El locador no podría demandar el desalojo fundado en su no uso por el locatario⁷¹.

Como regla, la atribución es temporaria; por eso el art. 445 establece la cesación por la extinción del plazo por el cual fue acordada, por causa de indignidad, o porque cambiaron las circunstancias tenidas en mira al momento de resolverlo.

C) Atribución de uso en la familia fundada en una unión convivencial.

Antes de la reforma, algunos fallos admitieron la aplicación analógica de las pautas de atribución del uso de la vivienda previstas para las familias matrimoniales, a las uniones convivenciales⁷². En el año 2010, la Cámara de Apelaciones de Trelew resolvió que la madre (a quien se había otorgado la custodia de cuatro hijos menores nacidos de una unión convivencial) se reintegre al hogar (propiedad del otro progenitor), pues la vivienda que

⁶⁸Ampliar en SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 46.

⁶⁹DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar*, cit., p. 35.

⁷⁰SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial*, cit., p. 15.

⁷¹En opinión de ZANNONI, E.: *Derecho Civil*, cit., p. 231.

⁷²Cám. Civil y Comercial de Salta Sala III 01/06/10, LL Noroeste T 1-2011, p. 21.

ocupaba después de la separación era de reducidas dimensiones y no reunía las condiciones mínimas para alojar al grupo familiar mayoritario⁷³.

En sintonía con la concepción pluralista de la familia, y la protección brindada a los derechos fundamentales de todas las personas, el art. 526 del nuevo Código Civil y Comercial contempla la atribución del uso de la vivienda en el caso de ruptura de la unión convivencial a favor de uno de los convivientes. A diferencia del matrimonio, el plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos años a contar desde que se produjo el cese. Este límite no rige cuando hay hijos menores de edad o con capacidad restringida, porque en este caso, ellos son los verdaderos beneficiarios de la atribución del uso.

VI. PALABRAS DE CIERRE.

La protección de la vivienda de los niños, niñas y adolescentes receptada en el nuevo Código Civil y Comercial se nutre de un plexo de valores fundamentales que emanan del paradigma constitucional argentino, cuales son la dignidad de la persona, la igualdad real de oportunidades y el derecho humano a la vida familiar.

Hemos delineado los principales mecanismos jurídicos previstos para la protección de este derecho en relación con las personas más vulnerables de la sociedad. La nueva ley evidencia una especial preocupación por brindar respuestas justas y eficaces a las múltiples problemáticas y diversas realidades familiares de nuestro siglo. El tiempo tiene la última palabra.

BIBLIOGRAFÍA

AREAN, B.: “La posibilidad de afectar parcialmente el bien de familia”, *JA* (2004), IV, pp. 98 y ss.

BELLUSCIO, A.: *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires (2011): AbeledoPerrot.

BOSSERT, G.: “Comentario al artículo 49 de la ley 14.394”, en AA.VV.: *Código Civil y leyes complementarias* (dir. A. Belluscio). Buenos Aires (2000): Hamurabi.

CICHERO, N.: “El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales”, *ED*, 63-470.

⁷³ Cám. Apelaciones de Trelew (Chubut) 15/12/2009, *eldial.com* pub. 29/01/2010.

DE ASÍS SERRANO CASTRO, F.: *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*. Madrid (2011): El Derecho.

FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino*. Buenos Aires (2001): La Ley.

GELLI, M. A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. Buenos Aires (2005): La Ley.

GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M.V.; HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia* Buenos Aires (2006): Ediar.

GUASTAVINO, E.: “Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente”, *ED* (1985), t.113, p. 286 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Protección Jurídica de la vivienda Familiar*. Buenos Aires (1995): Hammurabi.

HERRERA, M.: “Bien de familia y crédito alimentario”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

IÑIGO, D.: “¿Es correcta la indisponibilidad del inmueble prevista en el Art. 1277 del Código Civil a favor de la cotitular y de los hijos extramatrimoniales?”, *RDF* (1999), núm. 15, pp. 240 y ss.

JUANES, N. y PLOVANICH, M. C.: “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas, La Ley* (2010) núm. 10, pp. 40-52.

JUNYENT BAS, F. y otros: *La tutela de la vivienda*. Córdoba (2001): Advocatus.

LEVY, L. y BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Régimen de bienes en el matrimonio y vivienda familiar”, en AA.VV.: *Sociedad Conyugal*, II. Buenos Aires (2008): Rubinzal Culzoni, Revista de derecho privado y comunitario.

MANILI, P.: “El bien de familia desde el punto de vista del derecho constitucional”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

MAZZINGHI, J.: “La reforma en materia de familia”, *ED* (1999), t. 184, p. 1538 y ss.

MEDINA, G.: “Régimen patrimonial matrimonial primario y la reforma del Código Civil”, *ED* (1999), t. 184, p. 1306 y ss.

MEDINA, G. y PANDIELLA, J.C. “Bien de Familia y Subrogación”, en AA.VV.: *Bien de familia*, t. I. Buenos Aires (2011): Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Privado y Comunitario.

MÉNDEZ COSTA, M. J.: *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires (2006): Rubinzal Culzoni.

PISARELLO, G.: *Vivienda para todos, Un derecho en (de) construcción: el derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona (2003): Icaria.

SALAZAR BORT, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

SAMBRIZI, E.: “Protección de la vivienda familiar en el divorcio”, *Revista de Derecho de Familia. Protección de la vivienda familiar* (2004), núm. 29, pp. 69 y ss.

SOLARI, N.: “La vivienda y su protección a los hijos. Su relación con el art. 1277 CC”, *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Protección de la vivienda familiar* (2004), pp. 111 y ss.

TAMAYO CARMONA, J.: *Protección Jurídica de la vivienda Habitual de la Familia y Facultades de Disposición*. Madrid (2003): Aranzadi.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Madrid (2011): Iustel.

ZANNONI, E.: *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. I, Buenos Aires (2005): Astrea.

DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ, ANONIMATO MATERNO E
DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ

DECLARATION OF ADOPTION, MATERNAL ANONYMITY AND
RIGHT TO PARENTHOOD UNDER ITALIAN AND EUROPEAN
LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 115-138.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ORIANA CLARIZIA
Professore associato Università
Federico II di Napoli
oriana.clarizia@unina.it

RESUMEN: Lo scritto approfondisce l'influenza del riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio - effettuato dopo il ripensamento della scelta materna in favore dell'anonimato - sullo stato di adottabilità nell'ambito della procedura semplificata di adozione, disciplinata dall'articolo 11, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184. Dopo aver analizzato le innovazioni derivanti dalla riforma della filiazione, avvenuta con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, e dopo aver ricostruito l'evoluzione nella giurisprudenza europea del diritto del minore di vivere nella famiglia di origine, si chiarisce che le modalità procedurali testualmente previste dall'art. 11 non consentono di prescindere, ai fini della valutazione dell'adottabilità, dall'accertamento riguardo all'effettiva capacità/incapacità del genitore di adempiere le proprie funzioni e non privano di rilevanza la volontà successivamente manifestata dalla madre di rinunciare al diritto all'anonimato, sempre che, ovviamente, i tempi e le modalità del recupero del rapporto genitoriale siano compatibili con la possibilità per il minore di avere un'armoniosa e serena vita familiare.

PALABRAS CLAVE: adozione, dichiarazione di adottabilità, riconoscimento del figlio naturale, diritto alla genitorialità, vita familiare, stato di abbandono, anonimato materno, diritto del minore di crescere nella famiglia d'origine.

ABSTRACT: The paper explores the relationship between the legal recognition of the child born outside of marriage, as a consequence of the rethinking of the previous choice of Maternal Anonymity, and the "declaration of availability" (for adoption) according to the simplified procedure of adoption ruled by article 11, comma 2, legge 4 May 1983, n. 184. After analyzing the innovations deriving from the recent Italian reform of Family Law (legge 10 December 2012, n. 219 and d.lgs. 28 December 2013, n. 154) and examining the right of the child to live in his 'family of origin' through the decisions of the various European Courts, the author underlines that the new simplified procedure according article 11 before mentioned does not allow to prescind from considering the ability or inability of the adoptive parents to take care of the child, having also regard to the supervening giving up of Mother Anonymity, if - of course - the way of reestablishing the parental relationship is compatible with the opportunity for the child to have a harmonious and peaceful family life.

KEYWORDS: adoption, declaration of adoption, legal recognition of the natural child, right to parenthood, family life, neglected minor, maternal anonymity, child's right to grow up in the "family of origin".

SOMMARIO: I. IL DIRITTO DEL MINORE DI CRESCERE NELLA PROPRIA FAMIGLIA ALLA LUCE DELLA RIFORMA IN MATERIA DI FILIAZIONE.- II. IL SINTAGMA ‘FAMIGLIA DI ORIGINE’: EVOLUZIONE SOCIO-NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE. RICONDUZIONE DEL LEGAME TRA MINORE E GENITORE CHE, SUCCESSIVAMENTE, DECIDA DI RICONOSCERLO ENTRO IL CONCETTO DI “VITA FAMILIARE”, EX ART. 8 DELLA CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL’UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.- III. ANALISI DEL PANORAMA NAZIONALE IN MATERIA DI ESCLUSIONE DELLO STATO DI ADOTTABILITÀ IN PRESENZA DEL RIPENSAMENTO DELL’INIZIALE SCELTA DELLA MADRE DI AVVALERSI DELL’ANONIMATO. PREVALENZA DEL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ UNICAMENTE SE IL RECUPERO DELLE CAPACITÀ GENITORIALI AVVIENE CON TEMPI E MODALITÀ COMPATIBILI CON LA POSSIBILITÀ PER IL MINORE DI AVERE UN ARMONIOSO CONTESTO DI VITA FAMILIARE.- IV. IMPOSSIBILITÀ DI CONFIGURARE DISTINTI STATUTI NORMATIVI TRA L’ADOZIONE FONDATA SUGLI ACCERTAMENTI INERENTI LO STATO DI ABBANDONO E IL PROCEDIMENTO ADOTTIVO SEMPLIFICATO, EX ART. 11, COMMA 2, L. 4 MAGGIO 1983, N. 184. NECESSITÀ DI VAGLIARE, IN ENTRAMBE LE DISCIPLINE, IL RAGIONEVOLE CONTEMPERAMENTO TRA LA PROMOZIONE DEL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ E LO SVILUPPO DI UN RESPONSABILE RAPPORTO GENITORIALE.

I. IL DIRITTO DEL MINORE DI CRESCERE NELLA PROPRIA FAMIGLIA ALLA LUCE DELLA RIFORMA IN MATERIA DI FILIAZIONE.

Le innovazioni nell’impianto regolamentare della materia della filiazione e il consolidato orientamento giurisprudenziale in favore del diritto del minore di crescere nella famiglia di origine impongono di rimeditare la questione dell’incidenza del riconoscimento del figlio nato al di fuori del matrimonio, effettuato dopo il ripensamento dell’iniziale scelta per l’anonimato materno, sullo stato di adottabilità nell’ambito della procedura semplificata di adozione alla quale si ricorre quando non risultino genitori o parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Il referente normativo è l’art. 11 della disciplina in materia di adozioni e di affidamento dei minori (l. 4 maggio 1983, n. 184), ove si sancisce, al comma 2, che “nel caso in cui non risulti l’esistenza di genitori che abbiano riconosciuto il minore o la cui paternità o maternità sia stata dichiarata giudizialmente, il tribunale per i minorenni, senza eseguire ulteriori accertamenti, provvede immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità a meno che non vi sia richiesta di sospensione della procedura da parte di chi, affermando di essere uno dei genitori, chiede termine per provvedere al riconoscimento”.

Scopo della presente indagine è accertare fino a che punto le modalità procedurali testualmente previste dall'art. 11 consentano di prescindere, ai fini della valutazione dell'adottabilità, dall'accertamento riguardo all'effettiva capacità/incapacità genitoriale di adempiere le proprie funzioni e se, nel caso della madre, privino di rilevanza la volontà successivamente manifestata di rinunciare al diritto all'anonimato.

In ausilio intervengono le innovazioni segnate dalla riforma avvenuta con l. 10 dicembre 2012, n. 219 e con decreto legislativo attuativo del 28 dicembre 2013, n. 154¹.

Primario rilievo assume la modifica apportata² all'art. 15, comma 1, lett. c), l. 4 maggio 1983, n. 184³, nella parte ove si introduce la previsione secondo la quale lo stato di adottabilità, nella procedura di adozione, è dichiarato là dove “[sia] provata l'irrecuperabilità delle capacità genitoriali in un tempo ragionevole”. La norma, nell'integrare il contenuto dell'art. 8, acquista un significato nuovo, specificando la nozione di abbandono in funzione della provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali. Autorevole dottrina⁴ non manca di sottolineare il rischio di un “irrigidimento della nozione di abbandono”, il quale potrebbe favorire l'aumento delle situazioni c.dd. di semi abbandono, con conseguente incremento del ricorso ad affidamenti ovvero ad adozioni in casi particolari⁵. In analoga direzione, l'accento è posto sulla possibile strumentalizzazione derivante dall'attribuire importanza non già allo stato di privazione dell'assistenza morale e materiale del minore bensì ad una condizione soggettiva del genitore, sì che – se da un lato si esprime preoccupazione per le incertezze riguardo all'effettivo significato della indicata precisazione e ai tempi necessari per il recupero delle capacità genitoriali, ossia se suscettibili di accertamento alla luce delle esigenze del

¹ Si soffermano sull'incidenza delle recenti riforme in materia di filiazione sulla disciplina del procedimento di adozione DOGLIOTTI, M. e ASTIGGIANO, F., “Il procedimento di adottabilità”, *Fam. dir.* (2014), p. 289 ss.; CARBONE, V., “Genitorialità responsabile: abbandono, ripensamento e riconoscimento del figlio prima della chiusura del procedimento di adozione”, *ivi* (2014), p. 330 s.; MONTECCHIARI, T., “Adozione ‘mite’: una forma diversa di adozione dei minori od un affidamento senza termine?”, *Dir. fam. pers.* (2013), p. 1584 ss. e, con accenti critici, RECINTO, G., “Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?”, *ivi*, p. 1475 ss.

² *Ex art.* 100, lett. l), d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

³ A questa, si aggiungono le modifiche sul piano terminologico, conformi al principio di eguaglianza tra figli, nonché quelle all'art. 8, comma 3; all'art. 11, comma 3 e l'inserimento dell'art. 79 *bis*, l. 4 maggio 1983, n. 184.

⁴ FERRANDO, G., “La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali”, *Corr. giur.* (2013), p. 535.

⁵ Rileva FERRANDO, G., “La nuova legge”, cit., che l’“irrecuperabilità” andrebbe misurata col metro dei bambini e non con quello dei genitori, vale a dire con riguardo ai tempi del bambino, molto diversi da quelli dell'adulto”.

minore o della condotta del genitore⁶, dall'altro – si rileva il rischio “di veicolare l'idea della dichiarazione dello stato di adottabilità come sanzione che [...] richiede una condotta abbandonica imputabile al genitore”⁷.

I timori, benché non del tutto privi di fondamento, appaiono, in una visione complessiva, eccessivi, specie riguardo ad una riforma che si limita a recepire il consolidato orientamento giurisprudenziale attento all'esigenza di vagliare, prima della dichiarazione di adottabilità, l'acquisto o il recupero delle capacità genitoriali, compatibilmente con gli scopi di tutela del minore⁸. Le difficoltà ricostruttive della nozione di stato di abbandono derivano, più che dalla specificazione introdotta dalla riforma, dall'impiego, ormai risalente, di una formula ampia – ‘stato di abbandono’ – insuscettibile di predeterminazione nei suoi contenuti e idonea ad acquisire preciso significato unicamente in funzione della singola fattispecie concreta⁹. La sua rilettura alla luce della provata recuperabilità/irrecuperabilità delle capacità dei genitori di adempiere le proprie funzioni non vale ad aumentarne la (opportuna) ampiezza ma – come si vedrà più approfonditamente oltre – ad attribuire il giusto rilievo al diritto alla genitorialità, senza sminuire le esigenze di tutela del minore.

La predetta modifica contraddistingue una tappa importante del complesso percorso di riforma della filiazione. Ai fini del discorso che rileva in questa sede, altrettanto significative appaiono la parificazione dello stato giuridico di figlio (art. 315 c.c.), nonché la valorizzazione della responsabilità genitoriale e il diritto del minore a crescere nella propria famiglia; diritto, quest'ultimo, già

⁶ LONG, J., “L'impatto della filiazione sulla disciplina delle adozioni dei minorenni”, in MOROZZO DELLA ROCCA, P., *La nuova disciplina della filiazione*. Santarcangelo di Romagna (2015), p. 253 s., ove si precisa che “se si opta per la prima tesi, non si comprende l'utilità della prescrizione”, vista la consolidata giurisprudenza sul tema; se, invece, si volesse dare rilievo alla condizione soggettiva del genitore, “l'esito rischierebbe di essere la sovversione dei principi dell'istituto stesso dell'adozione, relegando l'adozione a sanzione per un inadempimento colpevole dei doveri genitoriali”.

⁷ LONG, J., “L'impatto”, cit., p. 253.

⁸ Così anche LENTI, L., “La sedicente riforma della filiazione”, *Nuova giur. civ. comm.* (2013), p. 215. Del pari, considera opportuna la specificazione operata dalla riforma ACHILLE, D., “Irrecuperabilità delle capacità genitoriali e stato di adottabilità del minore”, in BIANCA, M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*. Milano (2014), p. 278 s., ove si precisa che il riferimento alle capacità genitoriali fa sì che la nozione di abbandono del minore sia svincolata dal mero inadempimento dei doveri genitoriali, attribuendo rilievo alle attività orientate all'assistenza morale del minore [p. 279 s.]. Sul tema cfr., altresì, DOGLIOTTI, M., “Nuova filiazione: la delega al Governo”, *Fam. dir.* (2013), p. 288 ss. e CAGNAZZO, A., “Modifiche alla legge 4 maggio 1983”, n. 184, in AA.VV., *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*. Napoli (2014), p. 176 ss.

⁹ Sul punto DOGLIOTTI, M., *Affidamento e adozione*, in *Tratt. dir. civ.* Cicu-Messineo. Milano (1990), p. 119 ss.

desumibile dall'art. 1 della legge in materia di adozioni¹⁰, significativamente rubricata, in séguito alla modifica apportata dall'art. 1, l. 28 marzo 2001, n. 149, "Diritto del minore ad una famiglia". Si osservi inoltre che, in attuazione dell'art. 1, comma 6, della legge di riforma della filiazione, il titolo IX del libro primo del codice civile muta la rubrica *'Della potestà dei genitori'* in *'Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri dei figli'*. Il contenuto della responsabilità genitoriale, non positivizzato in nessuna disposizione specifica¹¹, si desume dalle molteplici norme attente alla prioritaria tutela dei diritti e degli interessi del minore. Tra queste, particolarmente significativo è l'art. 315 *bis* c.c., il quale, analiticamente ma senza pretesa di completezza, individua nel mantenimento, nell'educazione, nell'istruzione, nell'assistenza

¹⁰ Il quale sancisce che "il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia".

¹¹ La Relazione conclusiva della Commissione per lo studio e l'approfondimento di questioni giuridiche afferenti la famiglia (consultabile sul sito *on line www.politichefamiglia.it*) individua nella responsabilità genitoriale una "situazione giuridica complessa idonea a riassumere i doveri, gli obblighi e i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione che viene a sostituire il tradizionale concetto di potestà". Al contempo si chiarisce che la nuova terminologia pone in risalto "il superiore interesse dei figli" e non già quello dei genitori. In argomento cfr. AL MUREDEN, E., "La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari", *Fam. dir.* (2014), p. 467, con particolare attenzione alle situazioni un tempo ricomprese nella nozione di potestà e oggi rientranti nel concetto di 'responsabilità genitoriale'. Precisa GORASSINI, A., "La responsabilità genitoriale come contenuto della potestà", in BIANCA, M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*. Milano (2014), p. 91 s., che "il nuovo sintagma non sembra possa considerarsi sostitutivo e/o annichilente il pregresso concetto giuridico, permanendo la potestà come istituto comunque nell'ordinamento vigente", come si desume dal riferimento ad essa nella lett. h) dell'art. 2 della legge delega [p. 92]. Sul punto sia consentito il rinvio a CLARIZIA, O., "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 602 ss., nonché EAD., *La disciplina delle responsabilità genitoriali*, in MOROZZO DELLA ROCCA, P., *La nuova disciplina della filiazione*, cit., p. 141 ss. Discutono, criticamente, la sostituzione terminologica GIACOBBE, E., "Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma 'Bianca'", *Dir. fam. pers.* (2014), p. 819; CARIMINI, F., "Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?", in PANE, R. (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*. Napoli (2014), p. 123 ss.; SCHLESINGER, P., "Il D.lgs. n. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione", *Fam. dir.* (2014), p. 445, e BALLARANI, G. e SIRENA, P., "Il diritto dei figli di crescere in famiglia e di mantenere rapporti con i parenti nel quadro del superiore interesse del minore", *Nuove leggi civ. comm.* (2013), p. 538. Si ricordi che l'art. 2, c. 1, lett. h), l. 10 dicembre 2012, n. 219, nel conferire la delega al Governo per l'unificazione delle disposizioni in materia di diritti e doveri dei genitori nei confronti di tutti i figli, ha sancito un collegamento con i contenuti della potestà, assegnando, "non del tutto propriamente" (così BIANCA, C.M., "La riforma del diritto della filiazione", in *Le nuove leggi civili commentate* (2013), p. 440, nota n. 9), al legislatore delegato il compito di delineare la nozione di responsabilità genitoriale "quale aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale". Critico nei confronti di tale criterio, stante le differenze tra potestà e responsabilità genitoriale, quest'ultima più attenta alle specificità del singolo rapporto affettivo, RECINTO, G., "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", cit., p. 1479.

morale, nella crescita in famiglia¹², nel mantenimento di rapporti significativi con i parenti e nell'ascolto i diritti del figlio derivanti dal rapporto di filiazione. Il tutto – come precisato dalla norma indicata e ribadito dal successivo art. 316 c.c. – nel pieno rispetto delle “inclinazioni”, “capacità naturali” ed “aspirazioni” del minore¹³. Degne di nota appaiono, inoltre, le modifiche finalizzate a consentire l’instaurazione di vincoli di parentela anche là dove la filiazione sia la conseguenza di un rapporto adottivo, ad eccezione unicamente delle ipotesi di adozione di maggiori di età (art. 74 c.c., come sostituito dall’art. 1, l. 10 dicembre 2012, n. 219)¹⁴, e soprattutto l’abrogazione della disciplina della legittimazione dei figli nati al di fuori del matrimonio, compatibilmente con l’affermazione del principio dell’unicità dello stato di figlio e con il superamento, nella nuova formulazione del codice, della contrapposizione tra le qualifiche di figlio legittimo, legittimato o naturale.

Nel segno di una piena affermazione dell’unicità dello stato di figlio e di una incisiva valorizzazione della genitorialità, le innovazioni normative delineate consentono una rinnovata lettura della disciplina dell’adozione, compatibile

¹² Sull’incidenza del diritto del minore a crescere in famiglia, *ex art. 315 bis*, comma 2, c.c., sulla valutazione riguardo allo stato di abbandono morale e materiale della prole, ampiamente, BALLARANI, G. e SIRENA, P., BALLARANI, G. e SIRENA, P., “Il diritto dei figli”, cit., p. 540 ss.

¹³ Il rilievo che assume la conformità dell’esercizio della responsabilità genitoriale all’attuazione dell’interesse del minore è altresì evidenziato dall’art. 448 *bis* c.c., in quanto il figlio e i discendenti prossimi non sono obbligati a prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale sia stata pronunciata la decadenza dalla potestà e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità, possono escluderlo dalla successione. Sul tema cfr. VERDICCHIO, V., “La diseredazione “per giusta causa” (chiose a margine dell’art. 448-bis c.c.)”, in PANE, R. (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia*, cit., p. 195 ss.; OLIVIERO, F., “Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 bis c.c.”, *Riv. dir. civ.* (2014), p. 35 ss.; PACIA, R., “Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo”, *ivi*, p. 307 ss. e PARADISO, M., “Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione”, *Nuove leggi civ. comm.* (2013), p. 557 ss.

¹⁴ Con particolare riguardo alla riforma dell’art. 74 c.c. e alla sua incidenza sulle adozioni in casi particolari, MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari”, *Fam. dir.*, n. 8-9 (2013), p. 838 ss. Sui presupposti e sulla funzione dell’adozione delle persone maggiori di età, tra i tanti, SBISÀ, G. e FERRANDO, G., “Dell’adozione di persona maggiore di età”, in *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*. Padova (1992), p. 242 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., “Dell’adozione di persone maggiori di età”, in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 291-314 c.c.* Bologna-Roma (1995), spec. p. 359 ss.; GIUSTI, A., “L’adozione di persone maggiori di età”, III, “Filiazione e adozione”, in *Tratt. Bonilini Cattaneo*, 2^a ed. Torino (2007), p. 561 ss.; DOGLIOTTI, M., “Adozione di maggiorenni e minori”, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger. Milano (2002), p. 147 ss.; SPANGARO, A., “Dell’adozione di persone maggiori di età”, in *Codice delle successioni e adozioni* a cura di M. Sesta, I. Milano (2011), p. 240 ss.; COLLURA, G., “L’adozione dei maggiorenni”, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, II, *Filiazione* a cura di Collura, G.; Lenti, L. e Mantovani, M., 2^a ed. Milano (2012), p. 1117 ss.

con la necessità di privilegiare l'inserimento del minore nel nucleo familiare biologico – e, soltanto ove ciò non sia possibile, in quello adottivo – al fine della promozione della sua personalità e crescita¹⁵.

II. IL SINTAGMA 'FAMIGLIA DI ORIGINE': EVOLUZIONE SOCIO-NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE. RICONDUZIONE DEL LEGAME TRA MINORE E GENITORE CHE, SUCCESSIVAMENTE, DECIDA DI RICONOSCERLO ENTRO IL CONCETTO DI "VITA FAMILIARE", EX ART. 8 DELLA CONVENZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.

Il carattere sussidiario del procedimento adottivo, in virtù del quale ad esso si ricorre soltanto se il minore sia privo di famiglia ovvero quest'ultima rappresenti un ambiente a lui pregiudizievole¹⁶, è affermato con decisione dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale valorizza la natura insostituibile della famiglia biologica¹⁷, salvo gravi carenze o aspetti patologici

¹⁵ Sul rilievo sempre crescente dell'interesse del minore, DINACCI, G., "L'adozione: dall'interesse dell'adottante al diritto del minore", in SESTA, M. e CUFFARO, V., *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*. Napoli (2006), p. 629 ss.

¹⁶ Discute criticamente la natura sussidiaria del procedimento adottivo RECINTO, G., "Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", cit., p. 1485 ss. Sterminata la letteratura in materia di adozioni. Tra i tanti, senza pretesa di completezza, cfr. RUPERTO, C., *Adozione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I. Milano (1958), p. 585 ss.; ROSSI CARLEO, L., *L'adozione e gli istituti di assistenza dei minori*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 4, *Personae e famiglia*, III. Torino (1982), p. 235 ss.; FINOCCHIARO, A. e FINOCCHIARO, M., *Disciplina dell'adozione e affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184*. Milano (1983), pp. 1 ss., 99 ss. e 149 ss.; CATTANEO, G., "Adozione", in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I. Torino (1987), p. 94 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., *Le adozioni dei minori nei sistemi italiano e francese*. Napoli (1988), spec. p. 91 ss.; DOGLIOTTI, M., *Affidamento e adozione*, cit., p. 81 ss.; AA.VV., *Le adozioni nella nuova disciplina*, a cura di AUTORINO, G. e STANZIONE, P. Milano (2001), p. 1 ss., con particolare attenzione alla corretta impostazione metodologica, contraria all'applicazione dell'art. 12 disp. prel. c.c., nella interpretazione della riforma delle adozioni realizzata con l. 28 marzo 2001, n. 149; LENTI, L., "Affidamenti e adozioni", in MOROZZO DELLA ROCCA, P. (a cura di), *Le nuove regole delle adozioni*. Napoli (2002), p. 17 ss.; PANE, R. (a cura di), *Le adozioni tra innovazioni e dogmi*. Napoli (2003), p. 25 ss. e BARELA, V., "L'adozione all'indomani della legge n. 219/2012", in www.comparazionedirittocivile.it.

¹⁷ Il valore della famiglia di origine si giustifica in ragione dell'importanza, per la formazione psicologica del minore e per il suo armonioso sviluppo, della crescita nel contesto affettivo e spirituale di appartenenza e non per le condizioni economiche che la caratterizzano, come invece sostenuto da App. Palermo, Sez. min., 28 giugno 1974, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 223 ss., la quale, con riferimento ad una minore adottata da due coniugi che perdono la vita in una sciagura aerea, esclude il successivo stato di adottabilità sul presupposto secondo il quale "il patrimonio di cui dispone le dà la possibilità di ottenere un'assistenza materiale agiata se non addirittura signorile"; pertanto "la società, lo Stato, non possono dichiarare che la piccola [...], sol perché i suoi genitori sono morti, è una orfanella abbandonata" [p. 234 s.]. "Non sappiamo immaginare" – ammonisce, correttamente, MELE, V., "L'adozione speciale, istituto per minori poveri (!)", *ivi*, p. 230 – "se il Collegio si sia reso conto della

nella sua compagine, precisando, inequivocabilmente, che “l’adozione di minori ha come fine primario quello di procurare una famiglia ai minori che ne siano privi o che non ne abbiano una idonea, ma rappresenta un’estrema *ratio*, giacché l’obiettivo primario della legge 183/1984 è quello di garantire il diritto del minore di crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia di origine”¹⁸. Non pregiudicano tale diritto le difficoltà economiche, stante la previsione da parte del legislatore di interventi solidaristici di sostegno in caso di difficoltà¹⁹; né rilevano le anomalie della personalità e i disturbi mentali dei genitori non particolarmente gravi e non in grado di compromettere lo sviluppo psico-fisico del bambino e lo svolgimento delle funzioni genitoriali²⁰.

gravità di una siffatta proposizione, alla stregua della quale sembra quasi che il patrimonio sia in grado di correggere perfino l’anagrafe”. Ciò che è certo è che “una sentenza di tal fatta, se fosse stata redatta nel secolo scorso, non ci sorprenderebbe per nulla, inquadrata in un contesto storico e sociale in cui le apparenze avevano maggior valore della sostanza e in cui era possibile sentenziare sulla base di precetti non scritti, ma sostenuti da una rispettabile facciata, e obbedienti a canoni di convenienza, osservati con la sicurezza che fossero anche precetti giuridici. [...] Da allora è passata tant’acqua sotto i ponti [...] ma sembra che la corte di appello non se ne sia accorta” [p. 224].

¹⁸ Di recente, Cass., 26 maggio 2014, n. 11758, consultabile sulla banca dati *dejure on line*. Cfr., inoltre, Cass., 12 maggio, 2006, n. 11019, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Adozione*, n. 44; Cass., 21 novembre 2006, n. 24589, in *Dir. fam.*, 2010, p. 1605 ss., con nota di INGENITO, C., “Indigenza, gravidanze ravvicinate, rifiuto d’ogni intervento dei servizi sociali e dichiarazione di adottabilità”; Cass., 14 aprile 2006, n. 8877, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1630 ss., con nota di LA TORRE, M.E., “La prevalenza della genitorialità biologica ed il ruolo di supplenza degli istituti dell’affidamento e dell’adozione”; Trib. minorenni Messina, 8 marzo 1999, in *Dir. fam.*, 1999, p. 1216 ss., con nota di MANERA, G., “Ancora sulla intangibilità dei vincoli di sangue e sull’adozione quale *extrema ratio* e rimedio residuale”. Sul tema CASCIANO, G.F., “Diritto alla propria famiglia e affidamento familiare: i rischi di una involuzione”, *Minori giust.* (1999), p. 64 ss.; RUSCELLO, F., Diritto alla famiglia e minori senza famiglia, *Fam. dir.* (2003), p. 191 ss. e SCALISI, A., “Il diritto del minore ad una famiglia”, *Fam. pers. succ.* (2008), p. 872 ss.

¹⁹ In particolare, “lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell’ambito delle proprie competenze, sostengono, con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l’abbandono e di consentire al minore di essere educato nell’ambito della propria famiglia”: art. 1, comma 3, l. 4 maggio 1983, n. 184. Si ricordi, inoltre, che l’ordinamento “contempl[a] l’adottabilità come rimedio all’abbandono e non quale strumento per assicurare condizioni di vita migliori; pertanto il superamento dello stato di abbandono va valutato in sé e per sé, indipendentemente da ogni comparazione tra le condizioni di vita del minore presso gli affidatari e quelle che attenderebbero il minore al rientro nella famiglia di origine”: Cass., 27 settembre 2013, n. 22215 e, prima ancora, tra le tante, Cass., 30 dicembre 2003, n. 19862, entrambe consultabili sulla banca dati *dejure on line*.

²⁰ Esclude che la rigorosa valutazione sullo stato di adottabilità possa basarsi su “anomalie non gravi del carattere e della personalità dei genitori, comprese eventuali condizioni patologiche di natura mentale, che non compromettano la capacità di alleviare ed educare i figli senza danni irreversibili per il relativo sviluppo ed equilibrio psicofisico”, Cass., 8 novembre 2013, n. 25213, in *Foro it.*, 2013, I, c. 59 ss., con nota di CASABURI, G. Si veda, inoltre, Cass., 13 febbraio 2001, n. 2010, in *Fam. dir.*, 2001, p. 620 ss., con nota di

Non persuasiva appare l'obiezione, pure agevolmente immaginabile, secondo la quale il diritto del minore alla crescita nella famiglia di origine non troverebbe protezione o si attergerebbe in maniera diversa nelle fattispecie nelle quali il nucleo familiare si discosta da quello tradizionalmente inteso, consistendo in un'unica figura genitoriale, la quale decida di ripensare la scelta sull'anonimato ed effettuare, in un momento successivo, il riconoscimento del proprio figlio.

La pluralità di schemi nelle relazioni familiari²¹ non autorizza ad individuare nella famiglia bigenitoriale, fondata sul matrimonio, l'unico modello di convivenza²²: l'interpretazione dell'art. 1 della legge sulle adozioni – il quale testualmente sancisce il diritto del minore “di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia” – è storicamente condizionata dalla

MERELLO, S., “Ancora sulla nozione di stato di abbandono nell'adozione di minori” e Cass., 26 aprile 1999, n. 4139 cit., secondo la quale “per giustificare l'allontanamento di un minore dal suo ambiente familiare non bastano generiche carenze educative, stati di difficoltà economiche, abitudini di vita non ordinate, anomalie non gravi del carattere o della personalità dei genitori, che non presentino ricadute significative sull'equilibrata e sana crescita psico-fisica del minore medesimo, ma occorre che tali ricadute si verificino, fino a minacciare, o addirittura a pregiudicare il prevalente interesse del minore ad un adeguato inserimento nel contesto sociale, diventando allora doveroso attivare gli strumenti d'intervento previsti dalla stessa l. 184 del 1983 a tutela di quell'interesse, che assume carattere dominante”. Sul tema, AIROLA TAVAN, L., “Limiti della personalità dei genitori e stato di abbandono”, *Giur. it.*, 2010, p. 1550 ss.

²¹ “Non esiste “dal punto di vista sociologico” “una” famiglia, non esiste un concetto unitario di famiglia. È quindi assurdo che si stabiliscano regole rigide e precise per la famiglia astrattamente considerata quando nella realtà esistono famiglie completamente diverse ed estremamente differenziate”: così già PERLINGIERI, P., “Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi”, in ID., *Rapporti personali nella famiglia*. Napoli (1982), p. 15. Sull'evoluzione del concetto di famiglia RUSCELLO, F., “Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?”, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 3/2001, I. Napoli (2002), p. 7 ss.; GIACOBBE, G., “Famiglia: molteplicità di modelli o unicità categoriale”, *Dir. fam. pers.* (2006), p. 1219 ss.; ID., “Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto”, *Dir. fam.* (2009), p. 305 ss.; STANZIONE, P., *Filiazione e “genitorialità”. Il problema del terzo genitore*. Torino (2010), p. 41 ss.; SCALISI, V., “Famiglia e Famiglie in Europa”, *Riv. dir. civ.* (2013), p. 7 ss.; PORCELLI, M., “La famiglia al plurale”, *Dir. fam. pers.* (2014), p. 1248 ss.; AULETTA, T., “La famiglia rinnovata: problemi e prospettive” e GALLETTA, F., “I nuovi assetti familiari e l'interesse del minore”, entrambi in *Scritti in onore di Cesare Massimo Bianca*, II. Milano (2006), rispettivamente pp. 28 ss. e 261 ss.; PATTI, S., “Modelli di famiglia e di convivenza”, in ID. e CUBEDDU, M.G., *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*. Milano (2008), p. 111 ss.; NAVARRETTA, E. ed PALMERINI, E., “Famiglia e diritto”, in *Enc. giur.* Treccani. Roma (2009), p. 311 ss.; PANE, R., “Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione” e DI FEDE, A., “La famiglia legittima e i modelli familiari diversificati: luci ed ombre, scenari e prospettive”, entrambi in PANE, R. (a cura di), *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, cit., rispettivamente pp. 9 ss. e 41 ss.

²² Richiamano l'attenzione sull'attualità del nesso tra matrimonio e filiazione NICOLUSSI, A. e RENDA, A., “Ragioni e implicazioni della ‘riforma’ della filiazione”, in MOROZZO DELLA ROCCA, P., *La nuova disciplina della filiazione*, cit., p. 38 ss.

vigente realtà socio-normativa, al punto da intendere l'espressione 'famiglia del minore' in senso ampio, quale sinonimo di relazioni parentali ed affettive rilevanti *ex art. 2 cost.*, imprescindibili per lo sviluppo fisico e psichico del minore in quanto luogo privilegiato di promozione della sua personalità²³. Nel superare interpretazioni eccessivamente restrittive, è opportuno guardare con favore – non soltanto ai profondi legami con parenti entro il quarto grado, purché caratterizzati da pregressi rapporti di affetto con il minore²⁴, bensì anche – alla concreta disponibilità manifestata da un solo genitore, in tempi ragionevoli dalla nascita e nel rispetto dei termini e delle modalità sancite dall'art. 11, l. 4 maggio 1983, n. 184, di rappresentare il centro di riferimento familiare, educativo ed affettivo del minore, anche se egli precedentemente abbia negato il riconoscimento ovvero, nel caso della madre, abbia preferito l'anonimato. Se la nozione di famiglia amplia i suoi confini fino ad estenderli alle convivenze che prescindono dal matrimonio e ai nuclei c.d. monogenitoriali e se la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁵, quella di legittimità²⁶ e di merito²⁷ – sia pure al fine di

²³ Nella stessa prospettiva, ASTIGGIANO, F., "Riflessioni in tema di stato d'abbandono del minore", *Fam. dir.* (2013), p. 170, il quale precisa "che la famiglia di cui si parla non è una famiglia qualsiasi, bensì la famiglia "propria" del minore, la "sua" famiglia, generalmente quella biologica. Inoltre, non vi è dubbio alcuno in merito al fatto che nell'ambito della disciplina dell'adozione sia la giurisprudenza sia la dottrina maggioritaria intendano la "famiglia" nel senso piú lato, come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.". Sulla necessità che la famiglia, intesa quale formazione sociale rilevante *ex art. 2 cost.*, favorisca la promozione della personalità dei suoi componenti, già PERLINGIERI, P., "Sulla famiglia come formazione sociale", in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, cit., p. 38 ss.

²⁴ Così anche per Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Adozione*, n. 32; Cass., 22 gennaio 2010, n. 1108, in *Fam. dir.*, 2010, p. 1099 ss., con commento di ASTIGGIANO, F., "Il procedimento di adottabilità del minore: alcuni aspetti procedurali e ruolo dei parenti, nonché, prima ancora", ID., "Stato di abbandono di un minore e ruolo dei parenti: quando il concetto di famiglia si amplia", nota a Cass., 17 luglio 2009, n. 16796, *ivi*, 2009, p. 981 ss. Sulla necessità di valorizzare i legami di sangue che affondano le loro radici nella tradizione familiare, quali ad esempio quelli con i nonni, Cass., 14 maggio 2005, n. 10126, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2487 ss. Sull'esigenza di accertamenti da parte del giudice riguardo all'affidabilità della disponibilità di uno dei parenti entro il quarto grado ad occuparsi del minore, Cass., 31 ottobre 2008, n. 26371, *ivi*, 2009, p. 474 ss., con nota di ANDALORO, S., "L'accertamento in concreto della idoneità dei parenti entro il quarto grado a prendersi cura del minore".

²⁵ Pur lasciando alla discrezionalità degli Stati membri la disciplina sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ricomprende nella nozione di 'vita familiare' le relazioni omosessuali: a titolo esemplificativo, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 febbraio 2013, X. c. Austria, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 519 (con nota di FATTA, C. e WINKLER, M.M., "Le famiglie omogenitoriali all'esame della corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption"), la quale precisa che, "ove uno stato contraente contempli l'istituto dell'adozione del figlio del *partner* a favore delle coppie conviventi di sesso opposto, il principio di non discriminazione fondato sull'orientamento sessuale impone la sua estensione alle coppie formate da persone dello stesso sesso". Analogamente, nel concetto di "famiglia" rientrano "le unioni formate da persone dello stesso sesso", per Corte

consentire l'adozione, *ex art.* 44, lett. d), l. n. 183 del 1984 e, prima ancora, l'affidamento eterofamiliare, a norma dell'art. 4, comma 2, della medesima legge²⁸ – riferiscono il sintagma 'vita familiare' alle convivenze di persone dello stesso sesso, allora, *a fortiori*, la preminenza della famiglia di origine non può essere messa in discussione per il solo fatto che si articola nel legame tra il minore e l'unico genitore che, in conformità di quanto prescritto dall'art. 11 della legge in materia di adozioni, decida di riconoscerlo, sempre che si riveli in grado di costituire un ambiente idoneo allo sviluppo psicofisico del bambino.

Per giunta, la relazione tra il minore e il genitore che, successivamente, intenda riconoscerlo ben può integrare, come affermato da una significativa pronuncia del Giudice di Strasburgo²⁹, la nozione di vita familiare, rilevante

europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2010, Schalk c. Austria, *ivi*, 2010, I, p. 1148 ss., con nota di WINKLER, M.M., "Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo". Sul tema, PASETTO, S., "La Corte suprema statunitense apre (con cautela) al riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso", nota a Supreme Court [Usa], 26 giugno 2013, Gov. Usa c. Windsor e Supreme court [Usa], 26 giugno 2013, Hollingsworth c. Perry, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 542 ss.; CONTE, R., "Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", *Corr. giur.* (2011), p. 573 ss.

²⁶ Cfr. Cass., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. dir.*, 2013, p. 570 ss., con nota di RUSCELLO, F., "Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale", la quale, in assenza di ripercussioni negative sulla crescita e sull'educazione del minore, ha rigettato il ricorso di un padre avverso la sentenza di separazione giudiziale dei coniugi che aveva confermato l'affidamento esclusivo del minore alla madre, la quale intratteneva una relazione omosessuale. Secondo la pronuncia, spetta al padre – che solleciti un affidamento condiviso – fornire la prova delle ripercussioni negative dell'ambiente familiare della madre sul piano educativo e sulla crescita del bambino. Definisce i componenti di una coppia omosessuale titolari del diritto alla "vita familiare" Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Fam. pers. succ.*, 2013, p. 868 ss., con nota di FANTETTI, F.R., "Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia". Il Tribunale di Bologna, con sentenza del 10 novembre 2014, consultabile sul sito www.quotidianogiuridico.it, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 35 e 36, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non consentirebbero il riconoscimento di una sentenza straniera che abbia statuito l'adozione di una minore in favore del coniuge omosessuale del genitore.

²⁷ Consentono l'affidamento eterofamiliare ad una coppia omosessuale, Trib. min. Emilia-Romagna, 31 ottobre 2013, in *Fam. dir.*, 2013, p. 273 ss., con nota di TOMMASEO, F., "Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale", e Trib. min. Palermo, 4 dicembre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 351 ss., con commento di MASTRANGELO, G., "L'affidamento, anche eterofamiliare, di minori ad omosessuali. Spunti per una riflessione a più voci".

²⁸ Sui rapporti di compatibilità tra adozione ed omosessualità, BILOTTA, F., "Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare", *Dir. fam. pers.* (2011), p. 1375 ss.

²⁹ Corte eur. dir. dell'uomo, 13 gennaio 2009, ric. n. 33932/06, Todorova c. Italia, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 117 ss., nonché in www.osservatoriocedu.eu (da qui le successive citazioni).

*ex art. 8 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*³⁰, anche per i rapporti genitoriali che (soltanto) *potenzialmente* sono in grado di svilupparsi. Nel caso di specie, in seguito al mancato riconoscimento del minore e all'intenzione della madre di non rivelare la sua identità, il pubblico ministero invitava il Tribunale per i minorenni di Bari a procedere alla loro urgente sistemazione presso un centro di accoglienza, stante il presupposto dello stato di abbandono. Benché la donna manifestasse, poco dopo, l'intenzione di avvalersi di un breve lasso di tempo per decidere se procedere al riconoscimento, il Tribunale dichiarava lo stato di adottabilità, accogliendo il presupposto del pubblico ministero secondo il quale la ricorrente aveva chiesto un termine non già per riconoscere i bambini ma soltanto per valutare il da farsi, aggiungendo, altresì, che la sospensione del procedimento era possibile a condizione che i minori fossero assistiti da un genitore, mentre, nel caso di specie, la donna aveva manifestato semplicemente l'intenzione di vederli. In séguito alla dichiarazione di adottabilità, la richiesta della madre – manifestata poco dopo la predetta decisione del Tribunale – di essere udita e di sospendere il procedimento di adottabilità veniva rigettata. Analogamente, veniva dichiarata irricevibile dalla Corte d'appello la successiva richiesta di revoca della dichiarazione di adottabilità.

Il Giudice di Strasburgo, pur precisando che il rispetto del diritto alla vita familiare presuppone una famiglia e che, nel caso di specie, mancava l'elemento della coabitazione e l'esistenza di legami di fatto tra la ricorrente e i figli, ha significativamente ammesso, richiamando taluni precedenti giurisprudenziali, che tale diritto “può anche estendersi a relazioni potenziali che potrebbero svilupparsi, ad esempio, tra un padre naturale e un figlio nato fuori dal matrimonio [...] o nel caso di una relazione nata da un matrimonio non putativo, anche se una vita familiare non era ancora pienamente stabilita”. A fronte della richiesta della madre di sospensione del procedimento di adozione, la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, “non [potendo] negare l'interesse che la ricorrente [aveva] dimostrato verso i figli e [non potendo] escludere la relazione potenziale che avrebbe potuto svilupparsi tra costoro se ella avesse avuto la possibilità di rimettere in discussione la sua scelta davanti al tribunale”³¹. Il legame affettivo tra la donna e i suoi figli integra, secondo la Corte, la nozione di vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione³².

³⁰ Per un'analisi dell'evoluzione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, CHIAPPETTA, G., *Famiglia e minori nella leale collaborazione tra le Corti*. Napoli (2011), p. 24 ss. Sul punto BUSNELLI, F.D. e VITUCCI, M.C., “Frantumi europei di famiglia”, *Riv. dir. Civ.* (2013), p. 767 ss.

³¹ Corte eur. dir. dell'uomo, 13 gennaio 2009, ric. n. 33932/06.

³² Corte eur. dir. dell'uomo, 13 gennaio 2009, ric. n. 33932/06.

Nel riferire il concetto di vita familiare al rapporto tra figlio non immediatamente riconosciuto e genitore che, successivamente, abbandoni la scelta iniziale, la sentenza valorizza l'interesse alla genitorialità della madre biologica, attribuendo rilievo alle relazioni potenzialmente in grado di assurgere a legami familiari.

III. ANALISI DEL PANORAMA NAZIONALE IN MATERIA DI ESCLUSIONE DELLO STATO DI ADOTTABILITÀ IN PRESENZA DEL RIPENSAMENTO DELL'INIZIALE SCELTA DELLA MADRE BIOLOGICA DI AVVALERSI DELL'ANONIMATO. PREVALENZA DEL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ UNICAMENTE SE IL RECUPERO DELLE CAPACITÀ GENITORIALI AVVIENE CON TEMPI E MODALITÀ COMPATIBILI CON LA POSSIBILITÀ PER IL MINORE DI AVERE UN ARMONIOSO CONTESTO DI VITA FAMILIARE.

Volgendo lo sguardo al panorama giurisprudenziale nazionale, non passa inosservata una recente sentenza della Corte di Cassazione³³, la quale, condivisibilmente, nega che all'iniziale dichiarazione della madre biologica di non voler essere nominata nell'atto di nascita della propria figlia possa attribuirsi efficacia preclusiva del successivo ripensamento oppure forza estintiva del diritto alla genitorialità giuridica.

Peculiare la vicenda. Una suora, appartenente alla Congregazione religiosa congolese, scopre, in séguito ad uno stupro da parte di un sacerdote connazionale, di aspettare una bambina. Le suore superiori consentono, in un primo momento, la permanenza nella Congregazione a condizione che il bambino, una volta nato, fosse dato in adozione. In ragione di tale decisione, la donna trascorre il periodo di gestazione presso una casa di accoglienza; dopo il parto, decide di non riconoscere il bambino e di avvalersi del diritto all'anonimato riconosciuto dall'art. 30, d.p.r., 3 novembre 2000, n. 396. Conseguentemente, il Procuratore della Repubblica chiede al Tribunale minorile di dichiarare lo stato di adottabilità, *ex art.* 11, l. 4 maggio 1983, n. 184, poiché la minore risultava iscritta nei registri dello stato civile come figlia di genitori ignoti, con conseguente imposizione di un nome. In séguito ad un percorso interiore di ripensamento, costellato da profonde sofferenze e stante la decisione delle suore di estrometterla in ogni caso dalla Congregazione, la donna, al settantatreesimo giorno successivo alla nascita, decide di riconoscere la figlia, ottenendo dal Tribunale per i minorenni un provvedimento di non luogo a procedere sulla sua adottabilità.

³³ Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, in *Fam. dir.*, 2014, p. 321 ss., con commento di CARBONE, V., "Genitorialità responsabile: abbandono, ripensamento e riconoscimento del figlio", cit., e in *Foro it.*, 2014, I, c. 1131 ss., con osservazioni di CASABURI, G.

La decisione viene riformata in appello, ove si dispone l'immediata dichiarazione dello stato di adottabilità: a fronte del mancato riconoscimento e vista la rinuncia della madre biologica al termine per provvedervi, la Corte considera decisiva la riconduzione della fattispecie entro i confini applicativi dell'art. 11, comma 2, l. 4 maggio 1983, n. 184, secondo il quale, ove il minore non sia stato riconosciuto alla nascita, "il tribunale per i minorenni, senza eseguire ulteriori accertamenti, provvede immediatamente alla dichiarazione dello stato di adottabilità".

La Cassazione taccia la pronuncia di "freddo tecnicismo metagiuridico"; accoglie il ricorso della madre e, piuttosto che rinviare ad altro collegio, respinge l'appello, confermando il riconoscimento di maternità. In effetti, già da un'analisi sistematica dell'art. 11 emergono, secondo la Cassazione, ragioni a sostegno del non luogo a procedere sull'adottabilità. Il riferimento concerne, in particolare, la precisazione recata dallo stesso comma 2 dell'art. 11, in base al quale si provvede alla immediata declaratoria dello stato di adottabilità "*a meno che non vi sia richiesta di sospensione della procedura da parte di chi, affermando di essere uno dei genitori, chiede termine per provvedere al riconoscimento*"³⁴. Tale previsione è indice della volontà del legislatore di accordare preferenza alla crescita del bambino nella famiglia di origine, essendo residuale l'alternativa in favore dell'adozione. La richiesta – effettuata dalla madre biologica che precedentemente aveva optato per l'anonimato – non è suscettibile di definitiva rinuncia né di decadenza, poiché, come incisivamente precisato dalla sentenza, "il diritto soggettivo, dotato di rilevanza costituzionale, ad essere genitori giuridici (oltre che biologici) [...] e quello al riconoscimento del figlio, che ne costituisce la fonte, involgono lo stato delle persone e come tali sono indisponibili e, dunque, non estinguibili per manifestazione di volontà abdicativa, al pari delle connesse facoltà processuali, propedeutiche al relativo esercizio"³⁵.

Le opposte decisioni dei due gradi di giudizio – l'una, della Corte d'appello, favorevole alla prosecuzione della procedura di adozione iniziata in seguito all'esercizio del diritto all'anonimato materno; l'altra, della Corte di

³⁴ Analogamente si trascura, secondo la Cassazione, il comma 5 dell'art. 11, il quale prevede che, se entro due mesi dalla richiesta di sospensione viene effettuato il riconoscimento, la procedura adottiva deve essere dichiarata chiusa, ove non sussista lo stato di abbandono morale e materiale. Inoltre, l'opzione per l'anonimato materno non preclude l'adozione nemmeno in considerazione del panorama normativo sovranazionale: la sentenza individua, infatti, quale parametro interpretativo della normativa nazionale, l'art. 5, comma 4, della Convenzione europea sull'adozione dei minori, secondo il quale il consenso della madre all'adozione del figlio può essere accettato solo dopo la nascita del bambino, "allo spirare del termine prescritto dalla legge e che non dovrà essere inferiore a 6 settimane o, ove non sia specificato un termine, nel momento in cui, a giudizio dell'autorità competente, la madre si sarà sufficientemente ristabilita dalle conseguenze del parto".

³⁵ Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, cit.

cassazione, volta a confermare la successiva scelta in favore del riconoscimento di maternità – sottendono letture non coincidenti della legge sulle adozioni, nonché differenti modi di intendere la responsabilità genitoriale e il diritto al ripensamento materno: mentre la Corte d'appello attribuisce indiscutibile rilievo alla “esatta inquadrabilità” nella fattispecie astratta, “sí da non potersi neppure affrontare la problematica relativa alla capacità o incapacità genitoriale della madre biologica”, poiché la normativa in questione sottenderebbe il principio informatore secondo il quale “il minore non riconosciuto [è] per definizione un minore abbandonato”, in quanto “privato [...] soprattutto della sua identità personale”³⁶, la Corte di Cassazione incentra l'attenzione, secondo una prospettiva piú condivisibile, sul prioritario interesse del minore e sul diritto alla genitorialità della madre, sí da attribuire all'art. 11, comma 2, legge sulle adozioni, un significato meno rigido, tale da escludere, nel caso specifico, lo stato di adottabilità in favore del recupero del legame affettivo biologico.

Alla pronuncia innanzi descritta si contrappongono decisioni che, all'opposto e sia pure nell'ambito della procedura adottiva non semplificata, forniscono letture non persuasive del diritto a vivere nella famiglia di origine, giungendo, tramite l'esclusione della configurabilità dei presupposti costitutivi dell'abbandono, a negare lo stato di adottabilità anche a costo di sottacere l'influenza negativa del contesto familiare sullo sviluppo psicofisico del minore³⁷. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla vicenda concernente la risalente, ma significativa, sentenza del Tribunale di Venezia³⁸, la quale ha

³⁶ Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, cit. La sentenza della Corte d'appello si sofferma sull'analisi della personalità della madre: l'obiettivo è dimostrare che la scelta di non riconoscere la figlia rappresenta, in ragione dell'età adulta, del grado di istruzione e delle condizioni personali e di vita, una decisione non estemporanea ma assunta con consapevolezza e cognizione delle relative conseguenze giuridiche. Nel descritto quadro motivazionale, nessun rilievo è attribuito alla sopraggiunta volontà della donna di procedere al riconoscimento, considerata dalla Corte d'appello tardiva e non influente ai fini della vicenda.

³⁷ Sulle situazioni che integrano lo stato di abbandono oppure la sussistenza di circostanze di forza maggiore che lo escludono, DOGLIOTTI, M. e ASTIGGIANO, F., *Le adozioni. Minori italiani e stranieri, maggiorenni*. Milano (2014), p. 58 ss. Si sofferma sull'analisi delle fattispecie che incorrono nel “rischio giustificazionista”, teso a giustificare l'ambiente familiare anche là dove manchino i necessari presupposti, nonché sulle ipotesi ascrivibili alla tendenza volta ad individuare nella diversità culturale un criterio “declamato”, MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Esercizio di multiculturalismo giudiziario in materia di adottabilità e l'idoneità genitoriale”, in *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Tratt.* diretto da Ferrando, G., III, *Filiazione e adozione*. Bologna (2007), p. 612 s.

³⁸ Trib. minorenni Venezia, 1 ottobre 1993, in *Dir. fam.*, 1994, p. 251 ss. Condivisibili i rilievi di MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minori”, in LENTI, L., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, VI, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, 2ª ed. Milano (2012), p. 554, il quale precisa che le osservazioni critiche non mirano a stabilire un'equazione tra fedina penale e valutazione

escluso la sussistenza dello stato di adottabilità di un minore appartenente ad una comunità di nomadi irregolari, con genitori attivi nel compimento di furti e che portavano il bambino durante l'attività delittuosa allo scopo di evitare la carcerazione. La pronuncia, nel negare lo stato di pericolo per il benessere fisico o psichico del minore, appare tanto più estrema nella sua decisione quanto più il giudice, nel valutare la condotta dei genitori che compivano i furti in presenza dei figli, ha affermato la necessità di tener conto "dei postulati esistenziali e culturali cui i membri di tali comunità conformano ogni loro comportamento, nella genuina convinzione d'essere nell'ambito della normalità e di un'ancestrale, non sindacabile tradizione". Non diversamente, sembrerebbe "dare eccessivo credito alle aspettative di recupero del nucleo familiare"³⁹ – il condizionale è qui reso obbligatorio dalla precisazione resa dalla stessa sentenza⁴⁰, secondo la quale la "Corte si è data però poi carico di valutare anche gli elementi, di segno contrario, ostativi alla configurabilità di uno stato di abbandono"⁴¹ – una decisione che nega lo stato di abbandono in ragione di un'eccessiva fiducia nella disponibilità dei nonni a crescere il minore, posto che, dall'analisi degli eventi ricostruiti nella decisione, era emerso che il bambino, all'età di soli tre anni, non essendo sorvegliato, si era allontanato dall'abitazione ed era stato ritrovato per strada "in balia di se stesso" e che erano stati accertati "la sua presenza sul mezzo all'interno del quale i genitori, in una circostanza si iniettavano droga", nonché "l'inclinazione alla droga e la poca affidabilità, per certi periodi della

sullo stato di adottabilità ma poggiano sull'incapacità del giudice veneziano di procedere a valutazioni di carattere predittivo: "non occorre infatti una sfera magica per prevedere l'avviamento in precoce età del bambino ad attività analoghe a quelle commesse dai genitori, in sua compagnia al momento dell'arresto". Cfr., inoltre, ID., *Esercizio di multiculturalismo giudiziario in materia di adottabilità e idoneità genitoriale*, cit., p. 611, ove si richiama l'attenzione sull'esigenza, nella valutazione riguardo ai presupposti dello stato di abbandono, che sia vagliato il "danno evolutivo" e non soltanto quello attuale.

³⁹MOROZZO DELLA ROCCA, P., "Della dichiarazione di adottabilità. La cerchia parentale", in BALESTRA, L. (a cura di), *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, E. Torino (2010), p. 64.

⁴⁰Ci si riferisce a Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, in *Fam. dir.*, 2001, p. 45, con commento di FIORAVANTI, C.D.

⁴¹Secondo la Cassazione, devono reputarsi prevalenti le ragioni ostative alla procura di adozione, quali, ad esempio, il legame tra madre e figlio; il fatto che il brutto momento della vita del minore, causato soprattutto dalla presenza in casa del padre, malato di AIDS, poteva reputarsi terminato proprio dopo la morte dell'uomo; la circostanza che il nonno, dopo i suoi trascorsi criminali, aveva collaborato con gli inquirenti ai fini dell'arresto dei suoi complici; la disponibilità della madre ad entrare in consultorio e la sua ferma volontà di riavere con sé il bambino.

madre ed il suo rapporto conflittuale con i di lei genitori, il passato criminale del nonno paterno già spacciatore di droga”⁴².

I variegati e contrastanti percorsi decisori ostano a qualsivoglia generalizzazione: le diverse componenti fattuali, emotive e culturali, orientano la decisione della singola fattispecie, sí che il diritto a vivere nella famiglia biologica non rappresenta un valore meritevole di protezione in sé o – addirittura – in danno dell’interesse del minore⁴³. Nell’auspicabile direzione

⁴² Tale è la ricostruzione dei fatti esposta in Cass., 21 settembre 2000, n. 12491, cit. La pronuncia è ricordata, come caso “emblematico”, anche da MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Della dichiarazione di adottabilità”, cit., nota n. 18. Diversamente, sembrerebbe esprimere valutazioni positive FIORAVANTI, C.D. (commento cit.), p. 50, la quale afferma che la sentenza si “conforma alla *ratio* ispiratrice della disciplina di cui alla l. 184/1983”, che privilegia il diritto a vivere e ricevere cure nella famiglia di origine, “e questo anche nel caso in cui la sua famiglia “di sangue” sia composta da personalità “difficili” e forse meno qualificate di altre, che potrebbero fornirgli condizioni di vita piú desiderabili”. Può discutersi se sia effettivamente in grado di prevenire (sulla funzione della disciplina delle adozioni finalizzata a “prevenire una lesione definitiva dello sviluppo della personalità”, RECINTO, G., “La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee”, *Dir. fam. pers.* (2012), p. 1305) o dissuadere comportamenti genitoriali o se, al contrario, si riveli pregiudizievole per il processo di crescita del minore una decisione della Corte di appello di Torino (del 14 dicembre 1993, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1254) la quale, come si evince dalla massima, esclude che la “sussistenza di notevoli carenze nell’adempimento dei doveri genitoriali sia di per sé sufficiente per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, qualora non risulti un comportamento abbandonico volontario, ma l’insoddisfacente attuarsi delle funzioni genitoriali sia riconducibile alle difficoltà di inserimento e sistemazione dei genitori, extracomunitari e provenienti da un paese sottosviluppato del terzo mondo, in un contesto socioeconomico caratterizzato da valori, costumi e tradizioni a loro estranei”. Sí che, ai fini della dichiarazione di adottabilità del figlio, non rilevano, secondo la sentenza, l’esercizio di attività lavorative abusive né lo svolgimento di attività penali illecite (quali, ad esempio, l’agevolazione di immigrazione clandestina) né, ancora, le conseguenti condanne penali, purché “risulti il loro impegno affettivo e, nei limiti delle loro possibilità, anche materiale verso la prole, sia pure compatibilmente con i limiti, le difficoltà ed i condizionamenti riconducibili alla loro condizione di extracomunitari provenienti dal continente africano, privi di mezzi ed alla ricerca di sistemazione, anche lavorativa, in un tessuto economico e psicosociale del tutto estraneo e talora ostile”. Per una maggiore completezza, giova precisare che la pronuncia esclude lo stato di abbandono in ragione della sussistenza di rapporti tra la madre e il minore e in considerazione dello stato transitorio nel quale si trovava il padre.

⁴³ Incisivamente, sul punto, RECINTO, G., “Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità”, *Rass. dir. civ.* (2011), p. 1165. Cfr. Trib. min. Aquila, 16 maggio 2007, n. 37, corsivi originali, in *Giur. merito*, 2008, p. 129: “come notò esattamente la stessa Cassazione nella sentenza n. 11 del 1972, “dalla *netta prevalenza* dell’interesse del minore su quello degli altri soggetti del rapporto discende che la legge considera con favore la famiglia di derivazione biologica, appunto per la normale coincidenza dell’interesse del bambino col suo inserimento in detta famiglia, e nessuna considerazione può avere in tal caso l’aspirazione dei coniugi affidatari. Ma discende altresí che *la legge non ravvisa alcun diritto intangibile dei genitori rispetto alla loro prole* allorché l’interesse di quest’ultima risulti chiaramente compromesso rispetto ad altre piú soddisfacenti

tesa a “sottoporre a revisione critica il tradizionale orientamento volto a ricostruire il rapporto tra famiglia biologica ed adottiva in una ottica di necessaria contrapposizione”⁴⁴, l’inserimento nella famiglia adottiva rappresenta la scelta prioritaria ogniqualvolta i diritti fondamentali e la piena maturazione del minore non ricevono adeguata tutela e promozione nella famiglia di origine. In simili fattispecie, “la famiglia adottiva deve subentrare in quella funzione “servente” del minore stesso originariamente attribuita alla famiglia biologica”⁴⁵. Diversamente, ove la possibilità di instaurare un rapporto genitoriale responsabile appaia concreta, deve escludersi il ricorso alla procedura adottiva. Ne consegue che le semplificate modalità operative dettate dall’art. 11, comma 2, c.c. non autorizzano a negare l’esigenza di vagliare, sempre e comunque, l’idoneità dei genitori ad adempiere le loro funzioni, posto che, peraltro, il minore successivamente riconosciuto non può reputarsi equiparabile a quello in stato di abbandono per il solo fatto che il genitore aveva inizialmente manifestato una volontà contraria al riconoscimento oppure, nel caso della madre, aveva preferito avvalersi del diritto all’anonimato. In tali vicende, il prioritario interesse del minore è realmente rispettato soltanto se considerato in reciproco collegamento con il diritto dei genitori, riconosciuto dall’art. 30 cost.⁴⁶, all’esercizio delle funzioni

sistemazioni”. [...] Il principio solennemente riaffermato nell’art. 1 della legge non può essere inteso in senso assoluto (ossia nel senso che il minore avrebbe il diritto di vivere *esclusivamente* nella propria famiglia biologica) perché deve essere temperato ed armonizzato con un altro principio fondamentale (che ispira e pervade la nuova legge, come già la precedente), e che è quello del *preminente, esclusivo interesse del minore* a veder assicurata la sua normale crescita in una famiglia affettuosa ed accogliente. Tale interesse preminente del minore continua ad essere la *chiave di volta* dell’intera legge, il *leitmotiv*, il principio ispiratore fondamentale, che deve orientare l’interprete nella soluzione dei casi dubbi”. Pone l’attenzione non già sulla “figura di un minore astratto”, bensì su “quel minore particolare, con la sua storia, il suo “vissuto”, le sue caratteristiche fisiche e psicologiche, la sua età, il suo grado di sviluppo”, Cass., 17 luglio 2009, n. 16795, in *Fam. dir.*, 2009, p. 977. Sul tema cfr., inoltre, GORASSINI, A., “La genitorialità come scelta effettiva”, in TOMMASINI, M.F. (a cura di), *La filiazione tra scelta e solidarietà familiare*. Torino (2003), p. 5, il quale precisa che “il minore è sempre più *Persona* cui deve essere garantito lo sviluppo della sua *Singolarità* umana e il cui *nomos* è la famiglia funzionale alla sua crescita, come inequivocabilmente si ricava ora dall’art. 1 dei principi generali della legge n. 184” (corsi originali). Il principio secondo il quale il minore ha diritto di essere educato nell’ambito della propria famiglia “non ha carattere assoluto, ma relativo” per Cass., 26 aprile 1999, n. 4139, in *Studium Juris*, 1999, p. 878 ss.

⁴⁴ RECINTO, G., “Stato di abbandono”, cit., p. 1164.

⁴⁵ RECINTO, G., “Stato di abbandono”, cit., p. 1169, con particolare attenzione alla necessità di rileggere lo stato di abbandono morale e materiale in ragione dello sviluppo della personalità del minore.

⁴⁶ BOCCHINI, F. e QUADRI, E., *Diritto Privato*, 5^a ed. Torino (2014), p. 432, nota n. 60, ove si rileva che “la *genitorialità* rappresenta un aspetto fondamentale della personalità del soggetto”. È pur vero, tuttavia, che “oggettivamente, l’art. 30 cost. pare indirizzato al profilo di doverosità nascente dal rapporto di procreazione, venendo logicamente in secondo piano quello del diritto dei genitori ad allevare ed educare la prole. Al riguardo, è

genitoriali. Non sorprende, pertanto, che la giurisprudenza abbia negato⁴⁷ – sebbene in un’ipotesi nella quale era dubbia la validità del riconoscimento e nonostante la nomina di un curatore speciale autorizzato ad impugnare la veridicità di uno dei riconoscimenti effettuati da entrambi i genitori non conviventi – l’apertura della procedura di adottabilità, precisando che “lo stato di abbandono non può manifestarsi nei confronti di un solo genitore, anche nell’ipotesi di genitori naturali non conviventi”⁴⁸.

In considerazione del fatto che: a) l’ultimo comma dell’art. 11, l. 4 maggio 1983, n. 184, dispone l’inefficacia del riconoscimento soltanto se intervenuto dopo la dichiarazione di adottabilità e l’affidamento preadottivo⁴⁹; b) che il comma 5 della medesima norma sancisce la chiusura della procedura di adozione in presenza di riconoscimento del minore, effettuato, in forza dei commi 2 e 5, nel rispetto del termine concesso dal Tribunale per la sospensione e, infine, c) che la richiesta di sospensione non soggiace a termini di decadenza, purché intervenga prima della definizione del procedimento abbreviato, la dichiarazione inizialmente espressa di non voler riconoscere il minore oppure, nel caso della madre, di non rivelare la propria identità non estingue il diritto ad essere genitori. Sancire diversamente – ossia ammettere che, nonostante il concorso delle predette condizioni, il Tribunale possa non sospendere la procedura di adozione⁵⁰ (come fatto dalla Corte di appello nella pronuncia innanzi ricordata, la quale, formalisticamente, incentra l’attenzione unicamente sulla valutazione delle circostanze presenti nel

forse condivisibile la rappresentazione di una subordinazione, in relazione all’interesse del minore, della garanzia costituzionale prevista in favore dei genitori biologici, sino a poterli privare se ciò è necessario del legame con i figli quando essi, non assicurando l’assistenza morale e materiale alla prole ne impediscono lo sviluppo”: MOROZZO DELLA ROCCA, P., “Dell’adozione. Disposizioni generali”, in BALESTRA, L. (a cura di), *Della famiglia*, cit., p. 14.
⁴⁷ App. Roma, 7 maggio 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1564 (da qui le successive citazioni), ricordata, altresì, da GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 11^a ed., Napoli (2004), p. 415 e da ASTIGGIANO, F., *Riflessioni in tema di stato d’abbandono del minore*, cit., p. 170.

⁴⁸ App. Roma, 7 maggio 1991, cit., p. 1564 s. (corsivo aggiunto). Dispone, invece, l’apertura della procedura di adottabilità, in ipotesi di autorizzazione al curatore ad impugnare un riconoscimento di figlio incestuoso, Trib. min. 13 dicembre 1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2639 ss., con commento critico di FINOCCHIARO, A., “L’interesse del minore non consente al giudice di autorizzare d’ufficio l’impugnazione del riconoscimento da parte del riconosciuto minorenne o di disporre l’apertura del procedimento di adottabilità in difetto dello stato di abbandono”.

⁴⁹ Sulle condizioni (necessario affidamento preadottivo oppure mera dichiarazione di adottabilità) indispensabili per dichiarare l’inefficacia del riconoscimento, DOGLIOTTI, M. e FIGONE, A., *Famiglia e procedimento*, 2^a ed. Milano (2007), p. 312 s., ed *ivi* bibliografia citata.

⁵⁰ La sospensione configura un obbligo e non già una valutazione discrezionale rimessa del Tribunale per FINOCCHIARO, A. e FINOCCHIARO, M., *Disciplina dell’adozione e affidamento dei minori. Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184*, cit., pp. 154 e 156 ss., con particolare attenzione alla necessità di considerare l’inefficacia del riconoscimento subordinata all’osservanza dell’obbligo di informazione ex art. 11, comma 6, l. 4 maggio 1983, n. 184.

momento del mancato riconoscimento) – significherebbe “infliggere alla madre naturale [e in generale al genitore] una sanzione che neppure il codice penale prevede, operando una equiparazione non consentita tra un ipotizzato atto di abbandono e lo stato di abbandono posto dalla legge a fondamento della dichiarazione di abbandono”⁵¹ oppure – aggiungiamo – rispetto a quello in *re ipsa* previsto nella procedura semplificata allorquando “non risulti l’esistenza di genitori che abbiano riconosciuto il minore” (art. 11, comma 2, l. in materia di adozioni).

Il bilanciamento tra il diritto dei minori ad avere una famiglia e “il diritto soggettivo, dotato di rilevanza costituzionale, ad essere genitori giuridici (oltre che biologici)”⁵² trova il suo punto di equilibrio non nell’attribuire al secondo indiscussa preminenza, quanto piuttosto nell’accordargli tutela soltanto a condizione che l’esercizio del diritto alla genitorialità ovvero il recupero delle capacità genitoriali avvenga con tempi e modalità compatibili con la possibilità per il minore di avere un armonioso e sereno contesto di vita familiare⁵³. Del resto, su un piano più generale, se si è pronti ad ammettere che lo stato di abbandono è escluso dalla disponibilità a crescere il bambino, purché seria, resa entro un breve termine dalla nascita e non disgiunta da un concreto rapporto affettivo, manifestata dai parenti entro il quarto grado⁵⁴, analogo esito appare ragionevole sia garantito a fronte della responsabile dichiarazione del genitore, del pari seria, manifestata in tempi brevi e nel rispetto dell’art. 11 della legge in materia di adozioni, di instaurare un legame affettivo ed educativo con il bambino.

⁵¹ App. Roma, 7 maggio 1991, cit., p. 1565.

⁵² Cass., 7 febbraio 2014, n. 2802, cit.

⁵³ In tale direzione, Cass., 10 settembre 2014, n. 19006; Cass., 14 giugno 2012, n. 9769, entrambe consultabili sulla banca dati *dejure online* e Cass., 18 giugno 2012, n. 9949, in *Foro it.*, 2013, I, c. 145, con nota di CASABURI, G. Osserva ASTIGGIANO, F., “Riflessioni in tema di stato d’abbandono del minore”, cit., p. 170, che non esiste un intangibile diritto ad essere genitore, poiché “l’interesse del minore non può e non deve mai essere subordinato a quello dei genitori”.

⁵⁴ Cass., 28 gennaio 2011, n. 2102, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Adozione*, n. 32. Ai fini dell’esclusione dello stato di abbandono, considera irrilevante la disponibilità dei nonni ad accogliere il minore, in assenza di una trama di rapporti affettivi con il minore, Cass., 10 agosto 2006, n. 18113, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 2815 ss. Sul punto cfr. FINOCCHIARO, M., “In assenza di concreti legami la sola parentela diventa irrilevante”, *Guida dir.* (2006), p. 38 ss. e ANDALORO, S., “L’accertamento in concreto della idoneità dei parenti entro il quarto grado a prendersi cura del minore”, nota a Cass., 31 ottobre 2008, n. 26371, *Fam. dir.* (2009), p. 474 ss.

IV. IMPOSSIBILITÀ DI CONFIGURARE DISTINTI STATUTI NORMATIVI TRA L'ADOZIONE FONDATA SUGLI ACCERTAMENTI INERENTI LO STATO DI ABBANDONO E IL PROCEDIMENTO ADOTTIVO SEMPLIFICATO, EX ART. 11, COMMA 2, L. 4 MAGGIO 1983, N. 184. NECESSITÀ DI VAGLIARE, IN ENTRAMBE LE DISCIPLINE, IL RAGIONEVOLE CONTEMPERAMENTO TRA LA PROMOZIONE DEL DIRITTO ALLA GENITORIALITÀ E LO SVILUPPO DI UN RESPONSABILE RAPPORTO GENITORIALE.

La prospettiva – in questa sede ricostruita – tesa ad escludere che il diritto alla genitorialità sia suscettibile di rinuncia anticipata o tolleri limitazioni, ad eccezione di quelle derivanti dalla presenza, nella condotta del genitore, di gravi indizi dai quali desumere il rischio di un serio pregiudizio per lo sviluppo psico-fisico del minore⁵⁵, è compatibile con il cammino giurisprudenziale che ha segnato il definitivo superamento dell'incondizionata preferenza per l'anonimato materno. Doveroso, al riguardo, il riferimento alla decisione della Corte costituzionale del 22 novembre 2013, n. 278⁵⁶, la quale, conformandosi alla giurisprudenza sovranazionale⁵⁷, ha invitato il legislatore

⁵⁵ Così, sia pure con riferimento ad una fattispecie di riconoscimento di figlio naturale, Cass., 3 gennaio 2008, n. 4, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1116 ss. e Cass., 5 giugno 2009, n. 12984, *ivi*, 2010, I, p. 1442 ss.

⁵⁶ In *Fam. dir.*, 2014, p. 11 ss., con commento di CARBONE, V., “Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato ed adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno”, il quale auspica una riforma legislativa in grado di bilanciare il diritto all'anonimato sia con la responsabilità per il fatto della procreazione sia con i diritti del figlio. Cfr., inoltre, CASABURI, G., “Il parto anonimo dalla ruota degli esposti al diritto alla conoscenza delle origini”, *Foro it.* (2014), I, c. 8 ss. Sul tema, MARELLA, M.R., “Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive”, *Giur. it.* (2001), p. 1768 ss. Precedentemente, la Consulta (con sentenza del 25 novembre 2005, n. 425, in *Famiglia*, 2006, p. 161 ss., con nota di BALESTRA, L., “Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici”; di CARLETTI, L., “Informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata”, *Dir. fam. pers.* (2006), p. 884 ss. e di ERAMO, F., “Il diritto all'anonimato della madre partoriente”, *Fam. dir.* (2006), p. 130 ss. Sul rapporto con i precedenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, LAMARQUE, E., “I diritti dei figli”, in CARTABIA, M., *I diritti in azione*. Bologna (2007), p. 285 s., nonché, per un'analisi del problema nel contesto europeo, BOLONDI, E., “Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo”, *Nuova giur. civ. comm.* (2009), p. 281 ss.) ha dichiarato la questione infondata, atteso che la norma impugnata è considerata “espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda”. Cfr., inoltre, le ordinanze di inammissibilità e di restituzione degli atti al giudice remittente: Corte cost., 22 giugno 2004, n. 184, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1868 ss. e Corte cost., 16 luglio 2002, n. 350, *ivi*, 2002, p. 2636 ss. In attuazione della pronuncia della Consulta, n. 278 del 2013, autorizza le necessarie ricerche finalizzate ad accertare se ancora sussista la volontà della madre di mantenere l'anonimato sulla propria identità Trib. Firenze, 7 maggio 2014, consultabile sul sito *www.altalex.it*.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012, Godelli c. Italia, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 103 ss., con commento di LONG, J., “La Corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata”;

ad “introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata” e ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dall’art. 177, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), “nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all’accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica”. Sul presupposto secondo il quale “il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona”, si contesta l’irreversibilità della scelta per l’anonimato, precisando che una simile decisione, se da un lato può comportare una “rinuncia irreversibile alla ‘genitorialità giuridica’”, dall’altro “può [...] ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla ‘genitorialità naturale’”, poiché, se così fosse, “risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l’art. 2 Cost.”⁵⁸.

Le osservazioni esposte – confortate da taluni, sia pure altalenanti, indirizzi giurisprudenziali – avvalorano la posizione secondo la quale la disciplina del procedimento adottivo semplificato, basato su più snelle garanzie processuali, e l’adozione incentrata sull’accertamento del presupposto dello stato di abbandono – anch’esso riletto dalla dottrina⁵⁹ in chiave evolutiva, sí da assumere un carattere relativo, sensibile all’influenza esercitata dall’esercizio delle funzioni genitoriali – non identificano schemi regolamentari diversi o statuti adottivi distinti⁶⁰ ma rinvergono il proprio unitario fondamento nella

sul tema cfr. CARBONE, V., “Corte Edu: conflitto tra il diritto della madre all’anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini”, *Corr. giur.* (2013), p. 940 ss.; CURRÒ, G., “Diritto della madre all’anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento”, *Fam. dir.* (2013), p. 544 ss.; GOSSO, P.G., “Davvero incostituzionali le norme che tutelano il segreto del parto in anonimato?”, *ivi*, p. 817 ss. (il quale, dopo alcuni rilievi critici alla sentenza, richiama l’attenzione sull’esigenza di rispettare il diritto della madre alla tutela della propria vita privata, evitando intrusioni finalizzate ad indagare su scelte personali fatte in contesti affettivi e personali di particolare gravità) e, prima ancora, ID., “L’adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione”, *ivi*, 2011, p. 204 ss.

⁵⁸ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, cit.

⁵⁹ Sull’evoluzione della nozione di abbandono del minore, FADIGA, L., “L’adozione legittimante dei minori”, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, II, 2^a ed.. Milano (2012), p. 828 ss.

⁶⁰ Discorre, sia pure con riferimento al rapporto tra l’adozione legittimante e quella in casi particolari, di “status adottivi”, negando la loro distinta configurazione, BARELA, V., “L’adozione all’indomani della legge n. 219/2012”, cit., p. 5.

ratio ispiratrice, tesa a privilegiare la crescita del minore senza trascurare l'esigenza di un equilibrato temperamento tra il diritto ad essere educato nella famiglia di origine con la tutela e promozione della genitorialità, quale aspetto importante della personalità di un individuo *ex art. 30 cost.*⁶¹.

Letture sbilanciate in favore dell'uno o dell'altra posizione giuridica o tali da assecondare esiti anticipatamente dismissivi del diritto alla genitorialità oppure volte ad impedire lo sviluppo di un sereno rapporto genitoriale tradirebbero lo spirito e la funzione – di protezione dei minori abbandonati, più che di sanzione nei riguardi dei genitori – che informano la disciplina dell'adozione, in violazione della solidarietà familiare e dei principi fondanti il sistema normativo vigente.

⁶¹ Risarcisce il danno non patrimoniale subito da un genitore “nell'ipotesi in cui l'altro genitore sia venuto meno al fondamentale dovere, morale e giuridico, di non ostacolare, ma anzi di favorire la partecipazione del primo alla crescita e alla vita affettiva del figlio, ledendo il suo diritto personale alla genitorialità con conseguenti forti sofferenze per non aver potuto assolvere ai doveri verso il figlio e per non aver potuto godere della sua presenza e del suo affetto”, Trib. Roma, 3 settembre 2011, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Danni civili*, n. 204.

DE LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LOS LEGADOS COMO VÍA
DE PROTECCIÓN A UNA HIJA INCAPACITADA JUDICIALMENTE,
LEGÍTIMARIA, PRETERIDA POR EL TESTADOR (A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA
DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPREMO).

ABOUT THE ACTION FOR REDUCTION OF THE LEGACIES AS A
WAY TO PROTECT A JUDICIALLY DISABLED DAUGHTER,
LEGÍTIMARIA AND FORGOTTEN BY THE TESTATOR
(CONCERNING THE JUDGMENT NO. 239 OF MAY 31ST OF 2013
FROM THE CIVIL AND ADMINISTRATIVE DIVISION OF THE
SUPREME COURT).

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 139-156.

Fecha de entrega: 05/03/2014
Fecha de aceptación: 29/09/2014

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial
Universidad de La Habana, Notario.
lbp_gallardo@gmail.com

RESUMEN: Tratándose de una hija con Síndrome de Down, y cierta cardiopatía, que le llevan a la declaración judicial de incapacitación, es indudable que si el padre no le ha atribuido bienes a título de herencia, legado o por una liberalidad *inter vivos* como pago de su legítima, la ha preterido, pues resulta innegable su condición de legitimaria o especialmente protegida respecto de aquel, conforme con el art. 493.1 a) CC y la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad. Ante tal situación, y dado que el patrimonio hereditario fue distribuido en legados, sin que en el testamento se estableciera preferencia respecto de algún legado en concreto, es dable interpretar el art. 495.1 CC, a tono con el principio del *favor testamenti*, de manera que permita conservar la atribución hecha a favor de los legatarios en lo que no se exceda de la parte de libre disposición y atribuir a la preterida la cuota de legítima, resultante, de reducir los legados.

PALABRAS CLAVE: Legítima, persona con discapacidad, legado, reducción.

ABSTRACT: Regarding a daughter with Down syndrome, along with certain form of heart disease, which provokes her judicial declaration of disability, it is undoubted that if the father has not allocated goods in title of inheritance, legacy or through an *inter vivos* liberality as payment of her legitimas, that he had forgotten her. Hence, her condition as legitimaria heir or specially protected in respect to him results undeniable, as per article 493.1 a) CC and the International Convention of the Rights of People with Disability. In front of this situation, and given that the hereditary patrimony was distributed by legacies without establishment of any preferences in the will regarding any specific bequest, it is possible to interpret the article 495.1 CC in accord with the principle of *favor testamenti* in a way that it permits to preserve the allocations made in favor of the legatees where there is no excess from the part of free disposition and provide to the forgotten heir with the amount of the legitima resulting from the reduction of the legacies.

KEY WORDS: Legítima, person with a disability, legacy, reduction.

SUMARIO: I. LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO).- 1. Antecedentes de hecho.- 2. Doctrina jurisprudencial.- II. COMENTARIO.- 1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down.- 2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.- 3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

I. LA SENTENCIA NO. 239 DE 31 DE MAYO DE 2013 DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO).

1. Antecedentes de hecho.

Ante la Sala de lo Civil, de lo Administrativo y de lo Laboral del Tribunal Provincial de Matanzas, se interpone demanda en proceso ordinario sobre nulidad parcial de acto jurídico por la tutora de la señora L. G. V., declarada judicialmente incapacitada, en solicitud de que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en escritura pública notarial de testamento, número 300, de 5 de abril de 2010, autorizada por Z. L. P., notaria, específicamente en lo que atañe a las cláusulas primera y tercera e igualmente ineficaces todos los demás negocios jurídicos que de él se hubieren podido derivar. La Sala declara SIN LUGAR la demanda establecida, sin imposición de costas procesales.

Contra la sentencia del tribunal de instancia, la representante legal de la incapacitada, señora X. R. V. R. interpone recurso de casación sustentado en dos motivos, de los cuales solo se relacionará el segundo pues es el que interesa a los fines de este comentario. En efecto, el segundo de los motivos de casación se interpone al amparo del artículo 630.1 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, acusando como infringido el art. 495 CC en el sentido de que en el primer Considerando de la sentencia interpelada, como elemento esencial para sustentar su fallo y desestimar la demanda, se esgrime que existió una indebida formulación de la pretensión, con inobservancia de lo preceptuado en el art. 495 CC, por considerar que la pretensión debió estar encaminada a solicitar la reducción de los legados, y no su nulidad. En tal sentido considera la recurrente que la

Sala de instancia ha interpretado de manera errada lo que dicha norma establece, al confundir la reducción de legados, aplicable solo por el legitimario afectado en su legítima frente a los legatarios instituidos, o sea, cuando no existe preterición de herederos y lo que se debate es la manera en que ha existido un exceso al momento de la partición hereditaria, con la figura de la preterición que es la que está reconocida implícitamente en el art. 495.1 CC, aplicable cuando exista una omisión de un heredero especialmente protegido, los que deben ser tributarios del testador de una parte de su acervo patrimonial, por lo tanto hay que promover la acción para declarar la nulidad parcial, solo la de aquel legado que exceda la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente, lo que anularía la institución de heredero y propiciaría la apertura de la sucesión *ab intestato*, manteniéndose la eficacia de aquel legado que no exceda la libre disposición, razón por la que la demanda interpuesta pretendía la nulidad del legado contenido en la cláusula tercera, siendo objeto de discrepancias entre las partes cuestión distinta, o sea, si era correcto o no solicitar la nulidad de este legado, por ser el bien de mayor necesidad para la incapaz. Por otra parte el art. 495 CC que sirvió de sustento legal a la sala para alegar en su sentencia una indebida formulación de la pretensión, no contempla la reducción de los legados.

2. Doctrina jurisprudencial.

La doctrina sentada por la sentencia comentada es la siguiente: Es especialmente protegida, respecto de su padre (testador), quien judicialmente declarada incapacitada, por razón del Síndrome de Down que padece, unido a cierta cardiopatía, la hacen dependiente económicamente de aquel, ello, amén de que al momento de testar se conozca o no por el testador, la declaración judicial de incapacitación de su hija, y aun cuando no haya sido declarada incapacitada antes del fallecimiento del testador, deber que le viene impuesto por ley (CC), con independencia de cualquier otra medida de protección a la incapacitada, según lo previsto en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, motivo por el cual se entiende preterida, cuando no mencionada en el testamento, tampoco se le ha atribuido bien alguno como pago de su legítima.

Distribuido el patrimonio hereditario a través de legados, merece protección la voluntad del testador, sólo cuando esta sea digna de ser salvaguardada. No obstante, ante la preterición de la legítima, es atendible la acción impugnatoria del legado a través de su reducción, lo que por demás resulta lo más beneficioso para la incapacitada, no así la acción de nulidad de uno de los legados, cuando en puridad no fue establecido por el testador, para caso de impugnación, un orden de prelación, por lo que la acción impugnatoria deberá estar dirigida a ambos legados por igual, en la medida que sea

suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde a la legitimaria preterida.

II. COMENTARIO.

1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down.

No es dable ejercitar acción alguna que tenga por finalidad la protección de la legítima, si en el mismo proceso no se reconoce la condición de especialmente protegida o legitimaria de la persona que invoca la preterición o la falta de íntegra atribución de la cuota legitimaria a la que tiene derecho. Sin el éxito en el reconocimiento de tal condición, nunca prosperaría el ejercicio de cualquiera de las acciones previstas por el Derecho positivo, como resortes tuitivos de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima.

En buena técnica jurídica en los procesos promovidos en razón de la preterición se acumulan las acciones, reconocitiva de la condición de legitimario y la que oportunamente se ejercita por el actor para que le sea restablecida su cuota legitimaria vulnerada.

En el caso fallado, objeto de este comentario, se trata de una persona mayor de edad, que desde su nacimiento padece un Síndrome de Down¹, unido a cierta cardiopatía, que al decir del propio tribunal de casación, “constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma aproximadamente en la mitad de los pacientes”, por supuesto, de aquellos diagnosticados con el mencionado síndrome. Dada la naturaleza del Síndrome de Down, la evolución de esta discapacidad intelectual congénita,

¹ El Síndrome de Down o trisomía 21 es una entidad que en la actualidad constituye la causa genética más frecuente de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es el resultado de una anomalía cromosómica por la que los núcleos de las células del organismo humano poseen 47 cromosomas en lugar de 46, perteneciendo el cromosoma excedente o extra al par 21. Como consecuencia de esta alteración, existe un fuerte incremento en las copias de genes del cromosoma 21, lo que origina una grave perturbación en el programa de expresión de muy diversos genes, no sólo del cromosoma 21 sino de otros cromosomas. Este desequilibrio génico ocasiona modificaciones en el desarrollo y función de los órganos y sistemas, tanto en las etapas prenatales como postnatales. Consiguientemente, aparecen anomalías visibles y diagnosticables; unas son congénitas y otras pueden aparecer a lo largo de la vida. El sistema más comúnmente afectado es el sistema nervioso y dentro de él, el cerebro y cerebelo; por este motivo, casi de manera constante la persona con Síndrome de Down presenta, en grado variable, discapacidad intelectual.

percibible incluso por los “rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible”, según apunta la sala de casación, entre los cuales cabría citar como más frecuentes, y solo a modo de ejemplo: las hendiduras de los ojos oblicuas, la base del cráneo aplanada, hipotonía, hiperlaxitud de las articulaciones, exceso de piel en la nuca, perfil plano de la cara, anomalías en la forma del pabellón auricular, displasia de la pelvis, displasia de la falange media del dedo meñique, surco simio en la palma de la mano, talla corta. Con una adecuada educación especial, y en dependencia del grado de inteligencia que tengan, se puede lograr una mejor adaptación social e incluso su incorporación al trabajo, pero ello está -como expuse-, relacionado con los factores ambientales, educativos y el propio desarrollo cognitivo de la persona. Lo cierto es, que como expresa la ponente en la sentencia que se comenta, las personas con síndrome de Down requieren de ciertos cuidados por sus progenitores que contribuyan a superar su capacidad diferente.

En tal sentido, tratándose de una persona con síndrome de Down que no está incorporada al trabajo socialmente útil que le permita adquirir los recursos económicos necesarios para hacer frente a sus más vitales necesidades económicas, sus padres están en el deber jurídico, no solo de procurarle alimentos según el tenor de los arts. 122.2 y 123.3 del Código de Familia, sino de reconocerles, en caso de que testen, como especialmente protegidos o legitimarios, según el dictado de los arts. 492.1 y 493.1 a), ambos del CC. Demostrada su condición de hija, dependiente económicamente de su progenitor y con ausencia de aptitud para trabajar, se dan los tres presupuestos, exigidos por ley, para arroparse de la condición de especialmente protegida, con derecho a que le sea atribuida la mitad de la herencia por concepto de legítima. La posible discusión teórica en este orden está en si una hija mayor edad, con Síndrome de Down, está o no apta para trabajar. En tanto que el presupuesto de la dependencia económica en los autos del proceso judicial no resulta discutido por las partes, o al menos no afloran datos que permita a quien escribe ofrecer otras consideraciones puntuales sobre el caso. A modo muy generalizador, a mi juicio, la lógica indica que se trata de una persona vulnerable económicamente, y que en tales circunstancias, háyase declarado o no judicialmente incapacitada en vida de su padre, tal declaración no tiene trascendencia alguna para ganar o perder la condición de especialmente protegida, habría que estar a los hechos. La dependencia económica no se prueba únicamente a través de los medios de prueba con los que se acredita la filiación. Va más allá, se puede ser hijo menor de edad o mayor de edad, imposibilitado de trabajar, y quedar demostrado que no había dependencia económica, *v.gr.*, cuando el progenitor o progenitora, a su vez depende económicamente de otro. Tampoco la convivencia es un presupuesto para justificar la dependencia económica. Se puede no convivir con la persona que constituye el sostén económico de otra. Y ni tampoco la existencia de otra persona que contribuya al sostenimiento patrimonial, es razón suficiente para que otra no pueda hacerlo

del mismo modo. El ejemplo más claro es el del hijo menor de edad, dependiente económicamente de ambos progenitores, aunque estos estén divorciados y solo uno de ellos ostente la guarda y cuidado, en tal situación ambos deben contribuir a la satisfacción de las necesidades económica del hijo. Igual acontece en casos en que el hijo, mayor de edad, tiene alguna situación de discapacidad, *v.gr.*, de discapacidad intelectual, que le impide ejercer un oficio propio, supuesto en el cual ambos progenitores deberían seguir asumiendo, de tener condiciones para ello, su sostenimiento económico.

Como expresé, más polémico resulta determinar si la discapacidad intelectual por sí misma es razón suficiente para que se justifique la no aptitud para trabajar. En efecto, al momento del fallecimiento del padre, L. G. V. no tenía oficio propio y tan solo se narra en la sentencia que se trata de una persona con Síndrome de Down y asociado a su enfermedad, con una cardiopatía congénita, particular que narra la literatura médica, propio en personas con tal síndrome, pero nada más se puede inferir de la sentencia comentada que me permita determinar el grado de discapacidad intelectual de L. G. V., que le lleve a poderse integrar socialmente e incluso a desempeñar un puesto laboral (ya sea en el mercado estatal o privado). En tal orden, una cuestión es que hoy día se propicie la integración social de las personas con discapacidad, a tono con los programas que desde el perfil educativo, médico y laboral se han desarrollado en nuestro país, y otra, muy diferente, es exigir que las personas con Síndrome de Down tengan necesariamente que estar incorporadas a un centro o entidad que les permita obtener sus más apremiantes recursos económicos. El hecho de que en el terreno social se les haya de favorecer el contacto con otras personas, promoviendo su participación en actividades grupales, de modo que se entrenen en habilidades sociales, llegándose incluso a alcanzar resultados observables en poco tiempo, según describe la literatura sobre el tema, no implica, a mi criterio, que el baremo con el que se juzgue y se valore a una persona con discapacidad intelectual a los efectos de determinar si está o no apta para el trabajo, a los fines de considerarse legitimaria, sea idéntico. Que su inserción social y laboral sea un buen pronóstico con la aplicación de terapias educacionales y formativas, en la que Cuba tiene mucho que mostrar, no lo hace convertirse en imperativo legal, exigible a estas personas cuya vulnerabilidad económica, y por qué no también, social, sigue siendo evidente. La integración social plena de las personas con Síndrome de Down se ha de entender como un proceso de doble dirección: preparando a la persona con discapacidad para su acceso a la sociedad y concienciando a la sociedad de la necesidad de acoger a todo tipo de personas, al aceptar sus diferencias.

No obstante, esta dimensión social no quita ni el más mínimo ápice a la responsabilidad que la familia ha de asumir en este terreno, y en tal sentido

apunto, teniendo en cuenta la sentencia que se comenta, a la responsabilidad que en el orden patrimonial le corresponde. Tratándose de una legítima de naturaleza asistencial, la regulada en los arts. 492 y 493 CC, es deber de los progenitores, al momento de otorgar testamento, reconocer la existencia de legitimarios o especialmente protegidos, con quienes deben cumplir el deber de legítima, a menos que dicho deber ya haya sido cumplimentado en vida a través de liberalidades (colígese de la formulación del art. 494 del propio CC), deber que supone la atribución de la mitad del patrimonio hereditario reconstruido a título de legítima. Del estudio del caso se pueden inferir algunas ideas que creo oportuno expresar:

1º. La responsabilidad ética y familiar con respecto a personas con discapacidad intelectual, vinculadas afectiva y parentalmente con el testador. No es el único caso que en los últimos tiempos ha fallado el Tribunal Supremo en los que el testador no ha reconocido como especialmente protegido a hijos con evidente discapacidad intelectual². Como también se expresa en la sentencia *in commento*, en un postulado no solo jurídico, sino además con un profundo sentido ético, relativo a la conducta del progenitor frente a su hija con Síndrome de Down, “su preterición [...] en el Testamento fue absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aun cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea de los padres”. Resalto la expresión de la jueza ponente relativa a que tal preterición, *conmueve*, en tanto que conductas como esas, inquietan, perturban, sorprenden en el plexo de valores que el Derecho está encaminado a custodiar, pues cualquier progenitor en tales circunstancias se proyecta buscando las alternativas más idóneas que propicien los efectos menos lesivos que en el orden patrimonial puede representar su muerte para un hijo con discapacidad intelectual, por regla general por el grado de dependencia no solo económica, sino también afectiva o emocional que ellos tienden a desarrollar. Conmueve eso sí, y de qué manera, que se niegue la existencia de un hijo con discapacidad intelectual, en un ordenamiento jurídico en que la legítima sucesoria tiene un fin eminentemente asistencial, ello es expresión de un desarraigo familiar y emocional que sobrepasa el umbral de lo permisible en el espectro de valores del ser humano.

² *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, septiembre (2012), julio-septiembre, núm. 45, pp. 52-58.

2º. El incompleto asesoramiento notarial. Pues tanto en este caso como en el fallado en la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre de 2011, por la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, salta a la vista que el testamento otorgado en que fue preterido un especialmente protegido, era de naturaleza notarial. Es cierto que si hay intención de preterir al especialmente protegido, el testador puede utilizar maniobras dolosas ante el notario, pero tendría que igualmente manipular a los testigos instrumentales, quienes no tienen el deber de declarar ante el notario la verdad del contenido del negocio testamentario, pero tampoco han de concurrir a este como cómplices de declaraciones falsas como la que atañe a la verdad sobre la existencia de especialmente protegidos. No obstante, el asesoramiento notarial se impone, tal cual lo prevé el art. 10 ll) de nuestra Ley notarial. El asesoramiento contribuye a evitar situaciones de preterición errónea por desconocimiento de lo que el CC prevé en materia de especialmente protegidos. Empero, como baluarte de la seguridad jurídica preventiva, el notario ha de ser colaborador estrecho de su cliente, de modo que le guíe en el logro de sus fines con conocimiento exacto de lo que busca. En tal sentido, le compete indagar en el testador la existencia o no de legitimarios, a partir de su caracterización y el cuadro dispositivo de sujetos que el propio legislador reconoce (*vid.* art. 493 CC), con los efectos que en Derecho puede provocar su preterición. Es cierto que se trata de un deber del notario, en el que este no puede garantizar los resultados, pero siempre es dable intentar al menos buscar la verdad para evitar comprometimientos jurídicos que trascienden al campo ético como la no inclusión como legitimarios de sujetos como el referido en el caso en cuestión, objeto de este comentario. Hay cuestiones de sensibilidad y de *officium pietatis*³ y solidaridad familiar que se imponen en los seres humanos.

³ Nos comenta BIALOSTOSKY, S.: “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf (fecha de consulta 14.07.2013), p. 17, respecto al *officium pietatis* en materia sucesoria que este “implica que con base en el deber moral: *pietas* y al sentimiento de la opinión pública, nuestra conducta nos impide lesionar a los dioses, a nuestros padres e hijos y familiares cercanos”. El carácter inoficioso del testamento está vinculado al quebrantamiento por el testador del deber de proveer parte del patrimonio a favor de sus más próximos parientes, en concreto de sus hijos. La declaración de inoficiosidad se conecta así con la ruptura de un deber moral. Ello trae como consecuencia el surgimiento de la querrela como una sanción, a favor del lesionado, utilizable contra los herederos beneficiados.

2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.

Llama la atención la aplicación directa, por vez primera, de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el art. 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del art. 20 del propio CC. Como apunta con gran acierto PÉREZ SILVEIRA, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal “siendo consecuente con el carácter suprallegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel. En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna”.

“En el propio mandato normativo que comentamos, se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos”⁴.

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el art. 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de

⁴ PÉREZ SILVEIRA, M. E.: “Comentarios al artículo 20”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37) (dirigidos por L.B. PÉREZ GALLARDO). La Habana (2013): Félix Varela, pp. 322-323.

la personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (arts. 492 al 495 CC) que como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan ¡Y de qué manera!, con las personas con discapacidad⁵. En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (*vid.* art. 492 CC). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima esta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el art. 495.1 CC, principal efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima⁶.

Algo importante que es dable apuntar y a lo cual ya había aludido ALFARO GUILLÉN en su tesis de doctorado es que “La legitimación para el ejercicio de las acciones impugnatorias motiva interesantes análisis, sobre todo en el entorno de una protección legitimaria de asistencia. En el orden de la legitimación activa, la adición del presupuesto de dependencia económica del causante engrosa sus requisitos porque el preterido deberá demostrar, previo a la prueba de su lesión, su especial condición subjetiva, o sea su condición de heredero especialmente protegido. En este sentido, el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección, será ejercido por el juez, como cuestión preliminar a la estimación de la demanda”⁷. De ahí que, no es de extrañar que en el segundo Considerando de la sentencia, amén de que el recurso sostenido por la especialmente protegida sea declarado SIN

⁵ PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia* (2010-4^o), año XII, núm. 49 (Madrid), pp. 269-294. Y más recientemente en “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (2013), junio, año V, núm. 5 (Buenos Aires), pp. 137-164.

⁶ Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, *vid., per omnia*, ALFARO GUILLÉN, Y.: “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, tesis doctoral inédita (2012): Universidad de La Habana (en biblioteca personal del autor), en concreto, capítulo III.

⁷ ALFARO GUILLÉN, Y., “El régimen jurídico”, cit., p. 85.

LUGAR por cuestiones que después analizaré, la ponente estime su condición de especialmente protegida, lo que supone prueba irrefutable para el proceso que en su día deba establecer a los fines de alcanzar el restablecimiento que la situación de preterición, reconocida en la sentencia de casación, tiene, a saber: el que atañe a la atribución de su legítima, previo ejercicio, con éxito, de la acción de reducción de los legados atribuidos en testamento.

En efecto, en el segundo Considerando de la sentencia el tribunal de casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el art. 493.1 CC, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención, ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacitación de la discapacitada intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del tribunal de casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria, primero la declaración judicial de incapacitación no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se hubiere promovido tal declaración judicial de incapacitación. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En este sentido, el estar declarada judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacitación. A fin de cuentas, el art. 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad promueve que los Estados partes aseguren “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en

que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Salvaguardias y medidas de apoyo que excluyen figuras tradicionales como la tutela y la curatela pues presupone la existencia de ciertas facultades en el sujeto que les permite ejercitar por sí su capacidad bajo el sostén o apoyo de las personas que al efecto establezcan los tribunales, con una revisión judicial periódica de lo dispuesto por los jueces en su momento y no con vocación de permanencia, como acontece en el modelo médico hoy impuesto en sede de incapacitación judicial en Cuba.

3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

El ordenamiento jurídico cubano al parecer ofrece una fórmula demasiado rígida ante la preterición de un especialmente protegido, y lo digo de esa manera porque explicaré por qué no resulta ser así. Según el tenor literal del art. 495.1 CC, de existir especialmente protegidos, se anula la institución de heredero, pero valen los legados que en el testamento se hayan atribuido, en cuanto no excedan de la parte de libre disposición. Es claro que el testador puede disponer libremente de la mitad de todo su patrimonio hereditario, y que la inoficiosidad⁸ de esa disposición opera en lo que exceda de la cuota disponible, ascendente al cincuenta por cien de tal patrimonio. *Ergo*, no hay por qué, en acato al principio de conservación del testamento, impugnar la parte de la que el testador tenía plena facultad dispositiva, en todo caso, cabe, como acción tuitiva de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, a la vez que conforme con el principio del *favor testamenti*, manteniendo incólumes las atribuciones reconducibles a la cuota de libre disposición, ejercitar las acciones que se incluyen dentro de los efectos preliminares de la preterición, entre las cuales cabe citar la de reducción de las liberalidades *mortis causa*⁹. Y en efecto, sobre tal particular versan estas observaciones al fallo. El tribunal de casación ha preferido optar por la acción de reducción de legados, no

⁸ Término que invoca - según apunta FUENMAYOR CHAPIN, A.: “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1948), t. I, fascículo I, enero-marzo, p. 49 -, en materia de donaciones, pero que en este caso cabe extenderlo a los legados, el concepto romano del *officium pietatis*. En Roma, tal término supone un concepto extrajurídico, en buena medida es un concepto filosófico de carácter ético.

⁹ Definida con un alcance más general en la doctrina argentina (al incluirse por supuesto también las donaciones) como aquella “que protege la legítima dirigiéndose contra los legados y donaciones del causante que exceden su porción disponible a fin de reducir el exceso hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante”. *Vid.* FERRER FRANCISCO, A. M.: “Comentarios al artículo 3602”, en AA.VV.: *Código Civil comentado-Sucesiones*, t. II, artículos 3539 a 3874. Buenos Aires (s.f.): Rubinzal Culzoni, p. 165.

reconocida expresamente en el CC, pero sí implícitamente en la fórmula del artículo 495.1 cuando el legislador, deja dicho que “valen los legados [...] en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente”.

En el caso *in commento*, el testador había atribuido los bienes, de los cuales se tenía noticia constituían el caudal hereditario, en sendos legados, sin que en el testamento hubiera establecido un orden de prelación, conforme con el cual, y en respeto a la voluntad del causante como *lex* sucesoria, serían reducidos los legados, al ser más de uno y además al no instituirse heredero alguno. De modo que, en defecto de atribución a título universal, cabría la reducción de todos los legados y no como equívocamente dirigió la pretensión la parte actora, que no ejercitó esta acción, y sí la de nulidad de uno de los legados, aquel por el que se atribuía la vivienda al legatario, teniendo en cuenta la significación jurídica y social de la vivienda en Cuba y su ineludible utilidad para la promovente del proceso, a saber: una mujer declarada judicialmente incapacitada en razón de su discapacidad intelectual, que le lleva al reconocimiento en el orden sucesorio de la condición de legitimaria asistencial. Es lógico que se declare SIN LUGAR la pretensión porque no le es dable a la preterida, de ser repartida toda la “herencia” en legados, según el supuesto reconocido en el art. 499 CC, escoger el legado que quiere anular, dejando subsistente el otro de los legados, a menos que el testador así lo haya dispuesto. En situaciones de preterición, quien resulta lesionada no puede escoger a su antojo la acción que ha de restablecer la situación quebrantada. Tratándose de atribuciones varias de legados, corresponde el ejercicio de la acción de reducción de los legados, previa declaración de la inoficiosidad de éstos, al menos en lo que se exceden de la parte de libre disposición, pero han de ser demandados todos los legatarios (de modo que se impone un litisconsorcio pasivo necesario), de quienes se interesará sean reducidas sus respectivas atribuciones a título de legado, de modo proporcional al valor de cada legado, para que, de tener éxito en la pretensión formulada en la demanda, sean condenados a la entrega de la parte en que se ha excedido el testador, al irrespetar la legítima.

Según ha reiterado en la doctrina española VALLET DE GOYTISOLO, con apoyatura en O'CALLAGHAN, la acción de inoficiosidad, que es catalogada como acción *declarativa*, “exige una *cognitio* previa, en la que se ventilen los problemas de computación y valoración, precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de acción de condena, pues tiene como meta la devolución de la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la ineficacia, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán

invalidados o reducidos”¹⁰, el propio autor se pronuncia –indica VALLET–, de que “[...] procesalmente se trata de una acción personal, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido”¹¹. De ahí el acierto del tribunal de casación en el segundo Considerando *in fine*, de que “la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde”. La acción de reducción de legados tiene un indubitado arraigo doctrinario y no se trata de una improvisación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Su cometido es declarar la ineficacia del legado en lo que se excede de la parte de libre disposición, no la nulidad de este. En dicho exceso, el legado es inoponible frente al legitimario preterido, no le afecta, y por el contrario, este último puede exigir su reducción a la cuota de libre disponibilidad. De ser varios los legados atribuidos, la reducción compete a todos en proporción a su valor. Apunta VALLET que “La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni en cuotas incommixtibles”¹². Se trata – como comenta el maestro –, de una reducción a prorrata¹³. Y a eso se refiere la sentencia de casación

¹⁰ O’CALLAGHAN, citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Los complementos de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1973), vol. I, fascículo I, enero-marzo, p. 107.

Por su parte en la doctrina argentina FERRER F, A. M.: “Comentarios”, cit., p. 166, al comentar el art. 3602 CC de su país, que la regula, la cataloga como una acción de naturaleza resolutoria (lo cual no riñe con ser una acción dirigida a declarar la ineficacia). En tal sentido la califica como una acción personal, a cuyo tenor el legatario ha de devolver el legado, ya adquirido. Y en caso de haberlo enajenado, tiene el legitimario a su favor la acción reipersecutoria, prevista en el art. 3955 del propio CC. Se trata en fin, a su juicio, y con apoyo en un sector de la doctrina de su país, de una acción personal con efectos reipersecutorios. Y precisamente sobre la posibilidad de suprimir los efectos reipersecutorios que la acción de reducción, en materia de donaciones comporta, como también respecto de los legados inoficiosos, un sector de la doctrina científica argentina se ha pronunciado en relación con el proyecto legislativo que propicia su supresión. Sobre el tema y los argumentos en contra del citado proyecto, *vid.* FERRER, F. y NATALE, R.M.: “La proyectada reforma sobre la acción de reducción”, y AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, ambos en *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 177-183 y 184-185, respectivamente.

¹¹ *Idem*.

¹² *Ibidem*, p. 105.

¹³ *Ibidem*. Nos explica de una manera tan gráfica el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Segunda parte. Lima (1998): Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 264, que tal expresión “significa dos sencillas operaciones de cálculo (a) primero debe cuantificarse cuánto es lo que debe integrarse a la legítima; (b) luego, bajo la premisa que, salvo disposición del testador, todos los legatarios deben contribuir al reintegro, se fijan los valores de los respectivos legados dentro de la masa total de legados y

cuando da la solución a la preterida para que ejercite la acción correspondiente, ante quién y cómo proceda, único modo por el cual podrá completar la cuota vacía que el testador no supo, como debía, colmar en su testamento o por otros actos *inter vivos*.

En la propia doctrina patria se ha dicho, siguiendo a FERNÁNDEZ MARTELL, que el éxito en el ejercicio de la acción de reducción de los legados “por el legitimario no engrosa el caudal relicto, pues el resultado de la minoración va a parar directamente en manos de quien ejerció la acción de reducción y sólo deberá practicarse y obtenerse teniendo en cuenta el importe del perjuicio que sufre el accionista legitimario”¹⁴. La reducción ha de entenderse no en un sentido físico del bien atribuido, sino de su valor, motivo por el cual cabe la posibilidad de transacción, a cuyo tenor el legitimario acepte del legatario la compensación de su cuota en dinero¹⁵. Esto por una parte favorece al legatario – me refiero a que la reducción supone la entrega de dinero-, pero pudiera en las condiciones actuales resultar perjudicial al legitimario asistencial, pues los valores en que se avalúan los bienes oficialmente no se corresponden por el momento con el que circulan en el tráfico jurídico, a saber: el valor de mercado (no tasado oficialmente). Así, la legitimaria preterida, solo podría reclamar el valor en lo que exceda de cada uno de los legados atribuidos, pero si se atiende al valor oficial, su cuota legitimaria no será jamás satisfecha, pues operará en su contra un verdadero desequilibrio patrimonial, de difícil solución mientras circulen en el país dos monedas (el CUP y el CUC), con un valor de cambio realmente significativo.

cada uno de los legatarios debe aportar al monto total por reintegrar una cuantía equivalente al valor de sus legados dentro de la masa de legados”.

¹⁴ FERNÁNDEZ MARTELL, J.K.: “La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil”, (inédito).

¹⁵ *Apud* LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho Sucesiones*, cit., II–Segunda parte, p. 264.

La posición de la doctrina argentina parece dividida, así al menos nos indica FERRER, quien abraza esta solución. De todos modos el propio autor admite la posibilidad de detener el ejercicio de la acción “pagando al legitimario en dinero el valor del exceso de la porción disponible [...] con lo cual se asegura la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones”. *Vid.* FERRER, F.A. M., “Comentarios”, cit., p. 173.

Posición disímil se adopta en el caso de enajenaciones realizadas por el legatario, a quienes los herederos le hicieron entrega del legado. En tal supuesto, la enajenación será válida. Al seguir el dictado del art. 3955 CC argentino, se circunscribe la eficacia reivindicatoria de la acción a los inmuebles comprendidos en una donación. Por lo tanto - según sostiene el autor -, quedan excluidos de los bienes legados, precepto que debe ser interpretado restrictivamente. De este modo, concluye en que “El legitimario sólo tendrá derecho a obtener del legatario la restitución del valor del bien en la medida del exceso de la porción disponible” (FERRER, F. A. M., “Comentarios”, cit., p. 174).

Si uno de los legados atribuidos es una vivienda, cuando tenga éxito en la acción de reducción, el legatario quedaría con la vivienda, y con la obligación de pagar la parte en la que se excede (a prorrata con el otro legatario), pero al final tendría derecho a recibir cierta cantidad de dinero en CUP que nunca compensaría el valor que los bienes tienen en CUC (téngase en cuenta que la vivienda se tasa por el Estado en CUP). La propia vivienda podría ser vendida después por el legatario beneficiado en CUC, con un perjuicio económico muy significativo en detrimento de la legitimaria asistencial, cuya preterición a fin de cuentas, le afectó ¡Y de qué manera!, pues con el éxito en la acción de reducción, al menos hoy día, nunca se lograría el equilibrio patrimonial al que con su ejercicio se aspira.

En tal sentido cabría ensayar si resulta más plausible, atribuirle una naturaleza rescisoria, con lo que esta causal de ineficacia supone, o sea, la entrega, en caso de rescisión parcial, de aquello en lo que se excedió el testador, pero *in natura*, conforme con lo regulado en el art. 79 CC, lo que equivaldría a permitir la constitución de cotitularidades sobre los bienes dispuestos a título de legado, entre cada uno de los legatarios, los cuales se rescinden parcialmente, y la legitimaria titular de la acción de reducción, al tener éxito en su ejercicio. Recuérdese que si bien el legislador del CC no regula expresamente la reducción de los legados, sí que lo hace en materia de donaciones, en esta ocasión bajo las riendas de la acción rescisoria (*vid.* art. 378 CC), aplicable por *analogía legis* al supuesto de legados inoficiosos.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO GUILLÉN, Y.: “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, tesis doctoral inédita (2012): Universidad de La Habana.

AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 184-185.

BIALOSTOSKY, S., “Algunos comentarios a la controvertida *querella inofficiosi testamenti*”, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf (fecha de consultada 14.07.2013).

FERNÁNDEZ MARTELL, J.K.: “La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil”, (inédito).

FERRER FRANCISCO, A. M.: “Comentarios al artículo 3602”, en AA.VV.: *Código Civil comentado-Sucesiones*, t. II, artículos 3539 a 3874. Buenos Aires (s.f.): Rubinzal Culzoni.

FERRER, F. y NATALE, R.M.: “La proyectada reforma sobre la acción de reducción”, y AMARANTE, A.A.: “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, *Revista de Derecho de familia y de las personas* (2010), septiembre, Año 2, núm. 8 (Buenos Aires), pp. 177-183.

FUENMAYOR CHAPIN, A.: “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1948), t. I, fascículo I, enero-marzo, pp. 46-77.

LOHMANN LUCA DE TENA, G.: *Derecho de Sucesiones*, tomo II, Segunda parte. Lima (1998): Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos* (2012), julio-septiembre, núm. 45, pp. 52-58.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho de Familia* (2010-4º), año XII, núm. 49 (Madrid), pp. 269-294.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (2013), junio, año V, núm. 5 (Buenos Aires), pp. 137-164.

PÉREZ SILVEIRA, M. E.: “Comentarios al artículo 20”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37) (dirigidos por L.B. PÉREZ GALLARDO). La Habana (2013): Félix Varela.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: “Los complementos de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil* (1973), vol. I, fascículo I, enero-marzo, pp. 3-213.

LA SCELTA DELLA DISCIPLINA APPLICABILE AI C.DD.
“VITALIZI IMPROPRI”.
RIFLESSIONI IN TEMA DI ALEATORIETÀ DELLA RENDITA
VITALIZIA E DI TIPICITÀ E ATIPICITÀ NEI CONTRATTI

DEFINING THE RULES APPLICABLE TO THE ALLEGED
“VITALIZI IMPROPRI”.
HAZARD AND LIFE ANNUITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 157-210.

Fecha entrega: 20/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

GIOVANNI PERLINGIERI
Professore Ordinario di Istituzioni di diritto privato
Seconda Università degli Studi di Napoli

RESUMEN: Il lavoro affronta il problema della disciplina applicabile ai c.dd. “vitalizi impropri”, rifuggendo dal metodo tipologico e da astratte e rigide classificazioni poco sensibili all’analisi del concreto regolamento di interessi perseguito dall’atto di autonomia. La riflessione si propone, altresì, di superare alcuni luoghi comuni come, ad esempio, l’utilità delle teorie dell’assorbimento e della combinazione, in caso di contratti misti, e la necessaria o essenziale *fungibilità*, *periodicità* e *aleatorietà* della rendita vitalizia tipica.

PALABRAS CLAVE: rendita vitalizia, “vitalizi impropri”, aleatorietà, tipicità e atipicità, disciplina applicabile.

ABSTRACT: The essay stems from the current efforts in defining the rules applicable to the alleged “vitalizi impropri”. The aims are to distance from dogmas and conceptual classifications that are blind to the concrete interests at stake and, as consequence, to debunk some common fallacies (i.e., the utility of traditional theories about mixed contracts; the idea of fungibility, periodicity and hazard as essential parts of typical life annuity).

KEY WORDS: life annuity, “vitalizi impropri”, hazard, contract classifications, rules applicable.

SUMARIO: I. L'INQUADRAMENTO NORMATIVO DEI C.DD. "VITALIZI IMPROPRI" E L'INUTILITÀ DEL METODO TIPOLOGICO AI FINI DELLA SCELTA DELLA DISCIPLINA APPLICABILE. RINVIO. – II. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE LA *RATIO* DELL'ART. 1878 C.C. AL FINE DI VALUTARNE L'APPLICABILITÀ AD UN ATTO DI AUTONOMIA. – III. INTERESSI DELLE PARTI E MODULAZIONE DELLA REGOLA APPLICABILE AL "VITALIZIO IMPROPRIO". – IV. *SEGUE*. L'IMPORTANZA DEL CASO CONCRETO, I RISCHI DEL METODO TIPOLOGICO E LA SCELTA DEL "GIUSTO RIMEDIO". – V. IMPOSSIBILITÀ DI CONFIGURARE IL "VITALIZIO IMPROPRIO" COME CATEGORIA UNITARIA. – VI. I REQUISITI STRUTTURALI DELLA RENDITA VITALIZIA TIPICA. IN PARTICOLARE, LA FUNGIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE. – VII. *SEGUE*. ALEA DEL CONTRATTO E CONTROLLO DI MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI PERSEGUITI. – VIII. CONCLUSIONI.

I. L'INQUADRAMENTO NORMATIVO DEI C.DD. "VITALIZI IMPROPRI" E L'INUTILITÀ DEL METODO TIPOLOGICO AI FINI DELLA SCELTA DELLA DISCIPLINA APPLICABILE. RINVIO.

Con riferimento ai *vitalizi alimentari, assistenziali*, al contratto di *mantenimento*, la dottrina e la giurisprudenza si affannano da tempo a stabilire se queste forme negoziali siano tipiche o atipiche, ovvero siano dentro o fuori dallo schema codicistico della rendita vitalizia. Ciò al fine di risolvere il problema, ad esempio, dell'applicabilità ai vitalizi impropri della norma speciale prevista dall'art. 1878 c.c. (in tema di rendita vitalizia) che stabilisce che, in caso di inadempimento della prestazione, il creditore della rendita non può domandare la risoluzione del contratto secondo la disciplina generale (art. 1453 c.c.), ma può soltanto far sequestrare e vendere i beni del debitore al fine di soddisfare, anche per equivalente, il suo interesse.

Al riguardo alcuni sostengono che i vitalizi impropri (*tout court*) sono mere sottospecie della rendita vitalizia (e, di conseguenza, la norma speciale dell'art. 1878 c.c. sarebbe ad essi applicabile), altri affermano che tali fattispecie, al contrario, sono da considerare contratti atipici (ai quali, pertanto, non sarebbe applicabile l'art. 1878 c.c., bensì la regola generale *ex* art. 1453 c.c. sull'azione di risoluzione). C'è poi chi complica le cose richiamando il concetto di "tipicità sociale" (utile soltanto a ricordare all'interprete l'esistenza di contratti non disciplinati dalla legge ma comunque diffusi nella prassi), al fine di sostenere che, sia pure atipici, i vitalizi impropri

dovrebbero comunque essere sottoposti alle medesime regole della rendita vitalizia¹.

I fautori dell’atipicità dei vitalizi impropri pongono l’accento sull’*infungibilità* della prestazione e sulla natura *intuitus personae* dell’obbligazione di fare²,

* Lo scritto, con l’aggiunta delle note bibliografiche, riproduce la relazione tenuta il 10 marzo 2014 in occasione del Convegno, in tema di “I “vitalizi impropri” tra tipicità e atipicità”, organizzato dal Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Napoli, Torre Annunziata e Nola in occasione della pubblicazione del volume di QUADRI, R.: *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli (2012) che ha inaugurato la collana dei quaderni della rivista *Il Foro Napoletano*. Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Lucio Valerio Moscarini*.

¹ Sul punto, cfr. le riflessioni di AULETTA, T.A.: *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano (1984), p. 200 ss.; nonché di BONILINI, G.: *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, *Contratti* (2000), p. 871 ss.

² CARIOTA FERRARA, L.: “In tema di “contratto di mantenimento””, *Giur. compl. Cass. civ.* (1951), III, p. 55; TORRENTE, A.: “Della rendita perpetua e della rendita vitalizia”, *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma (1966), p. 77 s.; LENER, A.: “Vitalizio”, *Noviss. dig. it.*, XX, (1975), p. 1020; CALÒ, E.: “Contratto di mantenimento e proprietà temporanea” (nota a Cass., 11 novembre 1988, n. 6083), *Foro it.* (1989), I, c. 1165; COSTANZA, M.: “Contratti atipici: validità, elasticità del tipo, disciplina applicabile”, *Corr. giur.* (1992), p. 896; MACIOCE, F.: “Rendita (dir. civ.)”, *Enc. giur.* Treccani, XXVI (1991), p. 10; SANFILIPPO, C.: “Autonomia contrattuale e tutela dell’anziano”, *Rass. dir. civ.* (1990), p. 100 ss.; TROJANI, P.L.: “Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare”, *Vita not.* (1992), p. 1437 ss.; PERFETTI, U.: “Contratto innominato di mantenimento e divieto di risoluzione ex art. 1878 cod. civ.”, *Dir. giur.*, 1978, p. 518 ss.; GORGONI, M.: *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino (2005), p. 259 ss.; BONILINI, G.: “Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare”, *Contratti* (1999), p. 133; PALAZZO, A.: *Istituti alternativi al testamento*, *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli (2003), p. 155 ss.; DE ROSA, R.: “L’obbligazione di mantenimento e le sue fonti”, *Rass. dir. civ.* (2004), p. 60 ss.; ZANA, M.: “Contrattualizzazione dell’assistenza”, *Famiglia* (2005), p. 91 ss.; CALVO, R.: *Contratti e mercato*, Torino (2011), p. 475 ss.; ID., “I vincoli derivanti dalle rendite”, in ID. e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno P. ed Gabrielli, E., Torino (2014), p. 296 ss., il quale sul presupposto dell’atipicità sembra sottrarre i “vitalizi impropri” anche alla sfera di competenza dell’art. 1350, n. 10, c.c. salvo non abbiano ad oggetto diritti immobiliari (in quest’ultimo caso l’onere della forma sarebbe già richiesto dall’art. 1350, n. 1, c.c.). Anche questa prospettiva, come vedremo, non sembra condivisibile poiché l’obbligo della forma scritta non dipende dalla tipicità o dalla atipicità del negozio ma dagli interessi che le prescrizioni di forma tutelano, sí che non sembra potersi escludere *a priori* l’applicazione dell’art. 1350, n. 10, c.c. ai vitalizi impropri sia per la particolare rilevanza degli interessi coinvolti, sia per la necessità di una formalizzazione e di una più attenta ponderazione della volontà, in particolare espressa dal vitaliziato. Nella medesima direzione, insiste sulla variabilità della prestazione in ragione dei bisogni del beneficiario VALSECCHI, E.: “Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria”, *Arch. giur.* (1959), CLVII, 1-2, p. 191 ss. In giurisprudenza, cfr., tra le tante, Cass., 15 febbraio 1983, n. 1166, *Foro it.*, 1983, I, c. 933; Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, *Riv. not.*, 1991, p. 174; Cass., 30 gennaio 1992, n. 1019, *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 822 ss.; Cass., 7 febbraio 1992, n. 1401, *ivi*, 1993, I, 1, p. 1784; Cass., 19 febbraio 1996, n. 1280, *Foro it.*, 1996, I, c. 1241; Cass., 9 ottobre 1996, n. 8825, *ivi*, 1997, I, c. 2227; *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3143; Cass., 13 giugno 1997, n. 5342, *Notariato*, 1998, p. 235, con nota di PERSEO, M.: *Risoluzione del contratto di mantenimento*; Cass., 8 settembre 1998, n. 8854, *Contratti*, 1999, p. 131 ss., con nota

confondendo le prestazioni di fare con le prestazioni infungibili e dimenticando che la fungibilità non è una qualità presumibile *a priori* ma dipende dal concreto assetto degli interessi in gioco³.

Al contrario, i fautori dei vitalizi impropri quali sottospecie (o sottotipo) della rendita vitalizi⁴, sminuiscono eccessivamente le peculiarità funzionali e gli interessi in concreto coinvolti dalla singola operazione.

L'importanza di analizzare sempre il concreto assetto di interessi emerge con un esempio. Se è stabilito dalle parti che gli alimenti devono prestarsi in denaro (oppure che, in caso di inadempimento, il vitalizante può liberarsi dall'obbligo di prestare il mantenimento in natura versando al vitaliziato una somma di denaro), come si qualifica il contratto? Rendita vitalizia o vitalizio improprio?

Al riguardo v'è chi afferma che, anche se gli alimenti sono dovuti in danaro, "la soluzione dell'assimilazione" alla disciplina della rendita vitalizia è da respingere "poiché oggetto della prestazione del vitalizante sono sempre i

di BONILINI, G.: "Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare"; *Giur. it.*, 1999, I, c. 726, con nota di SENIGAGLIA, R.: "Il vitalizio alimentare e il divieto di risoluzione ex art. 1878 c.c."; Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, *Studium iuris*, 2000, p. 1136; Cass., 29 maggio 2000, n. 7033, *Contratti*, 2000, p. 869 ss., con nota di ID., "Ancóra in tema di vitalizio assistenziale"; Cass., 24 giugno 2009, n. 14796, *Foro it.*, 2010, I, c. 510; *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 177, con nota di NATALI, A.I.: "Nuovi tasselli per la disciplina del vitalizio alimentare"; Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, *Giust. civ.*, 2011, 10, I, p. 2279; Cass., 14 giugno 2012, n. 9764, *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 782; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, *Guida dir.*, 2013, p. 64; nonché Cass., 14 novembre 2013, n. 25596, *Dir. giust.* Online, 2013. Nella medesima direzione, per la giurisprudenza di merito, cfr., di recente, Trib. Torre Annunziata, 26 aprile 2011, *Foro nap.*, 2012, p. 231, con nota di SCOTTI, R.: "La mancanza dell'alea, nel contratto atipico di vitalizio alimentare o assistenziale, può ravvisarsi nello squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni? Il grave inadempimento del vitalizzante comporta la risoluzione contrattuale?", ove si pone l'accento sull'*infungibilità* della prestazione e sulla natura *intuitus personae* dell'obbligazione di fare, e Trib. Lucca, 10 gennaio 2014, n. 38, *Dejure* online, che considera il vitalizio alimentare "contratto autonomo e distinto da quello nominato di rendita vitalizia", pur equiparando le due fattispecie quanto ad aleatorietà.

³ Per questa via, QUADRI, R.: *Rendita vitalizia e tipicità del contratto*, Napoli (2012), p. 119 ss., spec. p. 129 ss.

⁴ Il vitalizio alimentare costituisce "una sottospecie del vitalizio oneroso, ai cui principi generali, pertanto, deve pur sempre essere ricondotto": ANDREOLI, M.: *La rendita vitalizia*, *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino (1958), p. 47 s. In linea, MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni*, *Comm. cod. civ.* redatto a cura di magistrati e docenti, *Libro IV, Delle obbligazioni*, a cura di Miccio R. e Mirabelli G., IV, Torino (1959), p. 249; e LUMINOSO, A.: "Vitalizio alimentare e clausole risolutive per inadempimento", *Riv. dir. civ.* (1966), p. 482. Nello stesso senso, sotto la vigenza del Codice civile del 1865, BUTERA, A., *Del contratto vitalizio*, Torino (1935), p. 271. In giurisprudenza, Cass., 24 ottobre 1978, n. 4801, *Giust. civ.* (1979), p. 493.

mezzi di vita [...] e non una comune prestazione pecuniaria”⁵. Credo che questa affermazione non solo non tenga conto del concreto assetto di interessi, ma confonde la natura della prestazione (che può essere in danaro) con l’interesse, anche non patrimoniale, che quella determinata prestazione soddisfa⁶.

Ai fini della scelta della disciplina applicabile, nessuna delle prospettive indicate risulta condivisibile⁷. Tutte articolano il ragionamento secondo un metodo da superare, quello tipologico e della sussunzione, che si limita a inquadrare e incasellare fattispecie senza analizzare e valutare gli interessi perseguiti e le peculiarità del caso concreto, con conseguenti forzature e distorsioni⁸. Sarebbe opportuno, piuttosto, analizzare la *ratio* delle singole

⁵ AULETTA, T.A.: *Alimenti e solidarietà*, cit., p. 202. Addirittura, poi, vi è autorevole dottrina che afferma che, qualora il vitalizio assistenziale si concretizzi in una prestazione di danaro (o altra cosa fungibile), pur diretta al soddisfacimento di bisogni alimentari ma determinata *a priori* secondo parametri certi e preventivamente fissati (sí che l’alea sarebbe limitata, come nella rendita tipica, soltanto alla durata della vita e non anche dai bisogni volubili del beneficiario), ci si troverebbe non piú di fronte ad una *sottospecie* di rendita ma di fronte ad una rendita tipica, avente ad oggetto una somma di danaro o altra cosa fungibile. Cfr. MARINI, A.: “La rendita perpetua e la rendita vitalizia”, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, VIII, Torino (1985), p. 35; VALSECCHI, E.: *Natura giuridica e fondi della rendita*, cit., p. 193.

⁶ Richiama l’attenzione sull’importanza della distinzione già GIORGIANNI, M.: *L’obbligazione*, Milano (1968), spec. p. 58 ss., nel suo studio sui caratteri fisionomici del rapporto obbligatorio. Questo anche l’insegnamento di BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, Milano (1953), spec. p. 54 ss.

⁷ DATILO, G.: “Rendita (dir. priv.)”, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano (1988), p. 873, afferma che “il problema non dovrebbe essere impostato nel senso della sussumibilità o no del negozio sotto il tipo contrattuale oneroso di rendita vitalizia al fine di applicarne in blocco la disciplina, quanto, piuttosto, di individuare quest’ultima in relazione alla concreta sistemazione degli interessi”.

⁸ Ribadisce, anche di recente, che “[n]on si sussume, si valuta sempre”, PERLINGIERI, P.: “Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili”, in *Rass. dir. civ.* (2014), p. 786. L’abbandono delle logiche dogmatiche e il riconoscimento della continua tensione tra fatto e norma [ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli (2006), *passim*, spec. pp. 566 ss. e 597 s., e ID. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli (2004), p. 61] consentono di ricostruire il regolamento del caso concreto attingendo dall’intero sistema ordinamentale, inteso nella sua complessità. In questa direzione, non si ravvisano impedimenti rispetto all’idea di applicare le medesime regole a contratto e testamento, atteso che, a dispetto delle particolarità strutturali, possono assumere “medesime funzioni e medesimi effetti” [PERLINGIERI, G.: “La previsione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento”, in corso di pubblicazione; ID., “Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia negoziale”, *Dir. succ. fam.* (2015), in corso di pubblicazione]. In merito all’applicabilità delle norme sull’invalidità dei contratti all’atto di revoca delle disposizioni testamentarie v. ID., “La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva”, *Rass. dir. civ.* (2013), spec. p. 762 ss.: i criteri di compatibilità, adeguatezza e congruenza “non consentono al giurista di

disposizioni in tema di rendita vitalizia per verificare se ciascuna, pur appartenendo a un gruppo di norme pensate per un astratto contratto, possa comunque risultare *compatibile* e *adeguata*⁹ a soddisfare gli interessi in concreto perseguiti dalle parti (creditore e debitore) e sottesi al regolamento negoziale.

Che questa sia la strada corretta trova conferma non soltanto in un approccio funzionale e nel concetto di causa concreta, ma anche nella circostanza che tanto i fautori della tipicità, quanto i difensori dell'atipicità dei vitalizi

rimanere ingessato nella distinzione tra atto *inter vivos* e *mortis causa* e tra atto unilaterale e bilaterale, ma, al contrario, di individuare la disciplina applicabile non già tramite astratte e acritiche trasposizioni normative tratte dal diritto contrattuale, bensì attraverso un attento esame delle singole e specifiche peculiarità che presentano le diverse fattispecie concrete. La scelta della normativa applicabile alla revocazione testamentaria deve prescindere sia da profili meramente strutturali, sia dal *nomen iuris* [...], sia dalla natura *inter vivos* o *mortis causa* dell'atto in esame [...] ma deve dipendere dalla sussistenza nell'atto in oggetto del medesimo interesse sostanziale protetto”.

Le forzature del metodo tipologico si rinvencono anche sotto altri profili che prescindono dal tema della disciplina applicabile per toccare, ad esempio, il problema del “numero delle cause in senso materiale” che “non è chiuso (...) per vero, né per quanto concerne il negozio ad effetti obbligatori, né per quanto concerne il negozio ad effetti reali”. Si è rilevato, infatti, che “[o]ccorre che o direttamente (negozio tipico) o indirettamente (negozio atipico o innominato) il diritto riconosca che la fattispecie singola risponde ad un interesse degno di tutela, secondo una valutazione economico-sociale, per sua natura variabile nei diversi momenti storici e nelle diverse società. Ciò non vuol dire però che, come spesso si afferma, il numero di cause, intese in senso materiale, cioè come l'intento economico-giuridico del negozio, sia un numero chiuso. È, naturalmente, chiuso il numero delle cause riconosciute in via specifica (negozio tipico), ma non può esserlo quello delle cause riconosciute in via generica, e cade nell'eccesso opposto la dottrina che pretende che i contratti innominati debbano ricondursi tutti alle cause riconosciute tipicamente, o a combinazioni di esse, così come sembra un eccesso dire che, dal punto di vista materiale, cioè del contenuto del contratto, il principio della libertà contrattuale è mera illusione”. Così GRASSETTI, C.: “Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico”, estratto da *Studi Economico-Giuridici della R. Università di Cagliari*, Anno XXIV, Milano (1936), pp. 34 e 9, il quale, distinguendo, ad esempio, il problema del *numerus clausus* dei diritti reali dal problema del *numerus clausus* dei negozi ad effetti reali, chiarisce che “può rientrare nell'ambito della privata autonomia il negozio ad effetti obbligatori che non corrisponde ad alcuno schema causale tipico. Per identità di ragioni, può rientrare nell'ambito della autonomia privata anche un negozio ad effetto reale che realizzi un intento economico-sociale atipico, cioè non corrispondente ad un dato schema legislativamente fissato in via specifica” (p. 31).

⁹ Sulla differenza tra i criteri di *compatibilità* e *adeguatezza* (o *congruenza*) ai fini della scelta della disciplina applicabile ai negozi si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi”, *Rass. dir. civ.* (2008), p. 190 ss., ove si esclude l'applicabilità della revocazione delle donazioni per causa di ingratitudine (art. 801 c.c.) e per sopravvenienza di figli (art. 803 c.c.) al patto di famiglia nonostante la sua natura di liberalità non donativa. Ulteriori risvolti applicativi del metodo sono descritti in ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli (2013), *passim*, spec. pp. 85 s. e 118 ss.

impropri utilizzano il requisito dell'*alea* per sostenere la propria tesi¹⁰. Infatti, partendo dal presupposto secondo il quale nei vitalizi impropri l'*alea* sarebbe doppia (perché dovuta non soltanto alla incerta durata della vita del vitaliziato, ma anche all'incertezza circa il contenuto della prestazione del vitalizzante, la quale dipende, di regola, dai bisogni personali del creditore)¹¹, i fautori dell'atipicità sostengono che questo è un elemento di differenziazione rispetto alla rendita vitalizia. Viceversa, i sostenitori della tipicità evidenziano che la doppia *alea* rappresenta una ulteriore conferma della tipicità dei vitalizi impropri (poiché l'*alea* è requisito essenziale della rendita); in altre parole, affermano che, se l'*alea* è un requisito essenziale della rendita, il fatto che i vitalizi impropri ne abbiano una doppia è un'ulteriore conferma della loro tipicità. Questo modo di ragionare è non soltanto contorto ma anche fallace, sia perché uno stesso aspetto è utilizzato per provare soluzioni opposte, sia perché, come vedremo, è tutto da dimostrare, nonostante la giurisprudenza e la dottrina ormai lo diano per scontato¹², che l'*alea* sia un requisito essenziale della rendita.

Le linee argomentative solitamente seguite sono di impronta puramente sillogistica. Infatti, considerare i vitalizi alimentari, assistenziali o di mantenimento delle *sottospecie*, poiché anch'esse caratterizzate dall'aleatorietà (si è detto, per la durata incerta della vita del vitaliziato e, *a fortiori*, per la variabilità e la discontinuità delle prestazioni in rapporto al suo stato di bisogno e di salute) vuol dire affermare che: – poiché (premessa maggiore) *nella rendita vitalizia non opera la risoluzione ex art. 1878*; – e (premessa minore) *i vitalizi impropri sono sottospecie* (nel senso che fanno parte della categoria) *della rendita* (anzi, se vogliamo, ne accentuano alcune caratteristiche come l'*alea*); – di conseguenza (soluzione) *nei vitalizi alimentari, assistenziali o di mantenimento non può operare la risoluzione per inadempimento*. In direzione opposta, sempre la sussunzione induce a sostenere che i vitalizi alimentari, assistenziali o di mantenimento siano dei vitalizi impropri, ossia non delle sottospecie della rendita vitalizia, ma dei contratti atipici e, in quanto tali, non sottoposti alle medesime regole della rendita vitalizia.

Non può condividersi questo modo di argomentare.

¹⁰ V. *infra* § 7.

¹¹ Cass., 12 febbraio 1998, n. 1502, *Riv. not.*, 1998, p. 986: sebbene il contratto di mantenimento sia “un contratto atipico sottratto all'applicazione dell'art. 1878 cod. civ., è altrettanto vero che in tale contratto l'*alea*, lungi dal venir meno o dall'attenuarsi, resta fortemente connaturata ad esso e, anzi, si correla ad un duplice fattore di incertezza: la durata della vita del vitaliziato e la variabilità e discontinuità delle prestazioni in rapporto allo stato di bisogno e di salute del vitaliziato stesso”.

¹² Per riferimenti v. *infra* note 85 e 86.

Come evidenziato anche in altre sedi¹³, il sillogismo aristotelico, pur logicamente inconfutabile, nulla chiarisce in merito alla bontà, alla verità e al fondamento delle premesse e delle soluzioni. Così, se è ineccepibile il ragionamento secondo il quale *tutti gli uomini sono mortali* (premessa maggiore), *Socrate è un uomo* (premessa minore), quindi *Socrate è mortale* (soluzione come conclusione del sillogismo), lo è altrettanto rilevare che *tutti gli uomini sono polli* (premessa maggiore), *Socrate è un uomo* (premessa minore), dunque *Socrate è un pollo* (soluzione)¹⁴. La logica da sola non consente di individuare la soluzione adeguata o di sindacare il fondamento e la ragionevolezza delle decisioni. In ambito piú strettamente giuridico, si pensi a chi, ragionando per concetti e per categorie, esclude *a priori* la possibilità di convalidare le nullità di protezione¹⁵ sulla base di un mero sillogismo logico-razionale, affermando che poiché (premessa maggiore) *la nullità non è convalidabile* (arg. art. 1423 c.c.) e *la nullità di protezione fa parte della categoria della nullità* (premessa minore) di conseguenza *la nullità di protezione non è convalidabile* (soluzione).

Lo stesso Cartesio, nel *Discorso sul metodo*, a proposito del sillogismo ‘*Cogito ergo sum*’ [che si esplica in una premessa maggiore (*per pensare è necessario essere*), una premessa minore (*io penso – cogito*) e una soluzione (*dunque io sono – ergo sum*)] non esitava ad osservare che la logica da sola non basta, sia perché “contiene alcuni precetti [...] dannosi o superflui che costituiscono, piú che un aiuto, un impedimento per la ragione, la quale si affida alla forza dimostrativa della forma sillogistica invece di operare in modo autonomo le proprie inferenze”, sia perché il sillogismo serve “piuttosto che ad apprendere, a spiegare agli altri le cose che già si conoscono, o addirittura, come nell’arte di Lullo, a parlare senza giudizio di quelle che si ignorano”¹⁶. A sua volta Perelman rilevava che è insufficiente in diritto “un ragionamento puramente formale che si limiti a controllare la correttezza delle inferenze, senza dare alcun giudizio sul valore della conclusione”¹⁷.

Da questi insegnamenti emerge che il sillogismo e la sussunzione sono sempre pericolosi e devono, specialmente nella scienza giuridica, essere temperati da un controllo di ragionevolezza, da una valutazione funzionale ed assiologica delle premesse del ragionamento e delle soluzioni

¹³ PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli (2011), p. 36 s.

¹⁴ PERLINGIERI P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive*, cit., p. 172 ss.

¹⁵ In questo senso, tra gli altri, PASSAGNOLI, G.: *Nullità speciali*, Milano (1965), p. 189 ss.; GENTILI, A.: “Le invalidità”, in GABRIELLI E. (a cura di): *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, Torino (2006), p. 1593; e PUCCINI, L.: *Studi sulla nullità relativa*, Milano (1967), p. 163. In senso critico PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 36 ss.

¹⁶ DESCARTES, R.: *Discorso del metodo*, Milano (2011), pp. 6 ss., 28, 89, nota 13.

¹⁷ PERELMAN, C.: *Logica giuridica nuova retorica*, Milano (1979).

raggiunte¹⁸. La scienza giuridica non è meramente dimostrativa, né basata su un concetto ristretto di razionalità fondato su argomenti esclusivamente deduttivi. Il giurista non può fermarsi alla logica e al sillogismo ma deve sempre valutare il fondamento delle premesse, la coerenza, la legittimità, la meritevolezza delle soluzioni proposte attraverso il ricorso ai principi ed ai valori normativi che fondano il sistema giuridico vigente.

II. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE LA *RATIO* DELL'ART. 1878 C.C. AL FINE DI VALUTARNE L'APPLICABILITÀ AD UN ATTO DI AUTONOMIA.

In questa prospettiva occorre prima di tutto analizzare la *ratio* dell'art. 1878 c.c. per comprendere perché il legislatore ha previsto in caso di inadempimento della rendita vitalizia un divieto di risoluzione secondo la regola generale *ex art.* 1453 c.c.¹⁹. Soltanto dopo sarà possibile valutare se il divieto di risoluzione e il rimedio stabilito dall'art. 1878 c.c. siano o no applicabili ai vitalizi impropri.

L'art. 1878 non è una prescrizione introdotta nel codice civile perché la rendita tipica ha ad oggetto prestazioni fungibili (sí che se la prestazione è infungibile la disposizione è inapplicabile), ma è una norma finalizzata, similmente alla prescrizione di forma *ex art.* 1350, n. 10, c.c.²⁰, a

¹⁸ Sui pericoli del dogmatismo e del “positivismo della sussunzione”, diffusamente PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*, spec. pp. 91 ss. e 570 ss.; ID., “Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa”, *Dir. giur.* (1975), p. 826 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi*, Napoli (1989), p. 29 ss.; e RIZZO, V.: *Interpretazione del contratto e relatività delle sue regole*, Napoli (1985), p. 132 ss.

¹⁹ Si interroga sulla funzione della previsione e illustra i principali orientamenti giurisprudenziali in merito QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 145 ss.

²⁰ Invece, la dottrina fautrice dell'atipicità sottrarre i “vitalizi impropri” anche alla sfera di competenza dell'art. 1350, n. 10, c.c. salvo non abbiano ad oggetto diritti immobiliari (in quest'ultimo caso l'onere della forma sarebbe già richiesto dall'art. 1350, n. 1, c.c.). Così, tra gli altri, CALVO, R.: *I vincoli derivanti dalle rendite*, cit., p. 298. Anche questa prospettiva non sembra condivisibile poiché l'imposizione dell'obbligo della forma scritta non dipende dalla tipicità o dalla atipicità di un negozio ma dagli interessi che le prescrizioni di forma tutelano [PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli (1987), *passim*], sí che non sembra potersi escludere l'applicazione dell'art. 1350, n. 10, c.c. anche ai c.d. “vitalizi impropri”. Ciò per la rilevanza degli interessi coinvolti e per la necessità di assicurare una formalizzazione del rapporto e una più attenta ponderazione della dichiarazione di volontà, in particolare espressa dal vitaliziato. Del resto non si deve dimenticare che gli impegni assunti mediante, ad esempio, un vitalizio “assistenziale” hanno non poca rilevanza, tant'è che una loro violazione, sia pure modesta, da parte dell'obbligato, potrebbe procurare un grave pregiudizio all'incolumità fisica del creditore.

contemperare gli interessi del vitaliziato e del vitalizante e ad evitare possibili abusi, storicamente accertati già nel Medioevo²¹.

Infatti, in caso di inadempimento, il divieto di risoluzione, con la possibilità di chiedere soltanto il sequestro e la vendita dei beni del debitore (art. 1878 c.c.), non è stabilito perché il vitaliziato, per difficoltà connesse a età o salute, sarebbe incapace di amministrare i beni recuperati con l'eventuale azione di risoluzione²² (questa presunzione di incapacità non trova necessariamente riscontro nella realtà), né perché, come affermano le Sezioni unite, sarebbe difficile, se non impossibile, configurare in un contratto di durata un inadempimento grave²³. Infatti, da un lato, l'art. 1877 c.c. (che stabilisce, in caso di contratto oneroso, la risoluzione nell'ipotesi di omessa prestazione o diminuzione delle garanzie promesse) rappresenta un chiaro esempio di inadempimento grave in un contratto di durata ed è una norma che ha la funzione di conservare la rendita in ragione della sua funzione, di regola, previdenziale; dall'altro, come rileva parte della giurisprudenza²⁴, in un vitalizio assistenziale si può configurare un grave inadempimento anche se gli alimenti o le cure mediche non sono state eseguite per breve tempo. Non sembra di poter rinvenire il fondamento dell'art. 1878 neppure nell'impossibilità tecnica di ragguagliare la rendita a una somma capitale, che appare smentita dalla prassi assicurativa e dalla legge (artt. 580 e 1925 c.c. e art. 60 l. fall.).

²¹ Sulla costruzione dell'intera disciplina della rendita vitalizia al fine di arginare ogni forma di abuso v. SOFFIETTI, I.: "Rendita vitalizia (dir. interm.)", *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 849 ss.

²² Lo rileva anche Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.

²³ Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.: "Si deve [...] ritenere che il legislatore abbia introdotto nel codice civile la norma dell'art. 1878 sul presupposto che l'inadempimento dell'obbligazione di dare [...] non sia tanto grave da turbare l'equilibrio contrattuale e da ledere l'altrui interesse, il quale è rivolto all'intero rapporto, come risulta dall'art. 1877, il quale prevede la risoluzione del contratto in un caso in cui l'inadempimento del vitalizante (omessa prestazione delle garanzie promesse o diminuzione delle stesse) metta in pericolo l'intero rapporto giuridico. Questa scarsa importanza dell'inadempimento non si riscontra però nel vitalizio alimentare, perché la mancata corresponsione, anche per un breve periodo, delle prestazioni fungibili (vitto, vestiario e alloggio) priva il creditore del minimo indispensabile per la sopravvivenza". Cfr. anche Cass., 18 marzo 1958, n. 905, *Foro pad.*, 1958, I, p. 1155; e Cass., 28 gennaio 1966, n. 330, *Foro it.*, 1966, I, c. 1787.

²⁴ Cass., 16 febbraio 2004, n. 2940, *Foro it.*, 2005, I, c. 212, considera grave inadempimento il comportamento dell'obbligato, che, dopo aver assistito la beneficiaria per cinque anni nel proprio appartamento (come da contratto), l'aveva poi fatta ricoverare, perché non più autosufficiente, alcuni mesi prima del suo decesso. Sulla necessità che l'inadempimento sia valutato anche alla stregua dell'art. 1455 c.c., considerata la funzione perseguita con il contratto di vitalizio assistenziale, Cass., 27 dicembre 2004, n. 24014, *Contratti*, 2005, p. 705; e Trib. Torre Annunziata, 26 aprile 2011, cit., p. 233. V. anche Trib. Cagliari, 29 febbraio 1996, *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 114, ove viene ritenuto valido il vitalizio anche se il vitalizante è fisicamente distante dal luogo dell'adempimento.

In realtà, il divieto di risoluzione per inadempimento nella rendita vitalizia è previsto per una pluralità di ragioni, anche storiche, comunque pienamente riscontrabili nei vitalizi impropri. In particolare, la previsione elimina in radice il rischio di usura – evitando che dietro il contratto di rendita si celi la dazione a mutuo di un capitale che, come tale, deve essere restituito –, di ingiusto profitto e abuso del vitaliziato, che si possono verificare specialmente qualora sia trascorso un significativo lasso di tempo tra la conclusione del contratto e l’inadempimento.

Nell’ipotesi di inadempimento, infatti, con la risoluzione del contratto il creditore-vitaliziato, oltre ad ottenere la restituzione del capitale o dell’immobile ceduti per la costituzione della rendita, si gioverebbe anche delle prestazioni già ricevute. Ciò a causa dell’irretroattività della risoluzione nei contratti di durata con riferimento alle prestazioni già eseguite (art. 1458 c.c.)²⁵ che trasformerebbe una prestazione incerta in una prestazione certa. Si pensi a un vitaliziato ottantenne che aliena un bene di un miliardo in cambio di rate annuali di centomila euro: sarebbe sufficiente un grave inadempimento del debitore per chiedere la risoluzione, con l’effetto di consentire al creditore sia di trattenere le rate già percepite (vista la natura della rendita quale contratto di durata), sia di ottenere la restituzione del bene.

La norma serve anche alla miglior tutela del vitaliziato, il quale ha già alienato un bene e ha interesse all’ottenimento della controprestazione. In altre parole, tramite il sequestro e la vendita (*ex art. 1878 c.c.*) è garantita la funzione previdenziale o assistenziale del vitalizio²⁶, poiché si assicura al creditore-vitaliziato, in caso di inadempimento, l’ottenimento di quel bene della vita che soddisfa il proprio interesse. In questo modo si evita che il creditore sia dannosamente privato, tramite la risoluzione, dei necessari mezzi di sussistenza. Questo sarebbe anche alla base della diversa disciplina dell’art. 1877 c.c., che ammette la risoluzione se il debitore non fornisce o diminuisce le garanzie promesse.

Del resto, lo stesso discorso vale per il riscatto. Se il sequestro e la vendita (e il divieto di risoluzione) sono previsti, come afferma autorevole dottrina, “sia per assicurare al vitaliziato la continuità della rendita vitalizia, sia per evitare

²⁵ In dottrina, infatti, “non sussistono dubbi sulla non estensione dell’effetto risolutorio alle prestazioni già eseguite, a norma dell’art. 1458 c.c.”: DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 881. Su questa posizione, VALSECCHI, E.: *Natura giuridica e fonti della rendita fondiaria*, cit., p. 234.

²⁶ Sulla necessità che il lucro incerto, proprio dei contratti aleatori, si accompagni sempre con altre funzioni, socialmente apprezzabili, come la causa indennitaria, la funzione previdenziale, la funzione solidaristica, di promozione dello sport, ricreativa, *etc.*, v. CORRIAS, P.: “I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori”, in MAFFEIS D. (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano (2014), p. 186 s.

che questi possa approfittare dell'inadempimento del debitore per riacquistare il bene trasferito, arricchendosi delle rate già ricevute che sarebbero sottratte agli effetti della risoluzione", così il riscatto è escluso, *ex art. 1879 c.c.*, "per evitare che la costituzione di rendita vitalizia, prevista con finalità previdenziale, possa essere trasformata in uno strumento di speculazione a danno del vitalizante"²⁷.

La prova di ciò sta nella circostanza che, se il divieto di risoluzione per inadempimento "dovesse essere una conseguenza del carattere aleatorio, la norma dovrebbe essere inderogabile e dovrebbe applicarsi a tutti i contratti aleatori"²⁸. Viceversa, non solo esistono alcuni contratti aleatori, come il contratto di assicurazione, che sono risolubili, ma la norma, che pure contempera gli interessi delle controparti, evitando l'applicazione di uno strumento (la risoluzione e il riscatto) che rischierebbero di avvantaggiare troppo l'una o l'altra parte, è derogabile. Infatti il divieto di riscatto, ai sensi dell'*art. 1879 c.c.*, è previsto "salvo patto contrario" e la dottrina e la giurisprudenza non escludono la validità di un accordo diverso, anche sotto forma di clausola risolutiva espressa²⁹.

III. INTERESSI DELLE PARTI E MODULAZIONE DELLA REGOLA APPLICABILE AL "VITALIZIO IMPROPRIO".

Alla luce di queste considerazioni, non credo che, in presenza di un vitalizio improprio (alimentare, assistenziale, di mantenimento), si possano escludere *a priori* l'applicazione dell'*art. 1878 c.c.* e il divieto di risoluzione. Ciò non perché i vitalizi impropri sono una *sottospecie* del vitalizio oneroso (secondo un ragionamento sillogistico di categorie e sottocategorie: se nella categoria generale non opera la risoluzione; e il vitalizio improprio ne è una sottospecie; allora anche in caso di vitalizio oneroso non può operare la risoluzione), ma perché tale norma prevede un rimedio (divieto di risoluzione

²⁷ PINO, A.: "Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia", *Riv. trim.*, 1960, p. 361.

²⁸ PINO, A.: "Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia", *cit.*, p. 361 s. Diversamente, reputa che anche il divieto di riscatto, come quello di risoluzione per inadempimento, sia strettamente dipendente dalla natura aleatoria del contratto CARIOTA FERRARA, L.: *Il negozio giuridico*, *cit.*, p. 218.

²⁹ Detta clausola va intesa estensivamente e perciò applicata all'ipotesi di omesso pagamento come al caso di pagamento della rata in misura inferiore a quella risultante dall'adempimento della rendita al tasso di svalutazione specificamente previsto in altro patto del negozio (Cass., 12 febbraio 1977, n. 630, *Mass. Giust. civ.*, 1977). Rientrando la rendita tra i contratti ad esecuzione periodica, la risoluzione non potrà avere effetto retroattivo (TORRENTE, A.: *Della rendita perpetua*, *cit.*, p. 132). Infine, non potrà far valere la clausola risolutiva espressa l'erede, quando, verificatesi l'estinzione del contratto per morte del vitaliziato, questi non se ne sia avvalso (Cass., 29 settembre 1964, n. 2471, *Giust. civ.*, 1964, I, p. 2174 ss.).

e sequestro e vendita dei beni del debitore) che può risultare, in concreto, adeguato al soddisfacimento dell’interesse leso.

Che la risoluzione del contratto, in caso di inadempimento del debitore-vitalizzante, spesso non è in grado di rimediare al pregiudizio subito trova conferma in un caso particolare. Atteso che la pronuncia di risoluzione (*ex* art. 1458, comma 2, c.c.) non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, ove l’acquirente-vitalizzante avesse già alienato il cespite ricevuto dal vitaliziato, il creditore-vitaliziato potrebbe trovare soddisfazione sempre e soltanto nel risarcimento del danno, senza però le garanzie previste dall’art. 1878 c.c. (sequestro e vendita). Il danneggiato verserebbe nella situazione analoga del contraente che chiede il sequestro e la vendita coattiva (*ex* art. 1878 c.c.) senza alcuna forma di garanzia.

Si può aggiungere che, se la prestazione è di dare o di fare ma, in relazione all’interesse del creditore, è fungibile (si pensi all’assistenza prettamente “materiale” o anche all’assistenza “morale” reputata tuttavia fungibile dai contraenti), in caso di inadempimento troverà applicazione l’art. 1878 c.c., per via dell’idoneità di sequestro e vendita dei beni del debitore ad assicurare al creditore una garanzia reale sul patrimonio del primo e una somma di danaro utile per soddisfare il proprio interesse anche sotto forma di alloggio, cure mediche o altra modalità di assistenza necessaria. In questo caso si potrebbero applicare anche le norme sull’esecuzione forzata in forma specifica (in particolare gli artt. 481 c.p.c. e 2931 c.c.), qualora, ad esempio, il vitaliziato-creditore voglia ottenere che la stessa prestazione di fare sia eseguita a spese dell’obbligato mediante affidamento ad altra casa di riposo.

Viceversa, se la prestazione, in relazione all’interesse del creditore, è infungibile, non dovrebbe farsi ricorso alla risoluzione per inadempimento *ex* art. 1453 c.c., ma all’art. 614 *bis* c.p.c., il quale prevede una c.d. “misura coercitiva indiretta” e consente al creditore, in caso di *prestazioni di fare o di non fare infungibili*, di chiedere una condanna a pagare delle somme di danaro se il debitore-vitalizzante adempie in ritardo o non adempie esattamente³⁰. Questa disposizione dimostra l’interesse dell’ordinamento ad assicurare attraverso strumenti sanzionatori, pur sempre di tipo pecuniario, la tutela dell’interesse del creditore anche contro gli inadempimenti relativi a prestazioni infungibili.

In questa prospettiva, tuttavia, non si può escludere neanche la possibilità, salvo che non sia diversamente stabilito dalle parti (vista la natura derogabile

³⁰ In questo senso anche QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 222.

della norma in esame³¹), che il creditore agisca *ex art.* 1878 c.c.³² chiedendo il sequestro e la vendita dei beni del debitore, qualora abbia interesse, nonostante l'infungibilità della prestazione, a bloccare il patrimonio del debitore inadempiente e a rivalersi comunque sui suoi beni, a titolo di risarcimento del danno per equivalente, ad esempio, per il ritardo o per la non esecuzione della prestazione.

In tal caso i rimedi previsti dal codice di procedura civile (art. 614 *bis* c.p.c.) e dal codice civile (art. 1878 c.c.) non si escludono affatto ma, avendo funzioni diverse, convivono. Tramite l'art. 614 *bis* c.p.c. il creditore si tutela attraverso una forma di garanzia obbligatoria (diretta a favorire l'adempimento del debitore; da qui la denominazione di "misura coercitiva indiretta", misura *compulsiva* per l'adempimento). Viceversa, con l'art. 1878 c.c. il creditore si crea, anche in caso di prestazione infungibile, una garanzia reale sul patrimonio del debitore. Compito del giudice ovviamente sarà anche quello di valutare l'operatività dei rimedi e di evitare possibili abusi del creditore qualora l'inadempimento del debitore non giustifichi in concreto l'operatività di entrambi i rimedi³³.

Tuttavia, in tutte queste ipotesi (prestazione di fare o dare, fungibile o infungibile) è, di regola, esclusa, per le ragioni esposte, l'operatività della risoluzione per inadempimento, la quale contrasta con le caratteristiche funzionali dei vitalizi onerosi e con la loro frequente funzione previdenziale e assistenziale³⁴. Ciò salvo che non sia prevista dalle parti una clausola

³¹ Decise, sul punto, le posizioni di VALSECCHI, E.: *Natura giuridica e fonti della rendita*, cit., p. 130; TORRENTE, A.: *Della rendita*, cit., p. 140; CALVO, R.: *Contratti e mercato*, cit., p. 449; e DI NELLA, L.: *sub art.* 1878, in PERLINGIERI, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli (2010), p. 2222, che ammettono l'applicabilità di clausole risolutive espresse per inadempimento. Afferma la natura dispositiva dell'art. 1878 anche la S. corte (v., per tutte, Cass., 27 dicembre 2004, n. 24014, cit.).

³² Un metodo interpretativo attento al concreto assetto di interessi sotteso alla rendita induce ad estendere il discorso all'art. 1880, comma 2, c.c. che contempla l'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito il pagamento della rendita "a rate anticipate" e pone la regola secondo la quale "ciascuna rata si acquista dal giorno in cui è scaduta". L'applicazione di tale previsione ad un vitalizio assistenziale è da escludere, ma tale esclusione non dipende dalla natura tipica o atipica di tale negozio, ma per il carattere di continuità della prestazione assistenziale. Egualmente per l'art. 1874 c.c. che, salvo patto contrario, prevede l'accrescimento a favore degli altri vitaliziati in caso di premorienza di uno di essi, allorché la rendita sia costituita da più soggetti; anche in questo caso, il dubbio sull'applicabilità non è sciolto in base alla natura tipica o atipica del vitalizio improprio, ma avendo riguardo per le caratteristiche della prestazione (che potrebbe essere fisiologicamente insuscettibile di accrescimento) e per gli interessi in gioco.

³³ In tema di abuso del creditore e dei mezzi di garanzia v., di recente, LAZZARELLI, F.: *Conservazione della garanzia patrimoniale e abusi del creditore*, Napoli (2013).

³⁴ Esclude l'applicabilità dell'art. 1878 c.c. ad alcune ipotesi di rendita, tra gli altri, DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 873.

risolutiva espressa (*ex art. 1456 c.c.*), la quale è da considerare valida, vista la natura derogabile dell’art. 1878 c.c.³⁵.

La convivenza tra rimedi si realizza anche nelle obbligazioni negative, là dove, ad esempio, il debitore, contravvenendo al divieto contrattuale di non sopraelevare, effettua una sopraelevazione che impedisce al creditore, portatore di *handicap*, di muoversi agevolmente dalla propria abitazione. In tal caso non v’è ragione per negare la possibilità di domandare in giudizio l’applicazione dell’art. 614 *bis* c.p.c. (*esecuzione indiretta della prestazione – somma di danaro per equivalente*) insieme al rimedio previsto dall’art. 2933 c.c. (*distruzione della cosa che è stata fatta in violazione dell’obbligo*)³⁶.

I vitalizi impropri possono, quindi, riguardare anche prestazioni fungibili (come in genere l’alloggio, le cure mediche, il vitto e l’assistenza materiale) ed anche qualora avessero ad oggetto prestazioni infungibili potrebbero dar luogo comunque ad una condanna in danaro (anche quale danno punitivo).

Inoltre, pur prescindendosi dalla convertibilità in danaro di una determinata prestazione per espressa volontà delle parti, la distinzione tra prestazione fungibile e infungibile non è così netta come spesso si afferma, poiché una prestazione apparentemente *infungibile*, tenuto conto dell’interesse del creditore³⁷, può risultare fungibile (si pensi a una prestazione avente ad oggetto cure mediche, che, in relazione al concreto assetto di interessi, può essere soddisfatta anche mediante affidamento, a spese del debitore, ad altra casa di cura³⁸).

È sempre determinante l’analisi della funzione concreta della singola operazione e non è possibile, come spesso accade, sovrapporre la prestazione alimentare a quella oggetto del contratto di mantenimento. Infatti tra prestazione alimentare e di mantenimento possono esservi forti differenze proprio sul piano della fungibilità³⁹.

³⁵ V. *retro* nota 31.

³⁶ DEPLANO, S.: *Le obbligazioni negative*, Napoli (2014), p. 195 s.

³⁷ Sul punto v. ZARRELLI, A.: *Fungibilità ed infungibilità nell’obbligazione*, Napoli (1967). Cfr. anche PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma (1975), p. 295 ss. Sulla necessità di analizzare sempre il concreto assetto di interessi anche al fine, ad esempio, della valutazione della divisibilità o indivisibilità dell’obbligazione e della compensazione v., in particolare, CICALA, R.: *Concetto di divisibilità e indivisibilità dell’obbligazione*, Napoli (1953), *passim*, spec. p. 179 ss.

³⁸ Cass., 11 dicembre 1995, n. 12650, *Foro it.* (1996), I, c. 1241.

³⁹ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 106, e già AULETTA, T.A.: *Alimenti e solidarietà*, cit., p. 200.

Altro è una prestazione avente ad oggetto *vitto, alloggio e vestiario*, pur nei limiti dei “bisogni” dell’alimentando (che potrebbe assumere natura di prestazione di dare fungibile), altro è una prestazione avente ad oggetto il *mantenimento* del vitaliziato, la sua *convivenza* con il vitalizante o l’*assistenza materiale e morale* del vitaliziato [che potrebbe assumere natura di prestazione (di fare) ora fungibile (assistenza materiale, mantenimento) ora infungibile (come l’assistenza morale di una determinata persona con peculiari caratteristiche)]. Sì che anche nell’ambito dei c.dd. vitalizi impropri possono essere ricomprese ipotesi varie, che spaziano dalla prestazione degli alimenti, al mantenimento, all’alloggio, all’assistenza in senso ampio, fino a ricomprendere le cure mediche e l’assistenza morale e psicologica.

La varietà dei concreti assetti di interesse non consente, anche all’interno dei vitalizi impropri, di individuare una disciplina unitaria o di proporre inutili classificazioni le quali possono risultare incongrue rispetto alla natura della prestazione e al complessivo assetto di interessi perseguito dalle parti. Assetto degli interessi delle parti che, beninteso, può anche trasformare una prestazione apparentemente infungibile in una prestazione fungibile o, come affermato anche dalla giurisprudenza più attenta⁴⁰, convertibile in danaro.

Vitalizio alimentare, assistenziale, contratto di mantenimento sono, insomma, formule che non esprimono affatto il contenuto che può assumere la concreta operazione, la quale, tra l’altro, di là dalla patrimonialità della prestazione e dalla sua valutabilità economica, può soddisfare un interesse tanto patrimoniale quanto non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.)⁴¹.

⁴⁰ Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, in *Rep. Foro it.*, 1969, voce *Vitalizio*, n. 2. V. anche QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 125.

⁴¹ Lo rileva chiaramente anche QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 121 s. Non v’è dubbio che i contratti in esame siano causalmente orientati, in generale, dall’interesse non patrimoniale fondamentale alla realizzazione della persona umana, essendo di solito mirati a garantire al soggetto debole un’esistenza “libera e dignitosa” (v., per questa via, PERLINGIERI, P.: “L’interesse non patrimoniale e i contratti”, *Annali della Facoltà di Economia di Benevento*, Napoli (2012), p. 42; CALVO, R.: *Contratti e mercato*, cit., p. 488; COLACINO, G.: “Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità”, *Contr. impr.* (2009), p. 673; e VERONESI, S.: “Il c.d. contratto di assistenza”, in *Contratti*, 1998, p. 383). Si aggiunge che, considerata la particolare natura della prestazione oggetto del vitalizio c.d. improprio, una violazione, sia pure modesta, degli impegni assunti dall’obbligato, potrebbe procurare un grave pregiudizio all’incolumità fisica del creditore (CALVO, R.: *Contratti e mercato*, cit., p. 489). Detto altrimenti, il mancato adempimento potrebbe essere causa di un danno non patrimoniale contrattuale per lesione di interessi d’impronta esistenziale che si sarebbero dovuti realizzare con l’attuazione fisiologica della causa in concreto dello scambio. Ammettendo la risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto, PERLINGIERI, P.: “L’interesse non patrimoniale e i contratti”, cit., p. 19 ss., considera contrario allo spirito dell’ordinamento e al principio di legalità costituzionale escludere, a sola cagione del rapporto obbligatorio che lo lega al danneggiato, la responsabilità di chi abbia arrecato un pregiudizio a valori fondamentali. La medesima idea

Occorre inoltre prendere atto che non è possibile far dipendere la disciplina applicabile ad un negozio dalla sua natura tipica o atipica, poiché una norma va applicata ad un contratto non sulla base della sua tipicità o atipicità ma se risulta adeguata a soddisfare il regolamento negoziale e gli interessi concretamente in gioco. Del resto proprio quella dottrina che tra le prime aveva avvertito l'esigenza di distinguere i vitalizi impropri dai vitalizi onerosi non escludeva l'applicabilità ad entrambe le fattispecie dell'art. 1878 c.c.⁴².

Né la circostanza che l'art. 1878 c.c. discorra di “mancato pagamento delle rate di rendita scadute” può essere di per sé un ostacolo per l'applicazione di questa norma ai vitalizi aventi prestazioni diverse dal danaro. Infatti la disposizione in esame stabilisce un principio (il divieto di risoluzione in caso di inadempimento) che deve trovare applicazione ogni qual volta si accerti che in caso di inadempimento sono il *sequestro* e la *vendita*, e l'eventuale ricavato, non la risoluzione, i rimedi più adeguati a soddisfare gli interessi in gioco e la funzione del contratto.

sembra ispirare alcune scelte operate a livello sovranazionale: così sembra di poter leggere gli artt. 7.4.2. Principi Unidroit (“il danno può essere di natura non pecuniaria”), 9:501 Principi di Diritto Europeo dei Contratti [“il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: a) il danno non patrimoniale], e 3:701 *Draft Common Frame of Reference* (che contiene il riferimento a “*economic and non-economic loss*”). Su questi argomenti, QUARTA, F.: “Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa”, in DI RAIMO, R., FRANCESCA, M. e NAZZARO, A.C. (a cura di): *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli (2012), p. 304, ravvisa, nell'opposto orientamento, uno di quegli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana da rimuovere ex art. 3 cost. In proposito, variamente, SCOGNAMIGLIO, R.: “Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)”, *Riv. dir. civ.* (1957), p. 313 ss.; RAVAZZONI, A.: *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano (1962), p. 221 ss.; BONILINI, G.: *Il danno non patrimoniale*, Milano (1983), p. 212 ss.; ZENO ZENCOVICH, V.: “Danno non patrimoniale e inadempimento”, in VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano (1984), p. 109 ss.; e COSTANZA, M.: “Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; TESCIONE, F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli (2008); e CASTRONOVO, C. “Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona”, *Europa dir. priv.* (2009), p. 87 ss. Il dibattito è ricostruito da FRANZONI, M.: “Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento”, *Resp. civ.* (2009), p. 581 ss.; BUSNELLI, F.D.: “Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori”, *Danno resp.* (2009), p. 609 ss.; e, in particolare, da FRANCISSETTI BROLIN, M.M.: *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche “patrimonialistiche” e valori della persona*, Napoli (2014), *passim*.

⁴² TORRENTE, A.: *Della rendita perpetua*, cit., p. 140 s.; e ID., “Vitalizio alimentare e risoluzione per inadempimento”, *Giust. civ.*, 1958, I, p. 607.

IV. *SEGUE*. L'IMPORTANZA DEL CASO CONCRETO, I RISCHI DEL METODO TIPOLOGICO E LA SCELTA DEL "GIUSTO RIMEDIO".

In definitiva, non è un problema di tipicità o atipicità ma di "giusto rimedio", ossia di controllo di congruità della *ratio* della disposizione e del rimedio in esame agli interessi coinvolti dal contratto⁴³.

Nella prassi, non è raro riscontrare figure la cui causa concreta contempla ora, quale corrispettivo per la parte assistita, la "coabitazione" con il vitalizante nell'immobile ceduto (con conseguente funzione personale e non soltanto patrimoniale del contratto), ora, come in un caso sottoposto al Tribunale di Napoli annotato criticamente da una parte della dottrina, una obbligazione avente ad oggetto delle "prestazioni di lavoro domestico ed assistenza diurna e notturna, con le cure e premure necessarie alla tranquillità e salute" del vitaliziato⁴⁴. In questa ipotesi il riferimento al rapporto di lavoro impone, diversamente da quanto afferma il Tribunale di Napoli, se non una differente qualificazione, quanto meno l'applicazione alla fattispecie di alcune norme del contratto di lavoro.

Queste osservazioni dimostrano che bisogna abbandonare il metodo tipologico. Per un verso, la riconduzione di una data fattispecie al tipo legale (rendita vitalizia) non implica necessariamente l'applicazione automatica a questa fattispecie della disciplina per esso prevista; per l'altro, la distanza di una fattispecie concreta dal tipo non elimina affatto la possibilità di applicare a quella fattispecie alcune norme del tipo legale⁴⁵.

⁴³ "I rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativa della legislazione sulla contrattazione: si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Hanno legittimazione regolativa, non dogmatica. [...] Nessuna tecnica è esclusiva, nessuna è pregiudiziale; tutte vanno considerate per la capacità in concreto di riparare il danno" (FEMIA, P.: "Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione", GITTI, G. e VILLA, G.: *Il terzo contratto*, Bologna (2008), p. 287). A proposito della flessibilità dell'apparato rimediario, cfr. PERLINGIERI, P.: "Il "giusto rimedio" nel diritto civile", *Giusto proc. civ.* (2011), p. 1 ss., spec. nota 7. V. anche PERLINGIERI, G.: "Alla ricerca del "giusto rimedio" in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae", *Rass. dir. civ.* (2011), p. 665 ss.; e ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., *passim*, spec. p. 84 ss.

⁴⁴ Trib. Napoli, 14 febbraio 1974, *Dir. giur.*, 1975, p. 110, con nota critica di DONISI, C.: "Un caso discutibile di rendita vitalizia".

⁴⁵ Deve condividersi l'idea di un sistema ordinamentale unitario, nel quale individuare la normativa più adeguata rispetto agli interessi sottesi alla particolare operazione; del pari, si deve escludere ogni aprioristica incompatibilità tra la disciplina generale e quella dei singoli contratti (che necessitano, piuttosto, di un coordinamento). Così PERLINGIERI, P.: "Nuovi profili del contratto", in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli (2003), p. 421, il quale rileva, per un verso, la "insufficienza e la scarsa utilità della disciplina c.d. generale" e, per l'altro, l'opportunità di una "stretta integrazione di questa

Nel valorizzare le caratteristiche dei casi concreti, il metodo tipologico viene di fatto esautorato e se ne riconoscono la rigidità e la pericolosità. Occorre comprendere che non è possibile né dissolvere le peculiarità di tutti i vitalizi impropri nella piatta categoria del vitalizio in generale, né affermare che tutti i vitalizi impropri sono altro dalla rendita vitalizia tipica.

Ciò trova conferma nelle osservazioni della stessa dottrina fautrice del metodo tipologico. Infatti, si è affermato che la riconduzione di una data fattispecie concreta al tipo non presuppone la sua assoluta identità con il tipo, bensì una “sufficiente conformità”⁴⁶ (sul piano direi della c.d. minima unità effettuale). Si ravvisano, in pratica, forme di appartenenza al tipo più o meno intense, con conseguente maggiore o minore applicazione della disciplina legale del tipo medesimo, ovvero con esclusione dell’applicazione di una parte soltanto della disciplina legale, ovvero con applicazione della disciplina legale anche a contratti non rientranti nel tipo di riferimento⁴⁷. Del resto, “nell’ambito [...] dello stesso tipo contrattuale, sarebbero individuabili “norme generali”“, in quanto tali “applicabili a tutte le possibili configurazioni della fattispecie legislativamente disciplinata e “norme particolari”, applicabili esclusivamente a determinate configurazioni della medesima fattispecie: in ogni caso, l’applicazione delle norme particolari non varrebbe a snaturare il tipo contrattuale, ma solo ad individuarne una determinazione più specifica”⁴⁸.

con le discipline di settore e con quelle concernenti i singoli contratti, in un unico sistema aperto, dal quale trarre di volta in volta principi e regole più adeguate agli interessi in gioco secondo una interpretazione che rispetti e utilizzi il fatto e che proceda all’individuazione della normativa ad esso più conforme”. In linea, secondo gli studi di FESTI, F.: *La clausola compromissoria*, Napoli (2001), p. 19, “[l]’inclusione di una convenzione in una figura contrattuale tipica o atipica [...] non implica di per sé l’applicazione in blocco delle norme generali in tema di contratto, essendo comunque necessario verificare di volta in volta l’adottabilità di ciascun precetto, mediante un procedimento affine a quello suggerito dall’art. 1324 c.c.”. L’a. finisce così per superare la lettura tradizionale dell’art. 1323 c.c., che imporrebbe l’automatica applicazione degli artt. 1321 ss. a *tutti* i contratti. Lungo la medesima direttrice, si pensi anche alla possibilità di applicare al testamento alcune norme del contratto in tema, ad esempio, di interpretazione (v. anche *retro* nota 8). Sul punto cfr. BIGLIAZZI GERI, L.: *L’interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 6, II, Torino (1982), p. 69 ss.; e CALVO, R.: “L’interpretazione e l’integrazione della volontà”, in ID. e PERLINGIERI, G. (a cura di): *Manuale delle successioni*, II, Napoli (2009), p. 911; PERLINGIERI, G.: *Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia negoziale*, cit.

⁴⁶ DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale* [1974, rist. Napoli (2014)], p. 143, discorre di “tipo normativo”, in accezione differente rispetto a quella di “tipo legale”. V. *infra* nota 143.

⁴⁷ In questi termini ricostruisce la teoria QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 73.

⁴⁸ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 67, richiama, così, il pensiero di Antonino Cataudella [come espresso in *La donazione mista*, Milano (1970), p. 40 s.].

In sintesi, affermare che all'interno di un tipo esistono norme non necessariamente applicabili a tutte le fattispecie, sia pure riconducibili al medesimo tipo, e che le norme di un tipo si possono applicare a fattispecie atipiche significa prendere atto che affannarsi nel ricondurre un contratto ad un tipo o ad un altro è uno sforzo utile ma non esaustivo, dovendosi concentrare l'interprete piuttosto sul controllo di congruità e adeguatezza della singola norma (presente nel sistema generale del contratto e dei singoli contratti⁴⁹) agli interessi in concreto perseguiti dalle parti e alle peculiarità soprattutto funzionali del singolo atto di autonomia. Il che impone l'analisi non soltanto della causa ma del contenuto del contratto o dell'operazione complessa.

Così, ad esempio, l'art. 1878 c.c., pur essendo una norma derogabile⁵⁰, potrebbe non applicarsi ad una particolare forma di rendita; eppure tale rendita non sarebbe, solo per questo, da considerare automaticamente atipica. Del resto, come autorevolmente affermato, "non tutte le norme" anche se "inderogabili concorrono [...] a configurare il tipo", ad individuarne i tratti salienti, i c.dd. "effetti essenziali" (la minima unità effettuale) "per la realizzazione della funzione tipica"⁵¹. La sussistenza di questi elementi configura una rendita vitalizia, senza presumere però l'applicazione di tutte le norme, derogabili e non, appartenenti al modello legale della rendita, posto che, come dimostrato, l'art. 1878 c.c., potrebbe essere incompatibile con la funzione concreta della singola rendita, non soltanto con riguardo alla natura della prestazione, ma con riferimento al complessivo assetto di interessi emergente dalla fattispecie concreta. Di là dalla fungibilità o infungibilità della prestazione, l'applicazione dell'art. 1878 c.c. potrebbe risultare irragionevole e lesiva degli interessi in gioco, quindi di quella funzione che il regolamento contrattuale è deputata a svolgere⁵².

Questa soluzione interpretativa non dipende dalla circostanza, pur condivisibile, che l'art. 1878 è norma derogabile, poiché lo stesso discorso vale per una norma inderogabile. L'applicazione di una norma a un negozio dipende dalla volontà delle parti (così nel caso di norma derogabile) e dalla sua compatibilità e adeguatezza a soddisfare gli interessi concretamente in

⁴⁹ Norme speciali, beninteso, che non sono affatto da considerare di per sé eccezionali, posto che altro è l'eccezionalità di una norma altro è la natura speciale. Sulla distinzione, v. PERLINGIERI P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive*, cit., p. 14 s.

⁵⁰ V. *retro* nota 31.

⁵¹ CATAUDELLA, A.: *Sul contenuto del contratto*, Milano (1966), p. 193 s.

⁵² Ad avviso di QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 103, ogni distinzione che si basi sul mero contenuto delle prestazioni e trascuri l'assetto di interessi emergente dalla fattispecie concreta e la funzione del regolamento contrattuale "corre il rischio di non riuscire a condurre a soluzioni appaganti sotto il profilo della scelta della disciplina concretamente applicabile".

gioco. Quindi, anche una norma inderogabile, appartenente ad un tipo contrattuale (come, ad esempio, una norma che prescrive un rimedio al posto di un altro) potrebbe risultare inadeguata a soddisfare gli interessi perseguiti tramite un determinato atto di autonomia.

Si torna a ribadire che “la fattispecie astratta descritta dal legislatore [è] idonea a ricomprendere in sé una pluralità di fattispecie concrete, pur divergenti tra di loro” (c.d. elasticità del tipo)⁵³, ma, al fine di evitare forzature lesive delle peculiarità del regolamento negoziale, occorre anche prendere atto che la distinzione tra contratti tipici e atipici ha rilevanza meramente “descrittiva”, di mera classificazione⁵⁴, e, pertanto, non può condurre ad operazioni, come di sovente accade anche ad opera dei fautori della elasticità dei tipi, nelle quali, casomai, la disciplina applicata appare lesiva o non congruente, in tutto o in parte, con il regolamento di interessi concretamente perseguito. Secondo la teoria dell’elasticità del tipo, le parti hanno il potere, nei limiti del controllo di liceità e di meritevolezza, “di modellare il proprio assetto di interessi, addirittura escludendo l’applicazione di norme inderogabili, ove riferibili ad un dato tipo ma non adattabili, nella fattispecie contrattuale concreta, alle esigenze dei contraenti”⁵⁵ (direi, non congrue alla funzione in concreto perseguita). Tuttavia, l’interprete deve, senza chiedersi se quel singolo contratto sia tipico o atipico, valutare se la disciplina ad esso applicabile (individuata nel sistema; ed eventualmente risultato del combinato disposto di norme appartenenti a più contratti tipici, oppure ad un tipo ed al contratto in generale) sia adeguata a soddisfare gli interessi in gioco.

V. IMPOSSIBILITÀ DI CONFIGURARE IL “VITALIZIO IMPROPRIO” COME CATEGORIA UNITARIA.

Nel definire la parte della disciplina sulla rendita vitalizia applicabile ai c.dd. vitalizi impropri, non basta abbandonare il metodo tipologico, occorre anche individuare gli elementi essenziali della prima (la sua minima unità effettuale), al fine di verificare che ricorrano o no nei secondi, e analizzare la congruità, la conformità della norma al soddisfacimento degli interessi in concreto perseguiti dai contraenti.

Il problema non può risolversi, come suole farsi per i contratti misti, secondo la teoria dell’assorbimento o quella della combinazione. La valutazione circa l’applicabilità della disposizione dipende dall’individuazione degli interessi in

⁵³ Di elasticità del tipo discorre FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano (1966), p. 294.

⁵⁴ PERLINGIERI, P.: “In tema di tipicità e atipicità dei contratti”, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 397.

⁵⁵ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 75. Cfr. FERRI, G.B.: *Causa e tipo*, cit., p. 294.

concreto perseguiti dal singolo negozio; come si è detto, infatti, la scelta della regola applicabile potrebbe essere il frutto di norme appartenenti a tipi diversi o il risultato della combinazione della disciplina di un tipo insieme a quella generale⁵⁶.

Del resto, un atto potrebbe considerarsi atipico ed essere sottoposto comunque ad una norma imperativa relativa a un tipo poiché idoneo a perseguire i medesimi interessi sottoposti dalla norma in questione⁵⁷.

Occorre abbandonare la teoria del contratto misto, figlia della sussunzione e foriera di forzature interpretative insensibili alla ricerca dell'*essenza* dell'operazione. Infatti, sia la teoria dell'assorbimento sia quella della combinazione tendono a non analizzare l'assetto degli interessi in concreto perseguito dalle parti, al fine di valutare la congruità di questo assetto alla normativa di riferimento, la quale potrà essere anche il risultato della combinazione di più contratti tipici. Evitando di concentrarsi esclusivamente su aspetti strutturali come l'identità e la mera similitudine tra prestazioni e l'eventuale estraneità dell'istituto a tutte le norme della fattispecie tipica, si comprende che ogni disposizione sarà applicabile soltanto se la sua *ratio* risulterà compatibile e congruente con l'assetto di interessi voluto dalle parti.

Del resto, anche la Cassazione ha affermato che “ai contratti non contemplati dal legislatore (atipici o innominati) possono legittimamente applicarsi oltre le norme generali [...] anche le norme regolatrici dei contratti nominati quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, così come risulta dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla

⁵⁶ V. *retro* nota 45.

⁵⁷ Gli atti di destinazione in ambito societario ne costituiscono un esempio concreto. Si è rilevato, ad esempio, che la disciplina dei patrimoni destinati è stata inserita nel Capo V relativo alle S.p.a. Ora, se è vero che l'art. 2645 *ter* consente di superare l'opinione che vieta la costituzione di un *patrimonio destinato ad uno specifico affare* in presenza di una s.r.l., vero è pure che tanto una s.p.a. quanto una s.r.l. non possono, di regola, creare una destinazione atipica di una parte del proprio patrimonio superiore al limite inderogabile del 10% previsto da una norma imperativa in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare (dall'art. 2447 *bis*, comma 2, c.c.). Sul punto v. QUADRI, R.: “L'art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, *Contr. impr.* (2006), p. 1759 s., il quale discorre altrimenti di un rischio di aggiramento della norma imperativa in esame; GENTILI, A.: “La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie”, *Riv. dir. priv.* (2010), p. 73. Sul rapporto tra atti di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c. ed elusione di norme imperative in caso, ad esempio, di fondo patrimoniale, si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il controllo di “meritevolezza” degli atti di destinazione *ex art. 2645 ter* c.c.”, *Foro nap.* (2014), 1, spec. p. 83 ss., ove si affronta anche il tema dei rimedi (non necessariamente demolitori) conseguenti alla violazione delle norme imperative coinvolte. Sull'invalidità come conseguenza di un eventuale esito negativo del controllo di meritevolezza, *ex art. 2645 ter*, v., invece, QUADRI, R.: “L'art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, *cit.*, p. 1746.

seconda serie di norme”⁵⁸. È evidente che la Suprema corte tenda a sottolineare l’esigenza di un *valutazione concreta* del rapporto e del suo atteggiarsi senza astratte e fuorvianti sussunzioni, proprie del metodo tipologico e delle teorie, ancora molto utilizzate in giurisprudenza, dell’assorbimento e della combinazione.

A titolo esemplificativo, sono sotto gli occhi di tutti gli inconvenienti di quella dottrina che si limita a sussumere il contratto di *leasing* nello schema della *locazione*, sminuendo la *natura finanziaria dell’operazione*⁵⁹, e del contratto di *engineering* nella categoria, più ampia, del *contratto di prestazione di opera professionale*⁶⁰, là dove, invece, questa prestazione risulta essere soltanto una componente del rapporto, non esaurendosi affatto in essa.

Nella medesima direzione, il contratto di mantenimento non può essere considerato una semplice rendita vitalizia, posto che non ha ad oggetto un *obbligo di dare* ma una *prestazione assistenziale*. Né può considerarsi componente di una categoria unitaria più ampia, quella dei vitalizi impropri, che sarebbe logicamente incongrua, poiché *vitalizio assistenziale*, *vitalizio alimentare* e *contratto di mantenimento* integrano fattispecie diverse fra loro: il contratto può avere ad oggetto ora i bisogni essenziali del beneficiario, ora le esigenze di vita in senso ampio, ora l’assistenza solo materiale, solo morale, o materiale e

⁵⁸ Così Cass., 23 febbraio 2000, n. 2069, *Giur. it.* (2001), p. 261, che, con riferimento a un contratto di *leasing* finanziario, esclude l’applicabilità della disciplina generale sulla risoluzione e fa ricorso a quella particolare della vendita con riserva di proprietà. Cfr. anche la risalente Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, *Rep. Foro it.* (1980), voce *Contratto in genere*, n. 56.

⁵⁹ Diversamente, alcune pronunce della S. corte, sia pur non condivisibili in tutti i passaggi argomentativi, si connotano per l’apprezzabile sforzo di ricostruire la regola applicabile al contratto di *leasing* facendone questione di compatibilità tra il profilo causale dell’intesa e la *ratio* delle singole disposizioni. Così, valorizzando la funzione di finanziamento e avendo riguardo per il particolare contesto economico e le peculiarità del caso concreto, Cass., 6 maggio 1986, n. 3023, *Vita not.* (1986), p. 1208, esclude l’applicabilità della disciplina relativa al trasferimento di proprietà (in particolare, l’art. 1526 c.c., sulla vendita con riserva di proprietà), recuperando, invece, l’operatività dell’art. 1458, comma 1, c.c. sulla risoluzione. Interessante, in questo senso, anche Cass., 13 dicembre 1989, n. 5569, *ivi* (1989), p. 518: “La ricostruzione nell’uno o nell’altro senso della volontà delle parti versata nel regolamento negoziale è problema ovviamente da affrontare e risolvere caso per caso, alla luce delle concrete peculiarità delle specie”; di solito, sono gli aspetti strutturali (comunque criteri soltanto “tendenziali”) a rivelare quali gli interessi perseguiti dalle parti e, dunque, la causa del negozio. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Napoli, 5 maggio 2009, in *Dejure* online. Sul tema v., ampiamente, IMBRENDA, M.: *Il leasing finanziario. Trilateralità funzionale ed equilibrio del rapporto*, Napoli (2005), spec. p. 57 ss.; e EAD, *Il leasing*, in EAD. e F. CARIMINI, *Leasing e lease back*, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.*, Napoli (2008), p. 12 ss. Nel senso di evitare un appiattimento della disciplina del *leasing* su quella della locazione, anche DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., p. 160 ss.

⁶⁰ V., per tutti, ALPA, G.: *I contratti di engineering*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 11, III, Torino (1984), p. 76. In giurisprudenza, Cass., 6 dicembre 1986, n. 7263, *Resp. civ. prev.* (1986), p. 433.

morale, e riguardare la combinazione di atti e di attività della più ampia e diversa natura⁶¹. Vi sono, infatti, casi nei quali il giudice, senza porsi il problema per la prestazione di assistenza morale, ha riconosciuto l'inadempimento della sola prestazione di assistenza materiale, a ragione della "scarsità di frequentazione" tra nonna e nipoti, non giustificata né dalla "sostanziale autonomia materiale della nonna", né dai "forti dissapori nella generazione intermedia"⁶². Si consideri, poi, che i vitalizi non possono avere sempre le medesime caratteristiche, poiché esistono anche ipotesi legali (ad esempio, artt. 548, comma 2, 580, e 594 c.c.) e giudiziali (ad esempio, art. 2507 c.c.) di "rendite vitalizie"⁶³.

VI. REQUISITI STRUTTURALI DELLA RENDITA VITALIZIA TIPICA. IN PARTICOLARE, LA FUNGIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE.

La categoria dei "vitalizi impropri" è da superare anche per un'altra ragione: essa è nata per negazione dalla rendita tipica, ma senza che siano stati individuati con precisione i requisiti essenziali di quest'ultima, solitamente fatti coincidere, pur in assenza di espressa previsione normativa, con *prestazione di dare* (una somma di denaro o una quantità di derrate o cose fungibili), *fungibilità della prestazione* (sí che qualora le caratteristiche personali del debitore dovessero rilevare nel concreto assetto di interessi, configurando un rapporto *intuitus personae*, si sarebbe in presenza di un contratto diverso) e *aleatorietà del contratto* (caratteristica esaltata al punto da considerarla, secondo l'insegnamento di Pothier⁶⁴, un requisito giuridico-strutturale⁶⁵ essenziale attinente alla causa della rendita).

Di conseguenza, tutti i vitalizi impropri (caratterizzati da prestazioni di fare, infungibili e da una diversa forma di aleatorietà) sarebbero atipici e quindi

⁶¹ Pur riferendo di una categoria unitaria e ampia dei vitalizi impropri, LANDRISCINA, A.: "Obbligazioni vitalizie di "facere" infungibile e inattuazione del rapporto contrattuale", *Giur. it.* (1994), I, 1, c. 821 s., riconosce l'eterogeneità della sua composizione. In linea, MALVANO, M.: "Vitalizio assistenziale e nullità per mancanza di alea" (nota a Cass., 15 giugno 2009, n. 13869), *Notariato* (2010), p. 275 s., rileva la profonda variabilità della prestazione del vitalizante in relazione alle concrete esigenze del beneficiario (per alcuni esempi, p. 275, nota 3).

⁶² Cass., 19 febbraio 1996, n. 1280, *Contratti* (1996), p. 465, con nota di BONILINI, G., "Vitalizio e risoluzione per inadempimento dell'obbligo di prestare assistenza morale".

⁶³ Sulle rendite *ex lege* cfr. ANDREOLI, M.: *La rendita vitalizia*, cit., p. 124 ss. Per alcuni esempi, v. anche DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 880.

⁶⁴ La teoria è riportata da SOFFIETTI, I.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 852.

⁶⁵ Sul concetto di alea quale componente giuridico-strutturale dei contratti aleatori si rinvia a GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano (1964), p. 57 ss. [rist., Napoli (2015)]; e CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 175 ss.

sottoposti a una disciplina diversa da quella prevista dal codice per la rendita vitalizia⁶⁶.

Il ragionamento non convince.

Anzitutto, come visto, la fungibilità della prestazione non è un requisito espressamente richiesto dal legislatore per il vitalizio tipico; senza contare che anche i vitalizi impropri possono avere ad oggetto una prestazione di dare o di fare fungibile⁶⁷. La prestazione assume connotati differenti in relazione al concreto assetto di interessi divisato⁶⁸. Eppure una visione patrimonialistica della rendita e una formale assimilazione della rendita vitalizia alla rendita perpetua⁶⁹ inducono spesso gli interpreti a qualificare la fungibilità requisito essenziale e a considerare atipica una obbligazione di *fare*. Non manca, peraltro, chi nega che una rendita possa soddisfare anche un interesse non patrimoniale (senza che tale circostanza debba condurre necessariamente alla atipicità)⁷⁰, non considerando che la prestazione assistenziale ha carattere patrimoniale in quanto economicamente valutata dai contraenti e corrisponde a un interesse del vitaliziato che può essere tanto *patrimoniale* quanto *non patrimoniale*.

Così dottrina e giurisprudenza prevalenti considerano atipiche, e non suscettibili di essere sottoposte alla medesima disciplina della rendita vitalizia, tutte quelle rendite non caratterizzate, ad esempio, dalla fungibilità della prestazione o da una prestazione di dare, come le rendite alimentari e i contratti di mantenimento.

Questo risultato è ancora una volta il portato di un ragionamento logico-formale basato sui tipi e le categorie, nonché poco attento alla funzione e agli interessi perseguiti dal singolo negozio. In altre parole, spesso i giuristi delimitano il tipo, anche a costo di irrigidirlo tramite l'individuazione di

⁶⁶ Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, v. *retro* nota 2.

⁶⁷ La Suprema corte chiarisce che la prestazione di assistenza, nel caso del contratto di mantenimento, è caratterizzata dall'*intuitus personae* anche quando può essere eventualmente eseguita dagli eredi o aventi causa del contraente, “atteso che l'infungibilità va riferita alla sua insostituibilità con una prestazione in denaro e alla correlata coercibilità”. Così Cass., 12 febbraio 1998, n. 1503, *Riv. not.* (1998), p. 987; Cass., 1 aprile 2004, n. 6395, *Foro it.* (2005), I, c. 497; e Cass., 14 giugno 2012, n. 9764, cit.

⁶⁸ Sul punto v. ZARRELLI, A.: *Fungibilità ed infungibilità*, cit., p. 1 ss.; e PERLINGIERI, P.: *Dei modi di estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 269 ss.

⁶⁹ Si è rilevato, infatti, che spesso rendita perpetua e rendita vitalizia sono trattate unitariamente nonostante differiscano “sia dal punto di vista strutturale che funzionale in maniera evidente, tanto che una trattazione unitaria condurrebbe inevitabilmente ad un'assimilazione arbitraria di fenomeni tra loro eterogenei”, DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 854.

⁷⁰ Per una diversa impostazione, v. *retro* nota 41.

caratteristiche, come nel nostro caso, non richieste espressamente dal legislatore, e di conseguenza considerano ‘diverso’ (*rectius* ‘improprio’) tutto ciò che non rientra in quel rigido schema.

Viceversa, deve osservarsi che, salvo che non si voglia ricorrere a un tipo diverso e alla nozione di rendita perpetua (art. 1861 c.c.), nessuna norma della rendita vitalizia richiede espressamente la fungibilità della prestazione o l’assunzione di una prestazione di dare, sí che non si comprende la ragione per la quale una rendita avente a oggetto una prestazione di fare o comunque infungibile debba essere considerata automaticamente una rendita atipica.

Occorre pertanto superare questa prospettiva e svuotare la rendita vitalizia delle suddette caratteristiche. Infatti, in merito al contenuto della prestazione si è giustamente rilevato, ad esempio, che la circostanza che il vitalizio alimentare sia spesso commisurato ai “bisogni del vitaliziato” non solo non è un elemento essenziale della fattispecie, ma non rappresenta un vero elemento discrezionale. Del resto, tanto una prestazione di dare, tanto una prestazione di fare potrebbero servire alla soddisfazione del medesimo interesse; interesse che non si può definire patrimoniale soltanto perché oggetto della prestazione sia un dare di denaro o di altre cose fungibili, come non può dirsi necessariamente non patrimoniale se riferito ad obblighi di assistenza. Di conseguenza, è da condividere chi afferma la “precarietà di ogni rigido tentativo di definizione operato in base a criteri predeterminati e tendente alla riconduzione della figura allo schema tipico della rendita vitalizia, ovvero alla esclusione dallo schema stesso, onde ricavare la disciplina concreta applicabile”⁷¹. Ai fini della qualificazione, i caratteri della prestazione sono irrilevanti; fondamentale, invece, aver conto del concreto assetto di interessi, nonché della volontà espressa in sede di conclusione dell’accordo.

Stesso discorso si ha in tema di fungibilità della prestazione. Non corrisponderebbe al vero il convincimento comune secondo il quale la prestazione periodica o continuativa della rendita vitalizia si connota per la fungibilità, mentre nei vitalizi impropri, rilevano le caratteristiche personali del debitore configurando un rapporto fiduciario o *intuitus personae*. In primo luogo, il requisito della necessaria fungibilità della prestazione non è espressamente richiesto dalla disciplina della rendita vitalizia, ma è desunto in dottrina dalla normativa della rendita perpetua. In secondo luogo, anche un vitalizio improprio può avere ad oggetto una prestazione di dare, come nel caso di una prestazione avente ad oggetto *vitto*, *alloggio* e *vestiario*. In terzo luogo, per la qualificazione di un negozio non è mai sufficiente considerare isolatamente il singolo rapporto obbligatorio che scaturisce dalla

⁷¹ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 119.

pattuizione⁷². A prescindere dalla mera qualificazione della singola prestazione come fungibile o infungibile, occorre dare attenzione al complessivo assetto di interessi condiviso e quindi alla particolare considerazione che le parti hanno avuto, nell’insieme, delle prestazioni dedotte in contratto. Ad esempio, non si può escludere *a priori* che una prestazione di assistenza morale o materiale, apparentemente infungibile, possa rivestire i connotati della fungibilità e della convertibilità in danaro se ciò corrisponde all’interesse del creditore⁷³. Si pensi alla clausola, spesso utilizzata nei vitalizi impropri, che consente al vitaliziante di liberarsi dall’obbligo di prestare gli alimenti o il mantenimento in natura versando al vitaliziato una somma di danaro, con variazione dell’oggetto della prestazione (che diviene fungibile)⁷⁴. Né in tal caso si può escludere l’applicabilità dell’art. 443 c.c. (in tema di somministrazione degli alimenti), qualora non sia più possibile erogare la prestazione in natura per divergenze o incompatibilità insorte tra le parti e si accerti che l’interesse del vitaliziato può essere soddisfatto anche mediante una prestazione in danaro. In tal caso, però, non si discorrerà, come pure affermato, di applicazione analogica dell’art. 443 c.c. ai vitalizi impropri⁷⁵, ma semplicemente di operatività di un rimedio diverso (adempimento in danaro) pur sempre idoneo a soddisfare l’interesse del creditore. Ciò confermerebbe la nota e risalente tesi del Cicu, il quale a proposito della natura dell’obbligo alimentare, riferiva il termine ‘alimenti’, indifferentemente, alla prestazione in natura e alla prestazione in danaro⁷⁶, affermando che la distinzione tra natura e danaro non comporta necessariamente una differente valutazione giuridica⁷⁷.

Quindi la circostanza che un’obbligazione di fare possa assumere, nel complesso assetto degli interessi, natura fungibile comporta anche l’abbandono della necessaria natura *intuitus personae* di tutti i vitalizi impropri. Sarà il concreto assetto negoziale a consentire di rispondere alla domanda se è necessario che la prestazione di assistenza materiale e morale sia eseguita personalmente dal debitore, oppure se il creditore reputa equivalente che siano forniti mezzi economici a fini assistenziali. Come rilevato, infatti, se è vero che “nel vitalizio alimentare la prestazione può avere ad oggetto prevalentemente un *facere* anziché un *dare*” e che “l’obbligo di mantenimento

⁷² Considera “forse erroneo” questo metodo di qualificazione QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 129.

⁷³ Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, cit. V. anche esempio *retro* § 3.

⁷⁴ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 129.

⁷⁵ Cass., 25 ottobre 1969, n. 3501, cit. Esclude che la disposizione si possa recuperare per le vie dell’interpretazione analogica LANDRISCINA, A.: *Obbligazioni vitalizie di “facere” infungibile*, cit., p. 831. Per una ricostruzione dei principali orientamenti, v. QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 132.

⁷⁶ CICU, A.: “La natura giuridica dell’obbligo alimentare fra congiunti”, *Riv. dir. civ.* (1910), I, p. 145.

⁷⁷ CICU, A.: “La natura giuridica dell’obbligo alimentare fra congiunti”, cit., p. 152.

comprende la somministrazione di tutto quanto necessario ai bisogni del vitaliziato e si concreta nella prestazione promiscua di cose e di servizi, le une e gli altri prevalenti a seconda delle varie contingenze della vita del creditore”, vero è pure che talvolta nel concreto rapporto la prestazione di fare (assistenziale) è convertibile in danaro, avuto riguardo all’interesse del creditore, con la conseguenza che “le prestazioni di fare” possono rappresentare “nell’economia del contratto, l’equivalente di ciò che il creditore dovrebbe procurarsi durante l’esborso di somme”⁷⁸. Si pensi all’ipotesi nella quale, a fronte del trasferimento di un immobile, l’acquirente assume l’obbligazione di prestare cure in favore dell’alienante⁷⁹. Se nel corso del rapporto si manifesta tra le parti un dissapore tale da rendere intollerabile la prosecuzione del rapporto, per la giurisprudenza francese la circostanza non rappresenta motivo di risoluzione del contratto, ben potendo la prestazione pattuita e non eseguita a causa di dissidi sopraggiunti tra le parti essere comunque eseguita, alla luce del complesso assetto di interessi, per equivalente, mediante conversione della prestazione di cure in prestazione di danaro⁸⁰. Sì che, in caso di inadempimento, l’alternativa tra il sequestro e la vendita dei beni del debitore (*ex art. 1878 c.c.*) e la risoluzione (*ex art. 1453 c.c.*) non è fatta dipendere dalla natura tipica o atipica del contratto, né dalla natura della prestazione, ma dall’interesse del creditore e dal concreto regolamento negoziale (senza necessità di una specifica previsione pattizia).

Questo non significa affermare che ogni prestazione di fare è infungibile, né, come pure rilevato, che ogni prestazione di fare “è l’equivalente di ciò che dovrebbe procurarsi mediante l’esborso di danaro”, ma significa soltanto che bisogna analizzare il concreto regolamento negoziale poiché non si può escludere che *anche in mancanza di un accordo espresso tra le parti* una prestazione di fare possa assumere natura fungibile in relazione alla posizione del creditore (riducendo così la distanza tra la rendita vitalizia e i c.d. vitalizi impropri). Così secondo una sentenza della Cassazione in tema di vitalizio assistenziale, “l’affidamento del vitaliziato ad una casa di cura, conseguente al peggioramento delle condizioni di salute del vitaliziato stesso, non varrebbe ad escludere l’obbligo per il vitalizante di continuare a prestare assistenza al vitaliziato”⁸¹. Questo è un’ulteriore prova che la prestazione del vitalizante non è di per sé infungibile e che, almeno in parte, può essere sostituita dalla prestazioni di altri, con buona pace dell’infungibilità come caratteristica essenziale e discriminante dei vitalizi impropri. Non si può escludere, insomma, che anche una prestazione assistenziale di natura personale può, per concorde volontà dei contraenti o avuto riguardo all’interesse del

⁷⁸ Cass. 18 marzo 1958, n. 905, cit., e Cass. 25 ottobre 1969, n. 3501, cit.

⁷⁹ Ci si riferisce a Civ. 8 janvier 1980, in *Rec. Dalloz* (1983), J, 306.

⁸⁰ Così si orienta Civ. 8 janvier 1980, cit., nonostante l’art. 1978 *code civil* sembri contrapporre in modo rigido le figure del *contrat de rente viagère* e del *bail à nourriture*.

⁸¹ Cass., 11 dicembre 1995, n. 12650, cit.

creditore, reputarsi surrogabile con altra prestazione di *facere* da altri eseguita o sostituibile con una diversa prestazione economica (normalmente pecuniaria). Sí che neppure la supposta infungibilità può essere un elemento dal quale dedurre l’atipicità dei vitalizi impropri e la loro intrinseca autonomia rispetto alla disciplina della rendita vitalizia.

In questa prospettiva, non si svuota di significato la distinzione tra obbligazioni di dare e obbligazioni di *facere* ma la si rilegge in una prospettiva non già strutturale ma funzionale⁸². Soltanto l’analisi del concreto assetto degli interessi consente di valutare la coercibilità della prestazione e la sostituibilità di una prestazione personale con una prestazione in danaro. La prestazione di una rendita alimentare può essere caratterizzata da *intuitus personae*, ma potrebbe comunque essere considerata dagli interessati surrogabile con quella di fare altrui. Le parti potrebbero, inoltre, essere indifferenti alle modalità di esecuzione (in natura o in danaro): se al debitore è concesso di liberarsi mediante l’esecuzione di una prestazione pecuniaria, questa è privata di ogni connotazione in senso personalistico ed è, quindi, fungibile. L’imputazione al vitalizio oneroso di una prestazione di dare in via esclusiva non solo non è la regola nella pratica e non riflette le istanze emergenti dagli usi, ma spesso è un retaggio della tradizione. L’infungibilità, ancorché emergente dalla prassi contrattuale, può essere accantonata per volontà delle parti. In tal modo spesso si accorciano le supposte distanze tra la figura tipica del vitalizio oneroso e i vitalizi impropri e si incrina la tradizionale considerazione dell’*intuitus personae* come dato essenziale dei vitalizi impropri.

Sulla base di queste considerazioni e ritornando al problema dell’applicabilità dell’art. 1878 c.c. al vitalizio c.d. improprio, deve concludersi che la soluzione dipende, piú che dalla natura della singola prestazione, dal complesso assetto di interessi considerati nel caso concreto⁸³. Vi sono infatti ipotesi nelle quali la prestazione risulta infungibile soltanto *prima facie*; ad uno studio piú accorto della fattispecie, ci si potrebbe accorgere che l’interesse del creditore è suscettibile di soddisfazione anche mediante una prestazione diversa. Il che porterebbe a scoprire che quella originariamente convenuta è, in realtà, una

⁸² Diversamente, SALA, M.: “Contratti atipici vitalizi a titolo oneroso e risoluzione per inadempimento” (nota a Cass., 30 gennaio 1992, n. 1019), *Giust. civ.* (1993), I, p. 1057; TORRENTE, A.: *Vitalizio alimentare*, cit., p. 607; LANDRISCINA, A.: *Obbligazioni vitalizie di “facere” infungibile*, cit., p. 825; e PERFETTI, U.: *Contratto innominato di mantenimento*, cit., p. 527.

⁸³ Diversamente, tra gli altri, LANDRISCINA, A.: *Obbligazioni vitalizie di “facere” infungibile*, cit., p. 832; e PERFETTI, U.: *Contratto innominato di mantenimento*, cit., p. 532 s.; ZANA, M.: *Il contratto di assistenza alla persona*, Pisa (2000), p. 70 s.; TERRANOVA, C.: “*Vitalizio alimentare in cambio di un immobile e rinuncia all’azione di risoluzione*” (nota a Cass., 28 luglio 1975, n. 2924), *Foro it.* (1976), I, c. 2882; BONILINI, G.: *Vitalizio e risoluzione per inadempimento*, cit., p. 468 s.

prestazione fungibile e che al particolare contratto di mantenimento (tipico o atipico che sia) si deve applicare l'art. 1878 c.c.

VII. *SEGUE*. ALEA DEL CONTRATTO E CONTROLLO DI MERITEVOLEZZA DEGLI INTERESSI PERSEGUITI.

In ordine al requisito dell'aleatorietà della rendita vitalizia è necessario sfatare alcuni luoghi comuni, dovuti a ragioni storiche.

Secondo l'impostazione tutt'oggi condivisa, l'alea, intesa come incertezza obiettiva, per volontà delle parti o per legge, su chi possa trarre un vantaggio per lo più economico dalla conclusione del contratto a causa di un evento incerto⁸⁴, rappresenterebbe un elemento giuridico-strutturale essenziale di

⁸⁴ Sul concetto di alea quale "incertezza del risultato economico finale", v. GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., pp. 23 s., 79 ss., 246, che, giustamente, distingue tra l'alea "normale" (ex art. 1467, comma 2, c.c.), o economico-funzionale, di qualunque contratto ad esecuzione non immediata (differita o continuata), costituita dalle normali oscillazioni o variazioni di valore economico della prestazione di una o di entrambe le parti in dipendenza delle fluttuazioni del mercato, e l'alea non soltanto economica, ma "giuridico-strutturale" caratterizzante la categoria dei negozi aleatori, la quale, invece, concerne la previsione, nell'ambito del meccanismo contrattuale, del collegamento tra la nascita e/o la consistenza della prestazione di una o di entrambe le parti e l'accadimento di un evento incerto. Sul punto v. anche DI GIANDOMENICO, G.: *Il contratto e l'alea*, Padova (1987), p. 302 s.; CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 176 ss., il quale, al riguardo, correttamente discorre di "alea propria dei contratti aleatori"; nonché ASCARELLI, T.: "Aleatorietà e contratti di borsa", *Banca borsa tit. cred.* (1958), I, p. 435 ss., 439 ss., che afferma: "Se riflettiamo sui contratti tradizionalmente considerati aleatori (gioco, assicurazioni, rendita vitalizia, e, se vuoi, *emptio spei* che, a differenza dei primi, presenta un'alea tuttavia diversamente valutabile) non tardiamo ad accorgerci come l'alea che induce a definire il contratto come aleatorio sia quella che: a) concerne la verifica di un evento che sfugge al controllo delle parti, b) evento definito nel contratto stesso, c) che può importare anche l'assoluta mancanza di una prestazione di una parte o dell'altra, d) senza tuttavia che la verifica di questa eventualità influisca sulla misura della controprestazione. Possiamo esprimere questa situazione anche scrivendo che la prestazione di una delle parti (o di ciascuna delle parti) è determinata nella sua misura (comprendendo in detto termine anche la misura zero) – nella sua misura, non nel suo oggetto, contro quanto a volte si insegna; tanto meno direttamente nel suo valore economico – in funzione di un evento futuro e incerto, definito nel contratto e considerato indipendente dal comportamento delle parti (o considerato solo in quanto si verifichi indipendentemente dal comportamento delle parti)". Sul tema, imprescindibili altresì NICOLÒ, R.: "Alea", *Enc. dir.*, I, Milano (1958), p. 1024 ss. e SCALFI, G.: "Considerazioni sui contratti aleatori", *Riv. dir. civ.* (1960); ID., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese (1960), p. 111 ss.; ID., "Alea", *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino (1978), p. 253 ss. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti dottrinari in merito all'individuazione dei connotati tipici dei contratti aleatori, cfr. CLARIZIA, O.: *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli (2009), p. 16, nota n. 9. Sull'*emptio spei*, ex art. 1472, comma 2, c.c., v. PERLINGIERI, P.: *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli (2010, rist. 1962), p. 3 ss. Con riferimento alla vendita di diritti ereditari, stipulata "a

qualsiasi rendita⁸⁵, sí che la sua mancanza (o, se vogliamo, riduzione) condurrebbe all’invalidità o addirittura all’inesistenza del contratto⁸⁶. Il carattere è usualmente esteso al vitalizio improprio mediante un procedimento ermeneutico che, per un verso, mette in evidenza un significativo punto di contatto tra le nuove figure e lo schema tipico, ma, per l’altro, ne ribadisce la diversità in virtù del particolare atteggiarsi. Tuttavia, nei vitalizi impropri, si è detto, l’alea sarebbe “doppia” o “accentuata”: all’*incertezza sulla durata*, che dipende dalla vita del creditore, si aggiungerebbe la variabilità del contenuto della prestazione in relazione allo *stato di bisogno* e di salute dello stesso⁸⁷. Come anticipato, secondo alcuni, questo

rischio e pericolo” e “senza frode”, *ex art. 765 c.c.*, esclude la natura aleatoria di tale figura MOSCARINI, L.V.: “Gli atti equiparati alla divisione”, *Riv. trim.* (1963), p. 552, secondo il quale, in tale fattispecie, l’aleatorietà “si riduce [...] alla mera incertezza soggettiva delle parti circa la consistenza economica della quota ceduta e non è dato invece riscontrare la presenza di un rischio obiettivamente inteso che costituisce l’essenza dell’alea in senso stretto”. Analogamente, lo stesso Autore [ID., “Commutatività” e “aleatorietà” dell’appalto”, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 11, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino (1984, rist. 1985), p. 716], dopo aver definito l’alea “come incertezza oggettiva del valore intrinseco e/o dell’onerosità, al momento della futura esecuzione, dell’una o dell’altra delle due prestazioni contrapposte, o di entrambe”, esclude la riconducibilità dell’appalto alla categoria dei contratti aleatori. Sul concetto di alea v., ampiamente, FERRARI, V.: *Il problema dell’alea contrattuale*, Napoli 2001, p. 11 ss., ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza; cfr., di recente, tra gli altri CAPALDO, G.: *Contratto aleatorio e alea*, Milano 2004.

⁸⁵ TORRENTE, A.: *Rendita perpetua*, cit., pp. 81 e 92; CARIOTA FERRARA, L.: *Contratti aleatori*, cit., p. 19; ANDREOLI, N.: *La rendita vitalizia*, cit., p. 12 ss.; CALVO, R.: *I vincoli derivanti dalle rendite*, cit., p. 288. Premesso il carattere convenzionalmente aleatorio del vitalizio improprio, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, *Giur. it.* (1999), p. 2264, dichiara la nullità, per difetto di causa propria il contratto (successivo e collegato a quello di mantenimento) con il quale, in ragione della sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione assistenziale, il vitaliziato attribuisce ai vitalizzanti la nuda proprietà su beni ulteriori rispetto a quelli già ricevuti. Diversamente PINO, A.: *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, cit., p. 1229, rileva che la natura aleatoria della rendita vitalizia va dimostrata e non presupposta, al fine di evitare il rischio di incorrere in gravi errori e petizioni di principio.

⁸⁶ Optano per il rimedio della nullità, Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, *Dir. giust.* online; Cass., 12 ottobre 2005, n. 19763, *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 10; Cass., 9 gennaio 1999, n. 117, *Dejure* online; Cass., 28 giugno 1986, n. 4344, *Riv. not.* (1987), p. 561; Cass., 14 aprile 1984, n. 2419, *Foro it.* (1984), I, c. 1841; Cass., 24 marzo 1982, n. 1880, *Rep. Giur. civ.* (1982), voce *Rendita vitalizia*, n. 6; Cass., 16 giugno 1981, n. 3902, *Foro it.* (1982), I, c. 477; Cass., 22 ottobre 1977, n. 4547, *Rep. Foro it.* (1977), voce *Rendita vitalizia*, n. 2; Cass., 30 settembre 1955, n. 2704, *Rep. Foro it.* (1955), voce *Vitalizio*, n. 13. PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 355, osserva che, in circostanze di questo tipo, la nullità è fatta dipendere (non da una espressa previsione normativa, ma) da un mero “principio teorico”, peraltro non necessariamente fondato.

Di “inesistenza” per difetto di alea si discorre nell’ambito della giurisprudenza di merito piú datata. Cfr., tra le altre, App. Bari, 28 giugno 1949, *Rep. Foro it.* (1949), voce *Vitalizio*, n. 3; e App. Genova, 4 agosto 1947, *Temi* (1947), p. 602.

⁸⁷ Cass. 18 marzo 1958, n. 905, cit.; Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432, cit.; Cass., Sez. un., 11 luglio 1994, n. 6532, *Mass. Giust. civ.* (1994), p. 949; Cass., 11 dicembre 1995, n.

confermerebbe la tipicità dei vitalizi impropri, poiché consentirebbe di ricondurre le diverse figure al medesimo schema della rendita vitalizia e di confermare l'affinità tra le due fattispecie contrattuali⁸⁸. Secondo altri, lo stesso dato dimostra il contrario, ovvero l'atipicità dei vitalizi impropri, poiché la doppia alea acuirebbe la differenza con il vitalizio oneroso⁸⁹; si reputa, cioè, che il carattere maggiormente accentuato (“doppio” o “composito”) dell'alea non è un profilo irrilevante ai fini della qualificazione della fattispecie, ma penetra nella “causa alimentare” e impedisce la riconduzione allo schema del vitalizio oneroso.

Come affermato, la logica alla base dei due contrapposti orientamenti è la medesima: il sillogismo e la sussunzione⁹⁰. Questa circostanza, che può comunque essere esclusa dalle parti, costituisce, tuttavia, soltanto una particolare qualificazione dell'alea e non incide sul rapporto tanto da allontanarlo dal modello legale; eppure, nonostante l'aleatorietà sia dato comune a vitalizi impropri e contratto tipico, non se ne deduce l'identità⁹¹.

Non credo che l'impostazione sia condivisibile, poiché l'alea non è, come rileva isolata dottrina⁹², un requisito essenziale della causa della rendita. Inoltre, se pure lo fosse (il che potrebbe accadere qualora la si intenda, come preferibile, quale requisito giuridico-strutturale dei contratti aleatori⁹³), la sua mancanza o, meglio, la sua riduzione o il suo affievolimento non escluderebbero affatto di per sé la liceità e la meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti dal negozio⁹⁴.

12650, cit.; Cass., 9 ottobre 1996, n. 8825, cit.; Cass., 5 maggio 2010, n. 10859, *Giust. civ.* (2010), I, p. 2167; Trib. Torre Annunziata, 26 aprile 2011, cit. Sul punto v., ampiamente, QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 137 ss., e ivi ulteriori riferimenti. Cfr. le riflessioni di FUSARO, A.: “Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico”, *Fam. dir.* (2008), p. 305 ss.

⁸⁸ ANDREOLI, M.: *La rendita vitalizia*, cit., p. 49 ss.

⁸⁹ TORRENTE, A.: *Vitalizio alimentare*, cit., p. 607; TROJANI, P.L.: *Contratto di mantenimento e vitalizio alimentare*, cit., p. 1440; AULETTA, T.: *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., p. 203; CECCARELLI, R.: “Il contratto vitalizio assistenziale: un caso di atipicità”, *Giust. civ.* (1997), p. 2237; PERSEO, M.: “Risoluzione del contratto di mantenimento”, *Notariato* (1998), p. 239; LANDRISCINA, A.: *Obbligazioni vitalizie di “facere” infungibile*, cit., c. 829; e BONILINI, G.: *Vitalizio e risoluzione*, cit., p. 468.

⁹⁰ V. *retro* § 1.

⁹¹ Cfr. la più volte citata Cass., Sez. un., 18 agosto 1990, n. 8432.

⁹² PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 360 ss.; LENER, A.: *Vitalizio*, cit., p. 1025; e già MIRABELLI, G.: *Del contratto vitalizio*, in *Tratt. dir. civ. it. secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da Fiore e continuato da Brugi, VI, Napoli-Torino (1924), p. 420 ss.; e TARTUFARI, L.: “Dell'alea nella costituzione di rendita vitalizia”, in *Arch. giur.* (1889), XLII, p. 424 ss.

⁹³ Sul punto vedi *retro* nota 65.

⁹⁴ Sulla necessità che il controllo di meritevolezza operi con riferimento ai negozi sia tipici sia atipici, quale naturale conseguenza del concetto di causa concreta, v., PERLINGIERI, P.: “Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale”, *Il Foro nap.*

A sostegno dell'assunto, si può anzitutto rilevare che il Codice del 1942 non discorre mai dell'alea quale requisito della rendita (a differenza del Codice civile del 1865 che, all'art. 1102, riconosceva espressamente – similmente agli artt. 1964, 1975, 1976 del codice napoleonico – la natura aleatoria nella rendita vitalizia)⁹⁵. Né si può richiamare la Relazione al c.c. n. 747 ove si afferma che “il vitalizio è essenzialmente contratto aleatorio”: questo riferimento è operato con riguardo all'art. 1876 c.c. per giustificare la nullità della rendita che si riferisce alla vita di persona già defunta al tempo del contratto⁹⁶. In questi casi, la nullità è dovuta non già alla mancanza di alea, ma alla mera mancanza di causa⁹⁷ (la ragione dell'errore sta forse nel concetto di causa allora imperante).

Occorre allora chiedersi perché, in assenza di una indicazione del legislatore, la dottrina e la giurisprudenza continuano a considerare l'alea un requisito essenziale della rendita, con la conseguenza di configurare, in caso, ad

(2014), p. 105 s., il quale osserva che l'art. 1322 c.c. “dispone che il controllo di meritevolezza va fatto per le clausole atipiche partendo da una nozione di causa astratta del contratto, ma la pratica mostra che anche un contratto tipico, magari con clausola atipica, potrebbe essere invalido. Ne deriva che il controllo di meritevolezza dell'atto di autonomia deve avere ad oggetto la causa concreta del contratto, sí da ritenere configurabile un contratto tipico illecito o immeritevole. Occorre dunque partire dalla causa in concreto per determinare la meritevolezza del regolamento, sia esso riconducibile o no ad uno schema atipico. Conseguenza, infine, l'inaccettabilità di quelle tesi secondo le quali la diffusione di taluni contratti nelle “nazioni civili” basterebbe per affermare la meritevolezza dei contratti medesimi (es. *sale and lease back*, *factoring*, *swap*, ecc.). Tesi, peraltro, superata anche dalla giurisprudenza, la quale ha valutato immeritevole il contratto di *swap* a partire da una valutazione in concreto della causa realizzata”. Sul punto v. anche PERLINGIERI, G.: *Il controllo di “meritevolezza”*, cit., p. 58, nota 8 e, per un'analisi della giurisprudenza, CLARIZIA, O.: “Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale”, in PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G.: *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli (2012), p. 411 ss.

⁹⁵ GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., p. 286. La circostanza che la disposizione non sia stata riprodotta nel Codice vigente potrebbe essere dovuta al “desiderio dei compilatori di non accogliere norme enunciate in forma di definizione”: così, PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 356, il quale reputa “troppo semplicistico” ricondurre la scelta al fatto che l'art. 1102 c.c. del 1865 contiene una regola ovvia. Del resto, sempre ad avviso dell'a., nell'attingere dall'esperienza francese, sembra frutto di un equivoco l'aver inteso il termine “vantaggio” nel senso di ‘vantaggio economico’ e non semplicemente come ‘prestazione’.

⁹⁶ L'errore ha radici lontane poiché anche la dottrina francese equiparava, a torto, la rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona già defunta (contratto nullo ex art. 1974 Cod. nap., per mancanza di causa e non di alea) alla rendita costituita, ex art. 1975, sulla vita di una persona inferma che muoia entro venti giorni dalla data del contratto (la cui nullità non dipende dalla mancanza di causa, ma da un problema di abuso o di equilibrio contrattuale). Ricostruisce gli orientamenti QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 155 ss., spec. p. 162 s.

⁹⁷ Anche DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 875, rileva che nell'art. 1876 c.c. si configura “un'anomalia del momento causale in relazione all'essenzialità del termine finale della vita umana che in quel caso verrebbe a mancare, piuttosto che al più specifico circoscritto difetto dell'elemento dell'alea”.

esempio, di negozio concluso da una persona molto anziana o gravemente malata⁹⁸, non una nullità virtuale *ex art. 1418*, comma 1, c.c. (una nullità non espressamente prevista da una norma imperativa), ma addirittura una nullità che opera in assenza di una “norma imperativa”⁹⁹.

Si scopre, così, che all’alea è assegnata una funzione preventiva di tutela del contraente debole. In altre parole, fin dalle origini si è sempre reputata essenziale perché la sua presenza elimina, preclude ogni forma di abuso, di approfittamento o di speculazione. Infatti la reciprocità e l’equivalenza del rischio assunto dalle parti sono storicamente adottati come fondamento di liceità e di moralità del contratto. L’incerta durata della vita umana esclude, *a priori*, ogni forma di speculazione non potendosi prevedere chi realizzerà un lucro effettivo. In questo modo l’alea evita: usure in danno del debitore (vitalizante), atteso che la stipulazione di una rendita vitalizia può facilmente prestarsi a celare un prestito di danaro¹⁰⁰ (tant’è che Innocenzo IV prescrisse che la rendita non potesse mai superare il reddito dell’immobile¹⁰¹); nonché lesioni a danno del creditore (vitaliziato), situazione che può verificarsi, ad esempio, nel caso di donazioni a favore di un monastero o di una chiesa in cambio di una prestazione annuale al donante. Al riguardo, Carlo il Calvo, per evitare approfittamenti delle istituzioni ecclesiastiche debentrici della rendita, stabilì che l’ammontare di questa fosse almeno il doppio o il triplo dei frutti del cespite alienato¹⁰².

⁹⁸ Secondo la giurisprudenza, se il rapporto tra il valore del bene trasferito dal vitaliziato e le prestazioni promesse dal vitalizante non dovesse esprimere una situazione di oggettiva incertezza in ordine ai vantaggi ai quali sono esposte le parti contrattuali – in quanto manca l’incertezza sulla durata della vita o sulle condizioni di salute del vitaliziato –, il contratto non potrebbe essere considerato aleatorio. Nella stessa direzione si è esclusa l’incertezza e, quindi, l’aleatorietà del contratto, in alcuni casi nei quali la rendita aveva ad oggetto una prestazione corrispondente o inferiore ai frutti del bene trasferito, considerato che, in tali circostanze, il vitalizante non risultava esposto ad alcuno svantaggio: Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, *Nuova giur. civ. comm.* (2013), p. 859 ss.; e Cass. 24 giugno 2009, n. 14796, cit. In dottrina vedi, tra gli altri, CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 192.

⁹⁹ Né si può richiamare la norma che prevede la nullità per mancanza di causa (art. 1418 c.c.) poiché è tutto da dimostrare non soltanto che, nel caso di specie, il contratto non abbia una funzione, ma anche, come vedremo, che tale funzione non sia meritevole di tutela.

¹⁰⁰ SOFFIETTI, I.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 849.

¹⁰¹ PARADISO, M.: *Giuoco, scommesse, rendite*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, *I singoli contratti*, 8, Torino (2006), p. 352; SOFFIETTI, I.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 849; e GAMBINO, A.: *L’assicurazione*, cit., p. 284, il quale chiarisce che il sospetto di usura può essere evitato solo in presenza di un’obiettivo proporzione tra il valore del rischio e il prezzo pagato per la sua assunzione o tra i valori dei rischi reciprocamente assunti.

¹⁰² PARADISO, M.: *Gioco, scommesse, rendite*, cit., p. 352. Nella stessa logica, sia pure in altro contesto storico ed economico, secondo Cass., 30 settembre 1955, n. 2704, *Giust. civ.* (1956), I, p. 929, la differenza tra la somma delle annualità da versare per la probabile durata della vita del vitaliziato e il reddito del bene o del capitale trasferito per lo stesso numero di anni deve corrispondere al valore del bene o del capitale; diversamente, se la

Se questa, come si afferma, è la vera ragione per la quale l’alea è considerata un requisito essenziale della rendita (strumento diretto ad evitare abusi e approfittamenti)¹⁰³, non v’è motivo di configurare la nullità del vitalizio qualora, nonostante la mancanza di alea (o, meglio, la presenza di un’alea affievolita, nel senso che, al momento della stipulazione, non si può stabilire l’entità del vantaggio ma resta prevedibile quale delle parti trarrà il maggiore arricchimento economico)¹⁰⁴, l’operazione sia da considerare, alla luce della causa concreta, comunque lecita perché diretta a perseguire interessi, anche non patrimoniali, meritevoli di tutela¹⁰⁵.

Sarebbe assurdo e irragionevole, anche alla luce della tecnica dell’interpretazione orientata alle conseguenze¹⁰⁶, che un requisito nato per tutelare la parte debole si trasformi in un elemento ostativo dell’operazione qualora la stessa si dimostri in concreto meritevole di tutela (nonostante l’affievolimento dell’alea) e, in ogni caso, spesso molto più meritevole di altre operazioni normalmente praticate, ad esempio, dagli istituti bancari (come gli *swaps* e i contratti derivati in genere¹⁰⁷).

rendita non eccede il valore del reddito o lo eccede in misura irrisoria, manca l’incertezza sul risultato economico, *rectius* manca l’alea. V. anche Cass., 6 luglio 1955, n. 2082, cit., e già Cass., 9 giugno 1971, n. 1474, cit.

¹⁰³ SOFFIETTI, I.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 851 s.

¹⁰⁴ L’alea affievolita, tuttavia, non degrada nell’alea “normale” (*ex art. 1467, comma 2, c.c.*), ossia nell’alea appartenente a tutti i contratti ad esecuzione non immediata (differita o continuata) (sul punto v., per tutti, CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., pp. 177 ss.).

¹⁰⁵ Del resto anche nel contratto di assicurazione, come autorevolmente affermato (GAMBINO, A.: *L’assicurazione*, cit., pp. 23 e 79 ss.), se vogliamo, manca l’alea, poiché l’assicuratore, quale imprenditore, è in grado di eliminare il rischio della singola operazione in virtù del suo inserimento in una massa di rischi omogenei, ma mai ci si è sognati di discorrere di nullità poiché con il pagamento del premio l’assicurato ha acquisito il diritto alla tranquillità ed alla sicurezza che ha un valore in sé.

¹⁰⁶ MENGONI, L.: “L’argomentazione orientata alle conseguenze”, *Riv. trim.* (1994), p. 1 ss., ora in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano (1996), p. 91 ss. Ribadisce, anche di recente, l’importanza di porre attenzione “alle conseguenze della decisione” al fine di verificare “che non siano in contrasto con i principi e i valori fondamentali del sistema”, PERLINGIERI, P.: “Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili”, cit., p. 783.

¹⁰⁷ Sull’invalidità di taluni contratti derivati finanziari si rinvia a PERLINGIERI, G.: *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli (2013), p. 60 ss., testo e nota 110, ove si invita ad analizzare le fattispecie concrete non soltanto sotto il profilo della sussistenza o meno di un’alea unilaterale (e, dunque, della mancanza di causa *ex artt. 1895, 1418, comma 2, c.c.*), ma anche sotto il profilo del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti, posto che la nullità può derivare tanto dalla mancanza di causa quanto dalla illiceità o non meritevolezza degli interessi perseguiti. Sí che non si possono escludere ipotesi di contratti derivati, sia pure con alea bilaterale, suscettibili tuttavia di invalidità e/o di interventi modificativi del giudice diretti a sindacare il contenuto del singolo derivato. Allo stesso modo, come vedremo, in presenza di una rendita vitalizia ciò che conta non è il controllo della presenza o meno di un’alea giuridico-strutturale, nonché l’analisi della configurazione di un’alea in concreto più o meno affievolita, ma, piuttosto, il controllo di liceità e di meritevolezza degli interessi perseguiti.

A prescindere dalle ipotesi di rendite costituite per testamento¹⁰⁸ o per donazione anche mista¹⁰⁹ (ove il vitaliziato, avanti negli anni, intende beneficiare, per spirito di liberalità, il vitaliziante o un terzo¹¹⁰ e, al contempo, assicurarsi una prestazione periodica o un'assistenza materiale e spirituale anche continuativa), si pensi a un proprietario (anziano o gravemente malato) che ravvisa un'utilità maggiore in una rendita vitalizia economicamente modesta piuttosto che nella conduzione diretta del fondo, con tutti i sacrifici, i rischi e i disagi, non soltanto economici, che ciò potrebbe procurare¹¹¹. Ma il caso potrebbe valere anche per un giovane proprietario dotato di poca liquidità che preferisce un vitalizio certo ai rischi di una gestione diretta del fondo o di un'attività di impresa. Ugualmente dicasi per il proprietario di un capitale che preferisce una rendita vitalizia di importo inferiore agli interessi industriali e commerciali che lo stesso potrebbe fruttare, o perché incapace di impiegare il proprio denaro, o perché non intende correre i rischi che un impiego può comportare oppure ancora perché non ha eredi e preferisce, essendo molto facoltoso ma sofferente di solitudine, ricevere un'assistenza morale e materiale, anche a costo di subire un probabile svantaggio economico vista la sua tarda età.

Similmente, in tema di contratti derivati, v. anche CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., pp. 191, 206 ss., 209, il quale rileva che è insufficiente, sul piano della meritevolezza degli interessi, la configurazione in concreto di una funzione generica di lucro incerto a sostenere causalmente qualsivoglia figura aleatoria tipica o atipica (p. 184 s.), ma chiarisce che solo i c.dd. derivati con alea unilaterale (che sono quei negozi “che prevedono il rischio di guadagni e perdite essenzialmente a carico di una delle parti e per l'altra unicamente la possibilità di guadagni” - pp. 174, 185, 206) sono da considerare sicuramente invalidi, in quanto non solo non sono portatori di reddito da lavoro (p. 186), ma sono fonte di abuso e mancanti di un elemento essenziale (arg. art. 1895, 1418, comma 2, c.c.).

¹⁰⁸ In argomento MALVANO, M.: *Vitalizio assistenziale*, cit., p. 276, testo e nota 7, il quale inquadra l'ipotesi in esame nella discussa categoria del legato c.d. di contratto. Sul punto però v., in una prospettiva diversa, ampiamente ADDIS, F.: *Il legato di rendita*, in *Le disposizioni testamentarie*, diretto da Bonilini G. e coordinato da Barba V., Torino (2012), p. 858, ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰⁹ “Rendite atipiche possono sorgere da un contratto di transazione o di divisione, o da una promessa al pubblico, o da una disposizione testamentaria; l'ampiezza dei modi di costituzione del rapporto è pari alla varietà dei titoli a disposizione delle parti” (MACIOCE, F.: *Rendita*, cit., p. 5). In proposito, v. anche Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit.: non è il requisito della aleatorietà ad essere determinante per valutare la configurabilità di una simulazione e la qualificazione di un atto come donazione o rendita vitalizia, ma l'eventuale e originaria sporporzione tra le prestazioni.

¹¹⁰ L'art. 1875 c.c., infatti, prevede espressamente la costituzione (anche) per spirito di liberalità di una rendita vitalizia a favore del terzo. Sul punto v. MAJELLO, U.: *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, Napoli (1962), p. 117; FRANZONI, M.: *Il contratto e i terzi*, in GABRIELLI E. (a cura di): *I contratti in generale*, 2, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino (1999), p. 1213.

¹¹¹ L'esempio è riportato da PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 366.

Né, in tale ipotesi, è possibile ricorrere alla logica dell'art. 1895 c.c. previsto in tema di assicurazione¹¹², poiché la bilateralità effettiva dell'alea diventa un requisito essenziale di un contratto aleatorio soltanto là dove il rischio manchi o non esista e non sussistano altri interessi meritevoli di tutela idonei a giustificare l'operazione. Si pensi, appunto, a un contratto di rendita con un'alea unilaterale caratterizzato, tuttavia, da altri interessi meritevoli di tutela e, in quanto tali, idonei ad attribuire un senso e una giustificazione al negozio sul piano sistematico e assiologico.

Non si comprende, quindi, la ragione per la quale un atto in concreto meritevole di tutela debba essere considerato nullo soltanto perché manchevole dell'incertezza in merito a quale delle parti trarrà un vantaggio meramente economico.

Può ben accadere, infatti, che manchi “l'alternativa possibilità, per ciascuna parte, di un risultato economico finale favorevole o sfavorevole”¹¹³ oppure che l'evento morte sia probabile e solo relativamente “sfugg[a] al controllo delle parti”¹¹⁴, ma il contratto risulti comunque lecito e meritevole perché diretto a perseguire interessi, anche non patrimoniali, degni di particolare tutela e apprezzamento. Il che non esclude, ovviamente, anche la considerazione che l'atto possa essere realizzato per spirito di liberalità con la conseguenza che i legittimari avranno a disposizione i normali mezzi a tutela della quota di legittima.

Diversamente argomentando, non solo si dimentica che una *incertezza meramente economica* è comunque presente, come autorevolmente affermato, in tutti i contratti a esecuzione non immediata (le cui prestazioni sono sempre sottoposte alle oscillazioni di valore del mercato)¹¹⁵, ma la soluzione della nullità per mancanza di alea è figlia di una prospettiva esclusivamente patrimonialistica poiché il vantaggio da valutare potrebbe essere anche prettamente morale e psicologico. Si pensi al vantaggio di una persona anziana o malata e incapace, in quanto tale, di provvedere all'amministrazione del bene e ai suoi rischi.

Inoltre, affermare che il carattere aleatorio è dato dal collegamento della obbligazione periodica alla durata della vita di una persona¹¹⁶ è un errore poiché tale incertezza non rende il contratto aleatorio, posto che in tal caso

¹¹² Discorre dell'art. 1895 c.c., quale primo ed essenziale fondamento delle norme sul contratto di assicurazione, CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 187 ss.

¹¹³ GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., p. 268.

¹¹⁴ ASCARELLI, T.: *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 435 ss.; e CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 178 ss.

¹¹⁵ GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., p. 81. V. retro nota 104.

¹¹⁶ PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 362.

non è reciprocamente incerto il risultato economico, ma solo il *quantum* dovuto da una delle parti, nonché, quindi, la sola durata dell'obbligazione. Sì che potrebbe ben accadere che sia certo il vantaggio meramente economico di una delle parti al momento della stipula del contratto – vista l'impossibilità, ad esempio, per una persona molto anziana di vivere un numero di anni tale da recuperare il valore dell'immobile –, eppure la durata della vita sia incerta e il negozio meritevole di tutela per ragioni sia non patrimoniali sia patrimoniali (non legate, casomai, esclusivamente al mero vantaggio economico, ma ad aspetti riguardanti la comodità e i rischi della gestione diretta del bene).

Pertanto, di là dai casi di incapacità che renderanno il contratto annullabile, è compito dell'interprete valutare se il concreto assetto di interessi è espressione di una speculazione o ha una funzione previdenziale (o semplicemente meritevole di tutela come nel caso di un atto di liberalità il quale non ha di per sé funzione previdenziale)¹¹⁷, sia pure economicamente sconveniente. Si pensi alla garanzia della gestione, alla continuità dell'attività d'impresa, all'ottenimento immediato di una assistenza materiale e morale e ad ogni fattispecie che non è inquadrabile nella mera alternativa tra onerosità-aleatorietà e gratuità-non aleatorietà essendo ben configurabili situazioni 'intermedie'¹¹⁸ o miste. Negare ciò significherebbe affermare che le parti non possono disporre convenzionalmente della componente aleatoria del vitalizio, il quale ben può essere finalizzato anche alla realizzazione di interessi che ontologicamente prescindono dall'alea¹¹⁹. Si pensi, per fare degli esempi per i quali non sembra possibile dubitare dello schema del vitalizio, all'accordo tra vitaliziato e vitalizante sui criteri utili a colmare ogni sproporzione dovuta all'alea, o che riduca l'entità della rendita qualora il vitaliziato viva oltre un certo numero di anni. Oppure si pensi al patto che stabilisca la reintegrazione del capitale alienato quando, per qualunque motivo, la rendita diventi eccessivamente onerosa per il vitalizante. Le parti potrebbero, altresì, convenire la restituzione agli eredi del vitaliziato (o al vitaliziato medesimo qualora la vita contemplata riguardi il terzo) di parte del capitale alienato, o, di una somma a titolo di indennizzo, nell'ipotesi nella quale la vita umana posta quale termine finale della rendita cessi prima di una certa data¹²⁰. In questi casi, in relazione agli interessi concreti e di là da ogni categoria dogmatica o concettualizzazione, sono le parti a voler mantenere un equilibrio tra le prestazioni a scapito della componente aleatoria e sicuramente, a queste fattispecie, saranno applicabili le norme, proprie dei contratti commutativi, in tema di rescissione per lesione e di risoluzione per eccessiva onerosità.

¹¹⁷ Sul punto vedi *infra* § 8.

¹¹⁸ Così anche DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 877.

¹¹⁹ DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 877.

¹²⁰ Per questi esempi v. DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 877 s.

Anche dal punto di vista logico, l'alea non può essere considerata un elemento di struttura della rendita, tale da condizionarne la validità o l'esistenza. Infatti, se l'alea è intesa come incertezza sul risultato economico del contratto, anche una rendita certamente svantaggiosa per una parte è comunque una rendita incerta nel risultato economico, poiché il vantaggio può essere minore o maggiore a seconda della maggiore o minore durata della vita del vitaliziato¹²¹.

Se, invece, l'alea è intesa come incertezza sulla durata della vita del vitaliziato, anche un contratto concluso da un anziano o un malato grave non è di per sé, al momento della stipulazione, senza alea, perché “non è nei poteri della scienza medica il prevedere con sicurezza se una data infermità”, o anzianità, “provochi sempre e necessariamente la morte e entro quanto tempo la provochi: non sono rari i casi nei quali una lunga sopravvivenza ha smentito le previsioni mediche”¹²². Del resto l'alea “va accertata con riguardo al momento della conclusione del contratto”¹²³ e, nelle ipotesi indicate, l'*incertezza* – sia *sulla durata della vita*, sia *sul risultato economico del contratto* – non è assente ma soltanto affievolita. Così, anche una rendita conclusa con un malato grave di per sé è un rendita che ha ad oggetto uno “scambio tra una prestazione certa e una prestazione per sua natura incerta, determinabile successivamente al verificarsi di un evento futuro”¹²⁴.

Se ne deduce che non è importante chiedersi se l'alea sia o no un elemento caratterizzante la rendita; ciò sia perché il contratto può essere gratuito, sia perché non è l'alea a condizionare la validità della rendita, bensì il controllo di meritevolezza e di proporzionalità tra le prestazioni, effettuato al fine di valutare se la concreta operazione non sia abusiva e persegua interessi, anche non patrimoniali, meritevoli di tutela. Infatti l'adeguatezza del “corrispettivo” o di altra prestazione “non va giustificata in astratto, ma in concreto, in relazione all'interesse del vitaliziato”¹²⁵, anche non patrimoniale.

¹²¹ Cass., 8 giugno 1955, n. 1762, *Giust. civ.* (1956), I, p. 929, e Cass., 21 giugno 1954, n. 2138, *Mass. Foro it.* (1954), c. 422. Sembra rilevarlo anche GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., p. 283.

¹²² PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 367. Diversamente cfr. Cass., 12 ottobre 2005, n. 19763, cit., e Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, cit. Di possibile “incertezza obiettiva iniziale” sulla durata della vita del vitaliziato si discorre in Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2011, cit.

¹²³ Cass., 24 giugno 2009, 14796, cit.; e Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit. Per la giurisprudenza di merito, in questo senso, Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2011, cit. In dottrina LAUS, F.: “Il contratto di vitalizio assistenziale nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione”, *Giur. it.* (2006), p. 506 ss., e FUSARO, A.: *Autonomia privata*, cit., p. 305 ss.

¹²⁴ NICOLÒ, R.: *Alea*, cit., p. 1029. Sulla circostanza che ciò che caratterizza una condizione

¹²⁵ PINO, A.: *Il difetto di alea*, cit., p. 353 ss., spec. p. 356 ss., supera l'idea dell'alea come requisito di esistenza o di validità della rendita e, in caso di infermità grave, paventa semmai l'errore del vitaliziato; in questo caso, tuttavia, spetterebbe a chi “impugna dimostrare che il

Si è avuto occasione di osservare che “anche la rendita vitalizia è da considerare (virtualmente) nulla non tanto, come tralatiziamente affermato in giurisprudenza, qualora manchi l’alea [...], ma nel caso in cui, ad esempio, si realizzi un comportamento scorretto e, in ogni modo, si accerti, dopo una analisi del concreto assetto degli interessi, che sussista una speculazione, un approfittamento, un abuso, una sperequazione a danno di una parte (e in assenza di un suo spirito di liberalità) tale da condizionare la meritevolezza della causa concreta del negozio e la proporzionalità”¹²⁶. Proporzionalità, sia chiaro, che non significa equivalenza ‘economica’ tra prestazione e controprestazione, ma, al contrario, controllo del regolamento negoziale al fine di valutare se tale regolamento realizzi in concreto un ingiustificato squilibrio in considerazione degli interessi, anche non patrimoniali, dedotti nella vicenda¹²⁷.

Inoltre “può accadere che l’incertezza sulla durata della vita contemplata, ragionevolmente da escludere *ab initio*, si manifesti poi in concreto, perché era errata la diagnosi sulla malattia o perché è stata scoperta una nuova cura”¹²⁸. In questa ipotesi avrei delle perplessità a discorrere di validità o invalidità sotto il profilo della presenza o mancanza di alea; si tratterà semmai di *responsabilità precontrattuale* in costanza di un contratto valido¹²⁹, di dolo

vitaliziato era in errore sul suo stato di salute e che la sua infermità era conosciuta o conoscibile alla controparte” (p. 367). Per una più ampia critica al concetto di alea e la consapevolezza della necessità di garantire l’equilibrio delle prestazioni, anche nei contratti aleatori, v. ID., *Contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim.* (1960), p. 1221 ss.

¹²⁶ PERLINGIERI, G.: *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 65, nota 110.

¹²⁷ PRISCO, I.: *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto* (nota ad App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836), in PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G. (a cura di): *L’interpretazione secondo Costituzione” nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, cit., p. 349 ss. Reputano che la sproporzione del regolamento negoziale non costituisca in sé un disvalore, ma lo divenga quando lo squilibrio risulti eccessivo e ingiustificato anche FACHECHI, A.: *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli (2012), *passim*, spec. 151 ss.; GIOVA, S.: *La proporzionalità nell’ipoteca e nel pegno*, Napoli (2013), *passim*; EAD., *Principio di proporzionalità e garanzia ipotecaria*, in *Rass. dir. civ.* (2012), p. 391 ss.

¹²⁸ PARADISO, M.: *Giuoco, scommessa, rendite*, cit., p. 352.

¹²⁹ Di là dalle ipotesi codificate di invalidità negoziale, l’intervenuta conclusione del contratto assorbirebbe ogni scorrettezza perpetrata in sede prenegoziale secondo larga parte della dottrina e della giurisprudenza: “il contratto [...] sempre assimila e ingloba tutti i rapporti giuridici anteriori alla sua conclusione, al punto da determinare la scomparsa di ogni loro traccia e l’allontanamento di essi dal mondo del giuridicamente rilevante” (in questi termini GRISI, G.: *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli (1990), p. 234, rende conto della soluzione interpretativa). Così ragionando, si avrebbe responsabilità precontrattuale soltanto in caso di trattative infruttuose e silenzio in ordine a eventuali cause di invalidità dell’accordo (art. 1338 c.c.). V., tra i tanti, D’AMICO, G.: *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* (2002), I, p. 41 ss., e ID., *Buona fede “in contrahendo”*, in *Riv. dir. priv.* (2003), p. 351 ss. In direzione opposta, ad avviso di FEDERICI, I.: *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli (2010), p. 189, la teoria

incidente o determinante, qualora, ad esempio, si configuri in concreto un inganno della controparte sull'età o sullo stato di salute.

Quindi il problema non è soltanto economico, né riguarda l'individuazione nel contratto commutativo di uno spirito di liberalità, ma attiene, a prescindere da ogni grado di aleatorietà in concreto individuabile, al controllo di meritevolezza della causa concreta, la quale, anche se economicamente sconveniente (per il valore del bene trasferito, per l'età avanzata o per le condizioni di salute del vitaliziato), può perseguire interessi, anche non patrimoniali, degni di tutela¹³⁰. In altri termini, non si può affermare che è automaticamente non meritevole di tutela la costituzione di una rendita non eccedente o eccedente in misura esigua il valore del reddito del bene o del capitale trasferito (cosicché per quanto possa essere lunga la vita della persona contemplata il vitalizio trae sempre un vantaggio, con conseguente assenza di incertezza sul risultato economico). Ciò non soltanto perché il contratto potrebbe essere parzialmente gratuito, ma perché potrebbe perseguire un interesse non patrimoniale del vitaliziante meritevole di tutela.

realizzerebbe una sostanziale anestesia del contegno sleale. In opposizione alla descritta equivalenza tra contratto valido e contratto giusto, v. anche PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., *passim*, ivi ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; nonché POLIDORI, P.: *Recensione*, in *Rass. dir. civ.* (2014), p. 648 ss.; FACHECHI, A.: *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane* (2012), p. 339 ss.; EAD., *Sul falso principio di “non interferenza” tra regole di comportamento e regole di validità* (nota a Corte App. Firenze, 3 aprile 2012, n. 489), in *Corti fiorentine* (2014), p. 120 ss.

¹³⁰ Recuperando l'efficace esempio riportato da CACCAVALE, C.: *Il trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli (2014), p. 1 ss., si pensi a un anziano e malato imprenditore in procinto di liquidare il suo patrimonio immobiliare per dividerne il ricavato tra i suoi figli e desideroso altresì di cedere l'azienda non ai suoi figli (tutt'altro che interessati alla stessa anche perché da tempo stabilitisi a vivere altrove) ma ad un suo nipote, il quale gli garantisce maggiore continuità grazie alla sua dedizione e competenza da tempo dimostrate. Si immagini che, a tal fine, venga stipulato un contratto di cessione di azienda al nipote a condizione che lo stesso, a partire da un certo momento (verosimilmente quello della liquidazione della restante parte del patrimonio) e fino alla sua morte, abbia provveduto ad ospitarlo presso di sé e fornirgli assistenza materiale (alimenti, vestiario, alloggio, spese mediche) e morale (compagnia, intrattenimento culturale), tenuto anche conto che gli utili che deriveranno dall'esercizio dell'impresa, nelle sue previsioni, per la parte che non verrà reinvestita, saranno di volta in volta destinati ad integrare il reddito dei di lui figli. Ora, seppure il trasferimento dell'azienda avvenga immediatamente e non alla morte dell'imprenditore (il che elimina ogni possibile alea poiché il valore dell'azienda è cristallizzato al momento della stipulazione) non si può discutere di nullità per mancanza di alea. Gli interessi perseguiti dall'operazione sono, infatti, meritevoli di tutela, anche avuto riguardo all'interesse del vitaliziato, poiché grazie all'operazione il vitaliziato si libera immediatamente della impegnativa, e non più sostenibile, gestione (per motivi di età e di salute) e si rassicura, anche psicologicamente, della continuità e della stabilità dell'attività d'impresa. Nel caso poi di trasferimento immediato, il nipote vitaliziante persegue anche l'interesse di incrementare, con la sua stessa attività, la redditività dell'azienda.

In questa prospettiva non si può affatto escludere, per esempio, l'azione di rescissione qualora la sproporzione (genetica) sia dipesa dall'approfittamento di uno stato di bisogno (art. 1448 c.c.)¹³¹. Viceversa può essere esclusa, ma non in via assoluta¹³², l'applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché in mancanza dell'approfittamento di uno stato di bisogno non può non prevalere la logica secondo la quale “nel momento in cui si prende atto che le parti desiderano e programmano un contratto squilibrato [...] sin dalla nascita, sarebbe affatto contraddittorio mettere a disposizione delle stesse i rimedi generali previsti dalla legge per reagire allo

¹³¹ Le deroghe previste dagli artt. 1448, comma 4, e 1469 c.c., in tema di rescissione e risoluzione dei contratti aleatori, non esprimono una incompatibilità logica tra alea e rimedi contro la lesione o l'eccessiva onerosità, ma impongono soltanto all'interprete di individuare i limiti della loro applicabilità: “non si può parlare di incompatibilità tra alea e sproporzione delle prestazioni, né dal profilo obiettivo di incompatibilità di una valutazione comparativa, né dal profilo subiettivo di contraddittorietà tra la volontà delle parti e l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità” (PINO, A.: *Contratto aleatorio*, cit., p. 1245). Si aggiunga che la locuzione “contratto aleatorio” non è mai stata definita con precisione né dalla legge né dalla dottrina. In caso contrario, non solo si dà per scontata una categoria ma si presume ad essa applicabile la relativa disciplina senza adeguata valutazione della concreta opportunità di applicare quelle particolari disposizioni. Nel caso di rendita, si pensi a un proprietario di beni immobili improduttivi di redditi liquidi che si trovi nella necessità di dover pagare una retta periodica e vitalizia per il proprio ricovero in ospedale. Egli potrebbe essere indotto a trasferire la proprietà dei beni contro il corrispettivo di una rendita vitalizia, la capitalizzazione della quale sia superiore al doppio del capitale versato. Oppure si pensi al caso inverso di una persona che, nella necessità di disporre di un capitale liquido, sia indotta a impegnarsi per una rendita vitalizia, la capitalizzazione della quale sia superiore al doppio del capitale acquistato. In queste ipotesi non mancano certamente i presupposti oggettivi e soggettivi della rescissione *ex* art. 1448 c.c. Per la risoluzione per eccessiva onerosità, *ex* art. 1467 c.c., si considera, nel caso di vitalizio alimentare, l'eccessivo e imprevedibile aumento del costo della vita, oppure una svalutazione monetaria (come accadde durante la seconda guerra mondiale) che renda irrisoria la rendita rispetto al valore del bene acquistato dal vitalizante.

Diversamente, nel contratto di assicurazione, ove la difficoltà di applicare i particolari rimedi della rescissione o della risoluzione discendono non tanto dalla natura aleatoria, ma dalla loro funzione e disciplina, non sembra possibile configurare un caso di approfittamento dell'altrui stato di bisogno, né di prestazione divenuta eccessivamente onerosa, dato il particolare modo nel quale vengono determinati e regolati i premi. Nel giuoco e nella scommessa, non sembra possibile configurare ipotesi di lesione ed eccessiva onerosità, dato che rispetto a tali contratti o non è ammessa proprio l'azione, la domanda (*ex* art. 1933 c.c.), o la prestazione viene ridotta dal giudice, *ex* art. 1934, comma 2, c.c., qualora la ritenga eccessiva.

¹³² In alcuni casi, infatti, anche nel negozio aleatorio è possibile preservare l'“equilibrio sperequato” diviso dalle parti, qualora esso subisca alterazioni in virtù di fattori diversi da quelli previsti dalle parti medesime. Si pensi all'art. 1896 ss. c.c. in ambito assicurativo. Sul punto v. CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 181, nota 30.

squilibrio [...] funzionale (risoluzione per eccessiva onerosità) tra le prestazioni”¹³³.

La non equivalenza delle prestazioni non priva di per sé il contratto della necessaria giustificazione causale. L'autonomia negoziale va preservata, pur in presenza di obiettivi squilibri economici, purché persegua interessi, anche non patrimoniali, meritevoli. La valutazione ovviamente non può avvenire in astratto, ma deve concentrarsi, più che sulla mera volontà delle parti, sulla funzione dell'operazione e sugli interessi perseguiti. Il vitalizio, in particolare, è adatto a perseguire tanto interessi di tipo aleatorio, quanto interessi di tipo commutativo; l'importante è che siano interessi meritevoli di tutela. Non è l'alea, quindi, a condizionare la validità di una rendita, ma il controllo di proporzionalità e di meritevolezza degli interessi perseguiti, mirato ad evitare forme di abuso della libertà negoziale a danno di una delle parti. Alla luce della necessità di un controllo di meritevolezza del contratto *in concreto*, non è possibile trascurare, ad esempio, che il vitaliziato, a causa della sua condizione economica e personale, potrebbe avere maggiore interesse ad un vitalizio assistenziale ottenuto rinunciando a un potenziale vantaggio economico. Il controllo va fatto anche al fine di valutare, ad esempio, se la sproporzione tra le prestazioni, la non equivalenza, sia espressione non di un abuso o di un approfittamento, ma di uno spirito di liberalità. In tal caso non avremo una rendita nulla per mancanza di alea, ma una rendita mista a donazione.

L'importante quindi (e qui sta il cuore del problema) è evitare che la rendita vitalizia possa divenire uno strumento di approfittamento, di abuso, di speculazione a danno di una delle parti (in particolare del vitaliziato). L'alea (intesa come incertezza assoluta su quale delle parti possa trarre vantaggio dalla conclusione del contratto) può mancare, eppure la rendita (che in ogni caso è caratterizzata sempre dall'incertezza sull'entità del vantaggio economico che una delle parti perseguirà, posto che anche un vecchio o un malato terminale può vivere più del previsto) può risultare attuativa di interessi meritevoli. Così, la mancanza di alea non necessariamente conduce alla liberalità poiché “possono esistere altri plausibili interessi del costituente la rendita idonei a sorreggere lo spostamento patrimoniale, senza con questo aggiungere al negozio un elemento di liberalità”. La rendita vitalizia può assumere molteplici qualificazioni: “rendita vitalizia onerosa aleatoria, rendita vitalizia mista con donazione, rendita vitalizia onerosa commutativa”¹³⁴. Qualificazioni tuttavia che non devono mai sviare o esautorare l'attività

¹³³ Così CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 181, il quale tuttavia aderisce all'opinione prevalente che, di regola, esclude per tutti i contratti aleatori anche l'azione di rescissione.

¹³⁴ LENER, R.: *Vitalizio*, cit., p. 1025; nella medesima direzione BALESTRA, L.: *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 171.

dell'interprete, il quale deve in ogni caso analizzare le peculiarità delle fattispecie, le quali, a prescindere da ogni qualificazione, condizionano tanto le questioni di disciplina applicabile quanto quelle di validità. Si pensi, tra l'altro, che lo stesso art. 1969 del codice napoleonico chiaramente affermava che la rendita vitalizia può essere costituita a *titolo semplicemente gratuito*, per *donazione* tra vivi o per *testamento*¹³⁵, sì che l'alea non può essere un requisito essenziale di *ogni* rendita.

La nullità della rendita, quindi, non dipende dal suo carattere non aleatorio, ma dal comportamento abusivo e speculativo di una delle parti, in grado di incidere sulla causa concreta del negozio. Così, una rendita alla quale preesista uno stato morboso (tumore avanzato del beneficiario-vitaliziato) tale da produrre morte sicura in un tempo prossimo può, salvo casi particolari, essere dichiarata nulla non già per difetto del requisito essenziale dell'alea, ma per la riprovazione dell'ordinamento nei confronti di ogni forma di approfittamento dello stato di debolezza altrui e abuso della libertà contrattuale. La soluzione è interessante anche perché rappresenta un'ulteriore conferma del superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento¹³⁶.

VIII. CONCLUSIONI.

Nell'accezione più ampia e generica, con il negozio di rendita vitalizia un soggetto (vitalizante) si obbliga a effettuare, a favore di un altro soggetto (vitaliziato), una prestazione periodica o continuativa di dare o di fare per tutta la durata della vita contemplata (del beneficiario o di altra persona). In particolare poi, se si vuole enucleare una nozione onerosa e di natura contrattuale della rendita vitalizia, si può soltanto affermare, alla luce delle considerazioni esposte, che i vitalizi sono quei contratti con cui un soggetto (vitaliziato) aliena un bene (mobile o immobile) ad un altro soggetto (vitalizante) e, quale corrispettivo dell'alienazione, acquista il diritto, per la durata della vita contemplata (che può essere quella dell'alienante, di un terzo o anche di più persone congiuntamente o successivamente)¹³⁷, ad una prestazione periodica, o continuativa, di danaro o di un'altra prestazione, anche infungibile.

¹³⁵ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 162. Sul punto v. anche ADDIS, F.: *Il legato di rendita*, cit., p. 866, il quale pone correttamente l'accento "sul reale oggetto dell'intervento normativo, che non è rappresentato dalla fonte costitutiva della rendita, ma dal rapporto obbligatorio da essa costituito".

¹³⁶ Si affronta diffusamente la questione in PERLINGIERI, G.: *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 1 ss.

¹³⁷ In questi casi, suole discorrersi di vitalizio "congiuntivo" o "successivo". Ne rende conto DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 874.

Sí che, di là da ogni luogo comune, *fungibilità, periodicità, aleatorietà* non sono requisiti essenziali di un vitalizio. L'aleatorietà, in particolare, è un carattere *naturale*¹³⁸ (e non *essenziale*) e la sua intensità non incide necessariamente sulla meritevolezza degli interessi perseguiti.

Tuttavia, allargare una *definizione* (come si finisce per fare ragionando in questo modo) serve relativamente, perché le definizioni hanno soltanto valore descrittivo (e organizzativo), mai prescrittivo. Come dimostrato¹³⁹, l'appartenenza di una fattispecie concreta ad un tipo o una categoria (ristretta, ampia o elastica che sia)¹⁴⁰ non preclude affatto la possibilità di applicare a quella fattispecie norme in parte diverse e appartenenti ad altro tipo o altra categoria¹⁴¹. Questo non solo perché ogni categoria è relativa (*le proprietà, le*

¹³⁸ MIRABELLI, G.: *Del contratto vitalizio*, cit., p. 241 ss.; e PARADISO, M.: *Giuoco, scommesse, rendite*, cit., p. 352.

¹³⁹ V. *retro* spec. § 1. Per riferimenti si rinvia alla nota 45.

¹⁴⁰ Invece, attribuiscono particolare rilevanza alla differenza tra categorie contrattuali ampie e ristrette, tra gli altri, QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., *passim*; e CORRIAS, P.: *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 200. Tuttavia che in una categoria contrattuale ampia possano essere annoverate fattispecie diverse (si pensi appunto alle categorie rendita vitalizia, contratti derivati, contratti aleatori) non significa affatto che a tutte debba essere applicata la medesima disciplina, potendo essere le singole fattispecie sottoposte a norme in parte diverse. Discorre della rendita quale nozione “elastica” anche DATTILO, G.: *Rendita*, cit., p. 873.

¹⁴¹ Del resto Karl Larenz ci ha insegnato che il tipo non è la somma di tutti gli elementi degli individui appartenenti al gruppo, ma è l'elaborazione dei soli elementi caratteristici. Sí che, per un verso, ci possono essere elementi o dati non presenti in un contratto il quale comunque appartiene ad un determinato tipo [similmente, seppure prendendo strade differenti, cfr. DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., *passim* – per una ricostruzione della teoria di Larenz, p. 122 ss. –, il quale però non solo, citando Larenz, sembra distinguere in modo a nostro parere non condivisibile, vista la relatività e la storicità dei concetti e delle categorie, tra “concetto” e “tipo” (mentre “il concetto si elabora mettendo in evidenza gli elementi comuni a tutti gli individui del gruppo, ed è quindi una somma di elementi caratteristici tutti necessari, il tipo si elabora individuando i dati caratteristici in funzione di un quadro complessivo che si coglie mediante una intuizione globale: sicché non è necessario che tutti i dati siano presenti in tutti gli individui del gruppo” – p. 238 della postfazione), ma si irrigidisce eccessivamente di fronte al tipo arrivando a conclusioni diverse] e, per altro verso, è possibile che in una medesima categoria contrattuale siano annoverate fattispecie diverse. In tal caso le diverse fattispecie, pur appartenenti al medesimo gruppo o tipo, non sono necessariamente sottoposte alla medesima disciplina. Si pensi alla rendita vitalizia, ai contratti derivati, ai contratti di assicurazione e, più in generale, ai contratti aleatori. Sulla “profonda ed intrinseca diversità del ruolo assunto” dai meccanismi contrattuali delle assicurazioni contro i danni e dell'assicurazione di eventi della vita cfr. CORRIAS, P.: *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.* (2013), p. 69 s., il quale addirittura discorre di “due tipi differenti che, se si vuole, possono costituire insieme una sottocategoria (di contratti aleatori) ai quali il legislatore ha riconosciuto una porzione – per il vero modesta – di disciplina comune (c.d. disciplina metatipica). Pertanto – in aggiunta a siffatta disciplina metatipica – ai due modelli saranno applicabili, in via diretta, le sole disposizioni contenute nelle rispettive sezioni” (Sez. II, artt. 1904 ss. per le assicurazioni contro eventi dannosi, e Sez. III, artt. 1919 ss. per

donazioni, *le* obbligazioni, *i* contratti, *le* compravendite, *le* ipoteche – immobiliari e navali –)¹⁴², ma perché, con riferimento ad un determinato atto, possono operare discipline diverse, più adeguate alla funzione specifica, che costituiranno l'ordinamento del caso concreto (si pensi anche alle differenze tra i vitalizi costituiti mediante testamento, contratto oneroso o donazione). Pertanto a poco serve differenziare tra tipo legale e tipo normativo¹⁴³, oppure allargare le maglie di un tipo o di una categoria al fine di ricondurre in essa più fattispecie possibili. In questo modo, si continuerebbe a ragionare per tipi e categorie senza comprendere che il problema riguarda prevalentemente la compatibilità e la congruità della normativa prescelta al concreto assetto di interessi. In altri termini, non basta allargare un cassetto o comprarne uno più grande se poi non si è in grado di riconoscere gli oggetti e di utilizzarli nel rispetto delle proprie specifiche funzioni.

Neppure la funzione previdenziale è un elemento caratterizzante ogni rendita. Si pensi alla rendita costituita a titolo gratuito o di liberalità che non ha funzione previdenziale, poiché “non vi è previdenza, là dove non vi è sacrificio in vista di eventuali esigenze future”¹⁴⁴. In tal caso, ovviamente, non è preclusa l'applicazione di norme proprie degli atti di liberalità (come, ad esempio, la riduzione e la revocazione per causa di ingratitude), né si può escludere l'applicazione di norme proprie del testamento (qualora, ad esempio, il disponente decida di utilizzare l'atto *mortis causa* quale mezzo negoziale per la costituzione di un rapporto di rendita a favore del terzo)¹⁴⁵.

le assicurazioni relative ad eventi della vita umana), “mentre l'applicabilità ad ognuno di essi della disciplina prevista per l'altro, sarà possibile solo in via analogica, con riguardo alle disposizioni che risultano concretamente compatibili” (p. 70).

¹⁴² Circa la relatività e la storicità dei concetti giuridici e delle categorie sia consentito rinviare a PERLINGIERI, G.: *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la “polemica sui concetti giuridici”. Crisi e ridefinizione delle categorie*, in PERLINGIERI, P. (a cura di): *Tem e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, p. 543 ss.; sull'ipoteca navale e immobiliare v. ID., *Profili in tema di ipoteca navale e immobiliare. Diritto della navigazione unitarietà del sistema*, in *Riv. dir. impr.* (2014), p. 19 ss.

¹⁴³ Distingue DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., p. 140 ss., spec. nota 51: il “tipo normativo” è il “tipo, in senso logico, rilevante nell'ambito dei contratti, e cioè il modello che sottende alla disciplina legale”. L'espressione non comprende il riferimento al contratto nominato, “che non è tipo, ma concetto”. Per nozioni di “tipo legale”, che è “concetto chiuso”, e “tipo normativo”, che è modello “aperto” e “graduabile”, munito di “significatività ed organicità” (v., in particolare, p. 121 ss.).

¹⁴⁴ GAMBINO, A.: *L'assicurazione*, cit., p. 277.

¹⁴⁵ Si pensi anche ad un mandato, gratuito o oneroso, stipulato tra il *de cuius* e una persona che gode della sua particolare fiducia, al fine, ad esempio, di gestire il luogo e le modalità della sepoltura o della cremazione delle proprie spoglie mortali, la pubblicazione di opere inedite del *de cuius*; l'utilizzo di credenziali di accesso a risorse *on line* o *off line* (quali l'accesso al “profilo” creato su piattaforme digitali, a *files* contenenti documenti riservati, corrispondenza personale, informazioni finanziarie, fotografie e così via). In casi di questo tipo, non si può escludere l'applicazione di alcune regole del mandato come le norme in tema di *diligenza* (art. 1710 c.c.), di *responsabilità* (art. 1173 c.c.), *dell'obbligo di rendere il conto della*

L’attenzione al concreto assetto di interessi impone anche di rifuggire da quella prospettiva che ammette la natura commutativa della rendita soltanto qualora tale qualità sia espressamente indicata dalle parti. Nonostante tale dichiarazione, lo studio della causa concreta potrebbe indurre a qualificare l’atto diversamente (ad esempio, come rendita vitalizia onerosa aleatoria, oppure come rendita vitalizia mista a donazione).

Il superamento della distinzione tra contratti tipici e atipici non significa affatto ‘libertà del giudice di fare come crede’, ma soltanto consapevolezza dell’interprete che le discipline dei contratti tipici e del contratto in generale sono *punti di riferimento descrittivi* per individuare nel sistema la disciplina applicabile più adeguata agli interessi perseguiti con la singola operazione economica.

S’impone, quindi, un mutamento di prospettiva: non è più, come generalmente affermato, “la disciplina per tipi” ad essere la “lente obbligata”¹⁴⁶ con la quale l’interprete deve leggere i fenomeni giuridici, ma sono i fenomeni giuridici, intrisi di interessi e valori, a segnare la strada, a condizionare l’interprete nella scelta della disciplina applicabile.

Nella realtà fattuale, nelle aule giudiziarie, sulle scrivanie dei notai, non esiste il negozio giuridico, ma non esistono nemmeno il contratto in generale, il contratto tipico e quello atipico¹⁴⁷. Esistono singoli atti di autonomia

gestione (art. 1713 c.c.), di *rimborso delle spese* (art. 1720 c.c.), salva la diversa volontà del *de cuius*, tesa a non gravare il successore universale di questo onere. È chiaro che si applicheranno anche alcune norme proprie del testamento, come il diritto del mandante (*de cuius*), al fine di un’adeguata tutela delle proprie aspirazioni personali e non patrimoniali, di revocare liberamente il mandato durante tutta la sua vita, anche se non espressamente previsto ed anche contro la volontà del mandatario o di un terzo. Inoltre agli eredi subentranti del mandante, pur in mancanza di una determinazione sul punto (si pensi all’inserimento di una espressa clausola di irrevocabilità), non è possibile riconoscere il potere di revoca (proprio per la particolare funzione *mortis causa* del negozio in esame nonché per la natura personale e non patrimoniale dell’interesse perseguito dal mandante). Diversamente rischierebbero di essere lese le *personali, intime e meritevoli* aspirazioni del *de cuius*. Per queste osservazioni v. già PERLINGIERI, G.: *La revocazione*, cit., p. 763 ss., nota 105. Sul punto cfr. anche PUTORTÍ, V.: *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.* (2014), p. 787 ss., ivi alcuni esempi paradigmatici sul mandato.

¹⁴⁶ Così invece DEL PRATO, E.: *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella* a cura di del Prato, E., I, Napoli (2013), p. 632 [e in *Riv. dir. civ.* (2012), I, p. 87 ss.], il quale rileva che “la disciplina per tipi rimane una lente obbligata mediante cui l’interprete deve analizzare gli interessi contrattuali concreti in funzione del regime normativo da applicare”.

¹⁴⁷ Osservazione questa già proposta da parte della dottrina con riferimento però al solo contratto atipico: SACCO, R.: *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim.* (1966), p. 790 ss. (“[i]l contratto atipico [...] non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario!”); teoria ripresa da DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., p. 235.

caratterizzati da cause concrete che reclamano adeguate discipline, spesso non sussumibili soltanto in un tipo o nell'altro. Ciò anche perché di solito le tecniche sono fungibili, nel senso che strutture diverse possono conseguire medesime funzioni, medesimi effetti, in base al principio tecnico di 'fungibilità' e di variabilità delle strutture negoziali¹⁴⁸. Si pensi al sempre più diffuso impiego del vitalizio in ambito assicurativo: il contratto di assicurazione sulla vita è spesso utilizzato quale contesto attuativo di una rendita (art. 1882 c.c.)¹⁴⁹.

La certezza del diritto non è data dalla ripetitività o dalla perpetuità della soluzione, posto che ogni fattispecie ha proprie peculiarità, bensì dalla adeguatezza e dalla congruenza della disciplina agli interessi coinvolti dalla singola fattispecie¹⁵⁰. Pertanto, non si può non condividere quella autorevole dottrina che afferma che il sistema non è qualcosa di bello e fatto o di predeterminato, ma è un processo in continua evoluzione, che assume la sua vera connotazione solo nel momento applicativo¹⁵¹, sì che la certezza del diritto non è mai un requisito intrinseco del sistema o un dato acquisito dalla legge ma un obiettivo al quale deve tendere l'attività del giurista attraverso un controllo funzionale e assiologico. Ciò è utile non solo per individuare la disciplina "codicistica", ma anche per applicare le norme tributarie, di diritto internazionale privato oppure, ad esempio, relative al bilancio o al fallimento.

¹⁴⁸ PERLINGIERI, P.: *L'approccio teleologico-funzionale di Angelo Luminoso*, in *Rass. dir. civ.* (2013), p. 950. Il principio di fungibilità delle strutture negoziali trova fondamento nella combinazione di due altri principi tecnici: quello della variabilità della struttura e quello dell'economia degli atti e delle dichiarazioni.

¹⁴⁹ DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 871.

¹⁵⁰ "La certezza del diritto non è mai un requisito intrinseco del sistema o un dato acquisito dalla legge ma un obiettivo al quale deve tendere l'attività del giurista. Pertanto non è possibile confutare una teoria affermando che non assicura la certezza del diritto poiché sarebbe come criticare un criterio ermeneutico o un concetto sulla base di un risultato che non dipende dal concetto stesso ma dalla capacità del giurista", PERLINGIERI, G.: *Profili civilistici dell'abuso tributario*, cit., p. 27 s. Del resto anche DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., pp. 35 ss., 236 non riduce la tendenza del legislatore a tipizzare i modelli contrattuali al mero tentativo di salvaguardare la certezza del diritto, ma inquadra la questione nell'ambito di un fenomeno culturale di portata più vasta. Infatti, "la certezza del diritto può essere messa in pericolo [...] anche quando le norme da applicare siano molte, i caratteri distintivi tra le fattispecie legali siano incerti, e si tratti di applicare l'una o l'altra norma ad una fattispecie nuova", ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova (2011), p. 158.

¹⁵¹ Senza attività interpretativa, sempre finalizzata all'applicazione, non vi è diritto: BETTI, E.: *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano [1955, rist. 1990], p. 59 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. a cura di G. Crifò, Milano (1971), p. 91 ss. V. anche CANARIS, C.W.: *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli (2009), p. 7 ss.; PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e applicazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.* (1975), p. 826 ss.; ID., *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, Camerino (1970), pp. 1 ss., 28 s.; e GROSSI, P.: *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari (2011), p. 77; ID., *Prima lezione di diritto*, Bari (2003), p. 103 ss.

Applicare meccanicamente, secondo la logica della sussunzione, una data norma ad un contratto nonostante non si attagli agli interessi perseguiti dalle parti non è fedeltà alla legge, né garanzia di un diritto certo; piuttosto è un comportamento dannoso, nonché un modo per nascondersi dietro al paravento del sillogismo e delle astratte definizioni, le quali, tra l'altro, non solo spesso non sono esplicitate (si pensi alla rendita vitalizia), ma, come affermato dalla dottrina prevalente, non hanno mai carattere vincolante¹⁵².

Questa prospettiva non pare pienamente accolta dall'art. II. – 1:107 (“Contratti misti”) del *Draft Common Frame of Reference*, il quale, con riferimento alla definizione della regola applicabile ai contratti misti, sembra ribadire una visione dogmatica e ancora fondata, in particolare, sulle teorie dell'assorbimento e della combinazione. Tuttavia anche questa disposizione sembra lasciare un filo di speranza per evitare interpretazioni forzose e non rispettose della causa concreta dei negozi là dove, non senza contraddizioni, rileva al comma 2 che nei casi di contratto misto, a meno che non sia contrario alla natura e allo scopo dell'accordo, la regola utilizzabile a ogni categoria interessata si applica, con gli opportuni adattamenti, alla parte corrispondente del contratto e ai diritti e agli obblighi che da essa derivino¹⁵³.

Interessante al riguardo è una pronuncia della Cassazione¹⁵⁴ che, a proposito dei fenomeni negoziali della “vendita mista a permuta” o della “permuta con conguaglio in denaro”, presta particolare attenzione agli interessi in concreto perseguiti dall'operazione contrattuale, senza cadere nell'errore [comune alle teorie dell'assorbimento (o della prevalenza) e della mera combinazione] sia di forzare l'inquadramento della fattispecie concreta in una delle due categorie (“vendita mista a permuta” e “permuta con conguaglio in denaro”), sia di fondare la qualificazione sui soli criteri economico-quantitativi (i quali imporrebbero di discorrere di vendita qualora il corrispettivo sia espresso per la maggior parte in denaro e, invece, di permuta qualora il valore dei due beni diversi dal danaro sia per lo più equivalente). Se si analizza la funzione concreta del negozio, ben può accadere che le parti hanno “voluto cedere un bene in natura contro una somma di danaro, che [tuttavia solo] per ragioni di opportunità hanno parzialmente commutata in un altro bene” (sí che il contratto andrebbe qualificato come vendita), oppure hanno “concordato lo scambio tra loro di due beni in natura e” sono ricorsi “all'integrazione in denaro soltanto per colmare la differenza di valore tra i beni stessi” (sí che il

¹⁵² DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, cit., p. 237 ss.

¹⁵³ “Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it”.

¹⁵⁴ Cass., 16 aprile 2007, n. 9088, *Guida dir.* (2007), p. 45.

contratto andrebbe qualificato come permuta)¹⁵⁵. Né si può escludere che in presenza di ‘vendita mista a permuta’ o di ‘permuta con conguaglio in denaro’ sia possibile applicare tanto la disciplina sul prezzo (come obbligazione tipica dell’acquirente nel contratto di vendita) quanto la disciplina propria dell’attribuzione traslativa di cose (per la parte del corrispettivo consistente nel trasferimento del bene in natura)¹⁵⁶. Ciò di là da ogni forzatura o dogmatismo propri delle teorie dell’*assorbimento* (o della prevalenza) e della *combinazione*, le quali non devono costituire una premessa del ragionamento ma al massimo il risultato dell’analisi della funzione concreta di un atto di autonomia.

Se la sussunzione fosse infallibile e le definizioni avessero carattere vincolante, come pure è stato sostenuto¹⁵⁷, non sarebbe mai stato possibile applicare, come tutt’oggi condiviso in dottrina e giurisprudenza, al *leasing* norme sia della locazione sia della vendita con riserva di proprietà¹⁵⁸, oppure al testamento e agli atti unilaterali in genere alcune norme dell’arbitrato¹⁵⁹ o

¹⁵⁵ “Un contratto traslativo della proprietà, nel quale la controprestazione abbia cumulativamente a oggetto una cosa in natura e una somma di denaro, ove venga superata la ravvisabilità di una duplicità di negozi, di cui uno di adempimento mediante “*datio in solutum*”, o, in virtù del criterio dell’assorbimento, l’ipotesi di un unico negozio a causa mista, può realizzare tanto la fattispecie di una compravendita con integrazione del prezzo in natura quanto quella di permuta con supplemento in denaro e, in tale ultimo caso, la questione della individuazione del negozio in concreto voluto e posto in essere dalle parti non può essere risolta con il mero richiamo all’equivalenza (o anche prevalenza) economica del valore del bene in natura o della somma di denaro che unitamente costituiscono la controprestazione, dovendo invece essere determinata in ragione della prevalenza giuridica dell’una o dell’altra prestazione. Agli effetti della qualificazione del contratto, infatti, è necessario ricostruire gli interessi comuni e personali, che le parti avevano inteso regolare con il negozio, e accertare se i contraenti avessero voluto cedere un bene in natura contro una somma di denaro, che per ragioni di opportunità avevano parzialmente commutata in un altro bene, ovvero avessero concordato lo scambio tra loro di due beni in natura e fossero ricorsi all’integrazione in denaro soltanto per colmare la differenza di valore tra i beni stessi”, Cass., 16 aprile 2007, n. 9088, cit.

¹⁵⁶ D’AMICO, G.: *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. C.N.N.* diretto da Perlingieri, IV, 16, Napoli (2013), p. 84.

¹⁵⁷ BELVEDERE, A.: *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Milano (1977).

¹⁵⁸ Si è già detto dell’opportunità di evitare, per le peculiarità funzionali, di considerare il contratto di *leasing* una specie di contratto di locazione, limitando alle regole del secondo la disciplina applicabile al primo. V. *retro* § 5, spec. nota 59.

¹⁵⁹ Pur ammettendo l’apparente antitetività di testamento e arbitramento, PADOVINI, F.: *Testamento e arbitramento*, in *Rass. dir. civ.* (2012), p. 106 ss., ne rileva la compatibilità: “l’uno può invocare l’altro, ferma la tutela dei legittimari, con il limite dei terzi estranei e con la necessità di consentire l’impugnazione per errore di diritto”. Sul tema v. *amplius* FESTI, F.: *Testamento e devoluzione ad arbitri delle liti tra i successori*, in *Riv. trim.* (2002), p. 809 ss.; PERLINGIERI, G.: *La previsione testamentaria di arbitramento. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, cit.

del contratto (ad esempio, in tema di mandato¹⁶⁰ e di interpretazione¹⁶¹). Le discipline per tipi esistono per mere esigenze descrittive e, se il caso lo richiede, ben possono essere applicate contemporaneamente, con buona pace della sussunzione.

Soltanto il controllo di *compatibilità*, di *adeguatezza* e di *congruenza* della disciplina agli interessi coinvolti consente all'interprete, a differenza della sussunzione, di esplicitare le proprie scelte ed evidenziare argomenti che possono agevolmente essere sottoposti a verifica, come il controllo di *adeguatezza* della normativa (non solo “codicistica”, ma tributaria, fallimentare) alla *natura del bene*, alla *qualità delle parti*, alla *natura delle prestazioni*, al *modo di perfezionamento del contratto* e agli interessi coinvolti¹⁶².

Ad esempio, se è vero che gli obblighi di forma non sono un fastidio o un capriccio del legislatore (poiché anche le norme sulla forma hanno una loro *ratio* da ricercare di volta in volta)¹⁶³, vero è pure che la scelta della disciplina applicabile in tema di forma non può essere condizionata da ragionamenti fondati sulla mera sussunzione, ma deve dipendere dagli interessi in concreto coinvolti, di là dalla natura tipica o atipica di un contratto.

Questa prospettiva, oltre a preferire l'applicazione dell'art. 1350, n. 10, c.c. anche ai vitalizi impropri – a prescindere dalla loro tipicità o atipicità poiché, come rilevato, gli interessi coinvolti da queste fattispecie negoziali hanno non poca rilevanza e una formalizzazione del rapporto e una più attenta ponderazione della dichiarazione di volontà, in particolare espressa dal vitaliziato, favorisce il rispetto degli impegni assunti. Né si può dimenticare, ad esempio, che eventuali violazioni, sia pure modeste, degli obblighi “assistenziali”, possono procurare un grave pregiudizio all'incolumità fisica del creditore – e oltre a condividere chi applica al *negozio misto a donazione* la disciplina della riduzione¹⁶⁴, conduce anche ad altre considerazioni. Infatti se,

¹⁶⁰ PERLINGIERI, G.: *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., p. 763, nota 105. V. retro nota 145.

¹⁶¹ BIGLIAZZI GERI, L.: *L'interpretazione del testamento*, cit., p. 69 ss.; CALVO, R.: *L'interpretazione e l'integrazione della volontà*, cit., p. 911; PERLINGIERI, G.: *Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia negoziale*, cit.

¹⁶² Il discorso vale, in linea generale, per tutti gli atti di autonomia, anche *mortis causa* al fine di rifuggire sia da preconcepite separazioni (si pensi alle categorie del testamento, del contratto in generale e dei singoli contratti tipici) sia da ingenue assimilazioni (si pensi alla categoria del negozio giuridico); sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia negoziale*, cit.

¹⁶³ PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 1 ss.

¹⁶⁴ Studiano la problematica CARNEVALI, U.: *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano (1995); e MENGONI, L.: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano (2000), p. 256 ss. Di recente, esclude l'azione di restituzione

ad esempio, la *ratio* della forma nella donazione sta nel rendere edotto e consapevole il donante di ciò che compie visto il depauperamento che l'atto produce nel suo patrimonio, allora la *donazione mista a vendita* (che certamente non è una donazione indiretta¹⁶⁵ o un contratto a favore di terzo¹⁶⁶) o la *rendita gratuita* potranno essere stipulate per scrittura privata (e non per atto pubblico) soltanto se lo squilibrio economico tra le prestazioni non sia così *significativo* da imporre la stessa forma della donazione¹⁶⁷. Si pensi alla vendita a prezzo irrisorio, vile o *nummo uno* (dove la corrispettività è solo formale) il cui profilo di onerosità è talmente limitato da non giustificare una disciplina diversa dalla donazione anche in tema di forma. Medesimo discorso va posto nell'ipotesi di operazioni complesse, dove, ad esempio, non si può escludere che la forma pubblica vada imposta anche per quegli atti successivi e funzionali alla realizzazione dello scopo¹⁶⁸. Né si può affermare che nel caso di una concatenazione di atti diretti a perseguire una funzione traslativa e di scambio vada applicata sempre e soltanto la disciplina della compravendita. Talvolta ad alcuni di questi atti – siano essi collegati e idonei a conservare una autonoma e specifica funzione (si pensi al preliminare puro e al definitivo), siano essi meri elementi di un procedimento più ampio e complesso – saranno applicabili anche norme diverse dalla vendita e proprie di altri negozi

con riferimento a negozi misti a donazione Trib. Napoli, 31 marzo 2011, annotato criticamente da MILONE, P.: *Sulla differenza tra negotium mixtum cum donatione e negozio simulato: le modalità di riduzione*, in *Foro nap.* (2013), p. 226 ss. (v. spec. p. 233 ss.).

¹⁶⁵ Per una ricostruzione dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, v. MILONE, P.: *Sulla differenza tra negotium mixtum cum donatione e negozio simulato: le modalità di riduzione*, cit., p. 226 ss.

¹⁶⁶ L'art. 1875 c.c., infatti, stabilisce che “[l]a rendita vitalizia costituita a favore di un terzo, quantunque importi per questo una liberalità, non richiede le forme stabilite per la donazione”.

¹⁶⁷ *Contra*, tra gli altri, DATILO, G.: *Rendita*, cit., p. 878 ss.

¹⁶⁸ L'art. 768 *ter* c.c. richiede l'atto pubblico a pena di nullità per la stipulazione del patto di famiglia. Tuttavia, poiché il legislatore prevede la possibilità che al patto di famiglia costitutivo possano seguire atti successivi e collegati mediante i quali i non assegnatari accettano o rinunziano alla liquidazione, ci si può chiedere anche se per tali atti è necessario l'atto pubblico. Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Il patto di famiglia*, cit., p. 191 ss., ove si chiarisce che se è vero che non appare *prima facie* incompatibile, né incongruente con la disciplina del patto e con la sua funzione la scelta di imporre la forma dell'atto pubblico a pena di nullità anche per le eventuali dichiarazioni di partecipazione successive al contratto, vero è pure che gli artt. 768 *bis* e *ter* c.c. sembrano riferirsi al “contratto” e, dunque, al solo patto di famiglia costitutivo. La soluzione, tuttavia, è da individuare bilanciando le esigenze e gli interessi in gioco e verificando la meritevolezza, l'adeguatezza, la compatibilità e l'utilità di una eventuale soluzione più restrittiva. In questa prospettiva sembra necessaria la forma pubblica anche per gli atti successivi; ciò non in base al c.d. principio di simmetria formale, bensì in considerazione della ragione sufficiente della forma richiesta dal patto, ovvero l'esigenza di comprendere le rilevanti conseguenze che l'operazione in esame produce sulle situazioni giuridiche dei soggetti partecipanti, nonché, quindi, l'esigenza di garantire che ogni soggetto coinvolto nella più ampia operazione rifletta sulle rilevanti conseguenze della sua partecipazione: esenzione da riduzione e collazione.

come, ad esempio, il mandato. Ciò dovrà verificarsi qualora tale disciplina risulti più adeguata alle peculiarità funzionali e strutturali del singolo atto di autonomia, nonché agli interessi in concreto coinvolti.

Per concludere, non è importante stabilire se una determinata rendita sia tipica o atipica, propria o impropria¹⁶⁹, o se i vitalizi impropri siano o non un sottotipo della rendita. Per conoscere e governare un fenomeno, non serve attribuirgli una etichetta o un *nomen iuris*, ma è necessario analizzare gli interessi sottesi e coinvolti dalla singola fattispecie, al fine di individuare nel sistema generale degli atti di autonomia (comprensivo non solo della disciplina del contratto e dei singoli contratti) la normativa più adeguata e congrua alla causa concreta dell'atto in esame (ossia agli interessi perseguiti dal regolamento negoziale). Solo la valutazione della concreta pattuizione e degli interessi in gioco permette di determinare se e in quale misura sia consentito applicare a quella singola peculiare fattispecie norme diversamente previste in relazione a schemi tipici¹⁷⁰. È importante, quindi, non la valutazione di conformità al tipo, ma il controllo di conformità del concreto assetto di interessi ai valori normativi fondamentali, all'ordine pubblico, al buon costume, attraverso un controllo sia di liceità e di meritevolezza realizzato in concreto, sia di congruità e adeguatezza della normativa applicabile alla funzione specifica del singolo negozio. Normativa applicabile anche composta da una pluralità di norme compatibili tra loro e appartenenti ora a tipi diversi, ora ad un tipo e al contratto in generale.

Del resto, dal punto di vista logico, la disciplina applicabile a qualsiasi contratto, anche tipico, è sempre il risultato di un procedimento ermeneutico che opera per affinità o per somiglianza alla disciplina più prossima e congrua di un contratto tipico.

¹⁶⁹ Sembra tuttavia ancora legato alla terminologia vitalizi propri e impropri anche QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 184 ss.

¹⁷⁰ QUADRI, R.: *Rendita vitalizia*, cit., p. 58 s.

¿ES POSIBLE INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO
EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON
LA CISG?

IS IT POSSIBLE TO INVOKE THE HARDSHIP AS AN EXCUSE FOR
NON-PERFORMANCE IN ACCORDANCE WITH THE CISG?

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 211-252.

Fecha entrega: 05/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

LILIANN ORELLANA
Abogada, Doctoranda en Derecho por la Universidad de Valencia
lioca@alumni.uv.es

RESUMEN: A fin de evitar una posible integración judicial que dé como resultado una gran variedad de soluciones que difícilmente conduzcan a una respuesta uniforme, el presente artículo analiza la posibilidad de invocar la figura de la excesiva onerosidad en el ámbito de la CISG, sobre la base de la aplicación de su artículo 79 que regula el régimen de exención de responsabilidad, haciendo hincapié en los presupuestos necesarios para declarar su existencia y en las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Excesiva onerosidad, impedimento, alteración de las circunstancias, CISG.

ABSTRACT: To avoid possible legal integration that results in a variety of solutions that hardly lead to a uniform response, this paper analyzes the possibility of invoking situations of hardship within the scope of the CISG, based on the application of article 79 that regulates the exemption of liability in the event that non-performance is due to an impediment beyond the debtor's control, emphasizing the conditions required to declare its existence and the legal consequences of its application.

KEY WORDS: Hardship, impediment, change of circumstances, CISG.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD.- 1. Concepto de excesiva onerosidad.- 2. La excesiva onerosidad en el Derecho comparado.- 3. La excesiva onerosidad en algunos textos internacionales.- III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LA CISG.- 1. Consideraciones previas.- 2. El régimen de exención de responsabilidad del art. 79 CISG.- 3. Requisitos para la exención de responsabilidad conforme al art. 79(1) CISG.- A) Impedimento.- B) Fuera de la esfera de control.- C) Imprevisibilidad del impedimento al tiempo de la celebración del contrato.- D) Imposibilidad de evitar o superar el impedimento o sus consecuencias.- 4. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.- A) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG.- B) En base a la aplicación del principio de buena fe del art. 7(1) CISG.- C) Existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los Principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.- IV. PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA CISG.- 1. Presupuestos.- 2. Consecuencias jurídicas.- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los principios básicos en el ámbito del Derecho de los contratos es el principio *pacta sunt servanda*, esto es, un contrato debe cumplirse en virtud de los derechos y obligaciones que las partes pactan libremente, entonces si una de las partes no cumple sus obligaciones ésta deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. Una importante excepción a este principio se presenta en aquellas situaciones en las que ha tenido lugar un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base a la conclusión del contrato, lo cual genera en muchas ocasiones una alteración fundamental del equilibrio contractual que da lugar a obligaciones sumamente onerosas o de difícil cumplimiento para uno de los contratantes, es decir, la existencia de un supuesto de *excesiva onerosidad* puede llegar a constituir una limitación a la regla general.

Está claro que el interés en los problemas ocasionados por esta figura así como los remedios para aliviar dicha situación no es una cuestión nueva, pues desde siempre ha sido objeto de un amplio debate doctrinal y jurisprudencial en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, empero dicha materia resulta significativa por: 1) La crisis económica que estalló en el 2008 y cuyos efectos se extienden hasta la fecha, causando innumerables problemas en el cumplimiento de los diversos tipos de contrato que existen en el mercado debido a la subida de los costes de la materia prima, la

sobrevalorización del producto, las dificultades crediticias, entre otros; y, 2) La tendencia que existe en los sistemas de Derecho Civil en relación al necesario ajuste a la realidad social de la figura de la excesiva onerosidad, así como también la moderna configuración que de esta institución ofrecen los principales textos internacionales de armonización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, tal como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), en los que se reconoce expresamente el principio de excesiva onerosidad como excusa de la falta de cumplimiento.

En ese sentido, se plantea una preocupación por los contratos regulados por la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), que a diferencia de otros textos internacionales no reconoce explícitamente que un supuesto de excesiva onerosidad pueda ser invocado como excusa de la falta de cumplimiento, teniendo en cuenta que este tipo de contratos implican un cierto grado de incertidumbre al estar sujetos no sólo a los cambios sociales, políticos y económicos sino también a los avances tecnológicos que influyen directamente en las telecomunicaciones y el transporte y que, por tanto, no pueden ser previstos razonablemente por el deudor en el momento de la conclusión del contrato. Por lo expuesto y con el firme objetivo de promover la aplicación uniforme de la CISG, en el presente artículo analizaremos la posibilidad o no de invocar dicha figura y cuáles serían sus eventuales efectos jurídicos, pues de lo contrario, conforme a lo regulado en el art. 7(2) CISG, podemos encontrarnos ante un escenario complejo constituido por una variedad de soluciones al amparo de diversas instituciones jurídicas que tratan el asunto como la cláusula *rebus sic stantibus*, la *Geschäftsgrundlage*, la *excessiva onerosità*, la *frustration of contract*, la *commercial impracticability*, u otras instituciones equivalentes según corresponda al Derecho nacional aplicable.

II. LA EXCESIVA ONEROSIDAD.

1. Concepto de excesiva onerosidad.

El concepto de excesiva onerosidad hace referencia al cambio sustancial e imprevisible de las circunstancias (conforme a las cuales se perfeccionó el contrato) que escapan del ámbito de control de la parte incumplidora, provocando una alteración del equilibrio económico¹ de las prestaciones que

¹ MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2: Excesiva onerosidad (Hardship)”, en AA.VV.: *Comentario a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, 2ª ed. (coord. por D. MORÁN BOVIO). Navarra (2003): Aranzadi, p. 315, manifiesta que el equilibrio contractual es el punto de convergencia entre todas las ventajas e inconvenientes

puede forzar el cumplimiento de obligaciones más allá del límite de lo razonable. Pero no cualquier sacrificio económico ya sea por un encarecimiento o disminución del valor de la prestación constituye un supuesto de excesiva onerosidad, sino sólo aquellos que producen un desequilibrio o quebrantamiento fundamental del contrato.

A pesar de que esta institución hace referencia a circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y, sobre todo, ajenas a la esfera de control, ésta constituye una situación distinta al supuesto de fuerza mayor. Es decir, aun cuando estas instituciones jurídicas tengan una misma configuración de sus presupuestos, presentan una diferencia trascendental que radica en los efectos que produce la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre la responsabilidad en caso de incumplimiento. En un supuesto de excesiva onerosidad el cumplimiento de la prestación del deudor no es imposible, sino que ha devenido extremadamente gravoso de modo que constituye una carga insostenible de cumplir; asimismo, su propósito principal es la continuación del contrato por lo que pretende solventar el desequilibrio de las prestaciones (siempre que sea posible) a través de la modificación de los términos contractuales a la nueva situación sobrevenida o, alternativamente, considera factible la liberación del cumplimiento específico de la obligación o la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento y, como último recurso, la posibilidad de declarar la resolución. En cambio, en un supuesto de fuerza mayor es imposible que el deudor satisfaga su obligación (temporal o definitiva) y al situarse dicho concepto en el contexto del incumplimiento tiene por objetivo sólo la suspensión o la resolución del contrato.

2. La excesiva onerosidad en el Derecho comparado.

La institución jurídica de la excesiva onerosidad es de alguna manera tratada en los sistemas del *Common Law*. En el Derecho anglosajón la institución que puede asimilarse a esta figura es la denominada *frustration of contract*, fundamentada en la sola interpretación de la intención de las partes plasmada en el contrato, por lo que en el caso que no hubiese pacto expreso o tácito en relación a la asunción de los riesgos derivados de los graves acontecimientos sobrevenidos, su propósito principal es “facilitar un modelo para la distribución apropiada de dichos riesgos”². Por otro lado, en el sistema estadounidense podríamos hacer alusión a la institución de la *commercial impracticability* que no contempla la existencia de la imposibilidad de

que se establecen para cada contratante, es decir, es la foto fija y el punto de partida de los términos acordados en los que las partes se han obligado.

² ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Navarra (2013): Aranzadi, p. 62.

cumplimiento, esto es, el impedimento es físicamente posible, pero a un coste sumamente oneroso y desproporcionado para la parte incumplidora.

En los sistemas de Derecho Civil esta figura, generalmente, constituye un supuesto de exoneración de responsabilidad. En Italia se instaura la institución de la *excessiva onerosità sopravvenuta*, legalmente reconocida en el art. 1467 del CC italiano para los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, según la cual la grave alteración de determinadas circunstancias que no fueron previstas por los contratantes en la celebración del contrato, provoca un sacrificio económico para una de las partes como consecuencia del incremento o la disminución del valor de su prestación. En el modelo germánico es la institución de la *Störung der Geschäftsgrundlage* la encargada de regular la transformación radical de las circunstancias que altera sustancialmente la base del negocio causando el desequilibrio de las prestaciones, doctrina jurisprudencial que fue desarrollada sobre la base del principio de buena fe que debe presidir la ejecución de las obligaciones (§ 242 BGB), hasta que es expresamente incorporada en el § 313 BGB de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del BGB que entró en vigor en enero de 2002³.

En el sistema español esta figura no se encuentra legalmente reconocida en el Código Civil, por lo que ha sido la jurisprudencia⁴ la que ha desarrollado su tratamiento en función de aplicar la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, permitiendo eximir al deudor de su incumplimiento o aminorar los efectos negativos de un riesgo contractual no pactado en la conclusión del contrato, a fin de restaurar el equilibrio de las prestaciones. No obstante, es preciso indicar que existe una tendencia hacia la aplicación plenamente normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la línea del necesario ajuste de las instituciones a la actual realidad social. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura ha sido reconocida por la STS 17 enero 2013 y la STS 18 enero 2013⁵, en las que se establece que la actual crisis económica, de

³ Para la modificación sustancial del derecho de obligaciones del BGB, el legislador alemán tuvo en consideración el Derecho privado europeo y el Derecho internacional. Principalmente, se tuvo en cuenta los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, los Principios UNIDROIT y como referente constante para la elaboración de la parte general del derecho de obligaciones y el contrato de compraventa la CISG. *Vid.* EBERS, M.: “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002”, *Anuario de Derecho Civil* (2003), vol. 56, núm. 4º, p. 1579; KLAUS JOCHEN, A.: “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: Un paso hacia la europeización del derecho privado”, en AA.VV.: *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa* (coord. por M. MOYA ESCUDERO/S. SÁNCHEZ LORENZO). Madrid (2003): Dykinson, p. 320.

⁴ STS 25 enero 2007 (RJ 2007, 592); STS 22 abril 2004 (RJ 2004, 2673); STS 21 marzo 2003 (RJ 2003, 2762); STS 23 abril 1991 (RJ 1991, 3023).

⁵ STS 17 enero 2013 (RJ 2013, 1819); STS 18 enero 2013 (RJ 2013, 1604).

efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada como una alteración extraordinaria capaz de generar un grave trastorno o desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes. Del mismo modo, la reciente STS 30 junio 2014⁶, alejándose de una tradicional configuración en base a las reglas de *equidad y justicia*, ha considerado que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no supone una ruptura respecto de la regla preferente de la lealtad a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), ni tampoco de la estabilidad o mantenimiento de los contratos; por el contrario, sostiene que desde su moderna configuración la aplicación de dicha figura se fundamenta en las propias directrices del orden público económico, esto es, de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico (que va más allá de un mero criterio interpretativo pues constituye una regla de la economía contractual) y del principio de buena fe (que sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato, permite una clara ponderación de los resultados que se derivan de la regla según la cual los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos). A su vez, esta aplicación normalizada no puede desconocerse a tenor de la nueva configuración que de esta figura ofrece la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Comisión General de Codificación, que reconoce de forma expresa en el art. 1213⁷ la posibilidad de revisar, o incluso, de resolver un contrato cuando el cumplimiento haya devenido excesivamente oneroso a razón de un cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base al contrato.

En tal sentido, aunque la institución jurídica de la excesiva onerosidad es denominada de distintas formas, la mayoría de las instituciones equivalentes a dicha figura se encuentran relacionadas entre si al compartir características importantes en la determinación de su existencia. Así, por lo general son necesarios los siguientes presupuestos: 1) Una alteración de las circunstancias en relación con las concurrentes al tiempo de la conclusión del contrato; 2) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, que verdaderamente ocasione la ruptura de la economía contractual por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; 3) La imprevisibilidad de los acontecimientos que provocan la alteración de las circunstancias, ya sea que el deudor no haya podido racionalmente considerarlos, así como que éstos tampoco podrían haberse podido determinar en función del tipo contractual o conforme a la

⁶ STS 30 junio 2014 (RJ 2014,3526).

⁷ Un análisis adecuado de la propuesta de regulación de la extraordinaria alteración de las circunstancias en SALVADOR CODERCH. P.: “Alteración de Circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* (2009), núm. 4º, pp. 1-60; y en *Boletín del Ministerio de Justicia* (2011), núm. 2130º, disponible en web: www.mjusticia.es/bmj (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

situación del mercado en la que fue concluido; 4) Los acontecimientos deben encontrarse fuera de los riesgos que haya asumido la parte incumplidora (voluntaria o implícitamente); y 5) Las partes no deben ser responsables del cambio de las circunstancias.

Sin embargo, estas instituciones presentan una particular diferencia en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de su aplicación, esto es, en cuanto al remedio de la adaptación del contrato. En los sistemas del *Common Law*, la institución de la *frustration of contract* del Derecho inglés, tiene como principal efecto la terminación del contrato desde la ocurrencia del cambio de las circunstancias que han hecho imposible su ejecución, quedando las partes liberadas del cumplimiento de sus obligaciones pendientes, por tanto, no cabe una revisión de los términos contractuales. Por otro lado, en el Derecho americano si bien la institución de la *commercial impracticability* contempla la posibilidad de modificar el contrato a las nuevas circunstancias, en la práctica su aplicación ha sido extremadamente restrictiva, pues los jueces son reacios a favorecer un ajuste del contrato. En sentido contrario, en los sistemas de Derecho Civil la parte en desventaja tiene derecho a solicitar al juez la adaptación del contrato, que debe efectuarse conforme a una interpretación integradora de su contenido, es decir, implica tener en cuenta no sólo los términos en los que se pactaron las prestaciones sino también las obligaciones derivadas del principio de buena fe, entonces sólo si el ajuste no es factible o no resulta razonable será mejor proceder a declarar la resolución, puesto que debe tratar de conservarse el contrato en la medida que ello sea siempre posible. Cabe señalar, por último, que el modelo italiano⁸ tiene un enfoque particular sobre la cuestión, ya que sólo la parte no perjudicada con la excesiva onerosidad sobrevenida tiene la posibilidad de modificar los términos contractuales a fin de evitar la resolución del contrato que es el remedio aplicable por excelencia.

3. La excesiva onerosidad en algunos Textos Internacionales.

En algunos textos internacionales de armonización del Derecho Privado también se reconoce la figura de la excesiva onerosidad, en base a la doctrina de *change of circumstances* en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), la Propuesta de Reglamento sobre Compraventa Europea

⁸ Según BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Ah Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International, p. 507, el acreedor debe otorgar varias alternativas razonables con el propósito de incentivar el procedimiento de adaptación. Dichas alternativas serán evaluadas por el tribunal, por ende, si tan sólo se presentará una proposición se corre el riesgo que el tribunal considere que los términos ofrecidos no son adecuados, debiendo declarar la resolución del contrato.

(CESL) y el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), y a través del concepto de *hardship* en los Principios UNIDROIT. Aunque, de acuerdo a lo establecido en los arts. 6.2.1 Principios UNIDROIT, 6:111(1) PECL, 89(1) CESL y III. – 1:110(1) DCFR, queda claro, *prima facie*, el carácter vinculante del contrato por lo que aunque el cumplimiento de la prestación sea más oneroso para una de las partes ésta permanecerá obligada a cumplir siempre que sea posible, independientemente que ello le produzca más pérdidas que ganancias. Sin embargo, tomando en consideración que el principio *pacta sunt servanda* no constituye un principio absoluto, se excluye su aplicación de forma excepcional cuando surgen o se producen alteraciones que desequilibran fundamentalmente la base del contrato, esto es, ante una situación de excesiva onerosidad.

En cuanto a los presupuestos necesarios para declarar la existencia de esta figura así como las consecuencias jurídicas que produce su aplicación, al efectuar una comparación entre las reglas o métodos que se utilizan en los distintos textos internacionales indicados anteriormente (arts. 6.2.2 y 6.2.3 Principios UNIDROIT, 6:111PECL, 89 CESL y III. – 1:110 DCFR), puede inferirse que no existen grandes diferencias en la aplicación de dichas disposiciones. En términos generales, en todos ellos se requiere: 1) La ocurrencia de ciertos eventos que conducen a un cumplimiento más oneroso de las prestaciones; 2) La imprevisibilidad razonable de la alteración de las circunstancias; 3) Los acontecimientos deben ser ajenos al control del deudor; y 4) La parte en desventaja no deberá haber asumido los riesgos producidos por el cambio de las circunstancias. Y, en cuanto a los efectos jurídicos, se establece el deber de las partes de renegociar los términos contractuales a fin de lograr su modificación y de no llegarse a un acuerdo será el tribunal, según considere más conveniente, el que tiene la facultad de adaptar o dar por resuelto el contrato.

III. LA EXCESIVA ONEROSIDAD COMO EXCUSA DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO CON LA CISG.

1. Consideraciones previas.

En la CISG el régimen de exoneración de responsabilidad se presenta como un sistema autónomo, lo cual queda reflejado en la falta de referencia a nociones o teorías de leyes nacionales con el fin de evitar cualquier influencia o asimilación derivada de éstos y de la praxis jurídica en el país en cuestión. Por ende, no puede recurrirse a estas leyes como guía dado que se produciría un sinnúmero de resultados divergentes en la interpretación y aplicación de la CISG, contrario al mandato de uniformidad establecido en el art. 7(1) CISG. Este sistema de excusas por la falta de cumplimiento consta de dos supuestos de exención establecidos en: 1) El art. 79 CISG referido a un impedimento

ajeno a la voluntad del deudor; y 2) El art. 80 CISG que expresa la regla general según la cual “no se puede invocar el incumplimiento del otro cuando éste es causado por acción u omisión propia”, de lo contrario se atentaría contra el principio de buena fe y el principio *venire contra factum proprium*. No obstante, para el objetivo de la presente investigación el art. 80 CISG no será discutido.

En ese sentido, si bien la CISG no contiene ninguna disposición expresa que regule un cambio de las circunstancias que dé como resultado una situación de insoportable onerosidad, la doctrina considera que el art. 79 CISG es el que más se vincula con dicha cuestión. De manera que, aunque la jurisprudencia a lo largo del tiempo ha optado por una interpretación restrictiva de dicho precepto declarando su aplicabilidad a supuestos de fuerza mayor⁹, se plantea la posibilidad de invocar el art. 79 CISG ante la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida.

2. El régimen de exención de responsabilidad del art. 79 CISG.

Los redactores de la CISG tras un largo proceso de desarrollo del art. 79 CISG, lograron crear un sistema de excusas más rígido y objetivo que la de su predecesor, el art. 74 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (ULIS). Así, en el párrafo (1) se reconoce el efecto liberatorio del incumplimiento de cualquier obligación imputable al deudor, si éste prueba que la falta de cumplimiento se debe a: “un *impedimento ajeno a su voluntad* y si *razonablemente era imprevisible*, o aunque previsible era *inevitable* o *insuperable*, de modo que obstaculiza el cumplimiento de su obligación”. En otras palabras, este régimen de responsabilidad contractual hace responsable a las partes de cualquier incumplimiento del contrato, medie o no culpa o dolo, por lo que bajo ninguna circunstancia la ausencia de culpa podrá dar lugar a una exoneración de responsabilidad. Sin embargo, este carácter objetivo de la imputación se ve atenuado mediante el recurso a la razonabilidad de que la parte incumplidora no haya podido prever, evitar o superar el impedimento ajeno a su ámbito de control.

⁹ Aunque los presupuestos de la fuerza mayor coincidan con lo establecido en el art. 79(1) CISG, no por ello debe presumirse que dicha institución provoca automáticamente la exoneración de responsabilidad, por ende, el deudor será responsable incluso de un impedimento de fuerza mayor si éste ha sido razonablemente previsible en la celebración del contrato. Sobre esta cuestión cfr. PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional de mercancías: Convención de Viena de 1980”, (2001), artículo disponible en web: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html (Consulta: 20 de noviembre de 2014); y SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna (1986): Manz, p. 101, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

Empero, vista la naturaleza dispositiva de la CISG (art. 6), las partes pueden acordar la modificación de la regla establecida en el art. 79 CISG para asignar el riesgo en caso de imposibilidad de cumplimiento, variación que puede ser en general o en relación con impedimentos concretos. Por ejemplo, a fin de regular la responsabilidad se puede alternativamente determinar en el contrato los obstáculos específicos que habrán de excluirla o, también, se puede estipular cláusulas de exención de responsabilidad, tales como, las denominadas cláusulas de fuerza mayor o las denominadas cláusulas de *hardship*¹⁰. Por consiguiente, la eventual exoneración de responsabilidad deberá apreciarse, *prima facie*, en el contenido del contrato, particularmente, en la existencia de las mencionadas cláusulas de exención y, en su defecto, con arreglo al sistema de excusas previsto en el art. 79(1) CISG.

3. Requisitos para la exención de responsabilidad conforme al art. 79(1) CISG.

A) Impedimento.

Con la utilización del término *impedimento*, expresión que implica *una barrera al cumplimiento antes que el recurso a aspectos personales*¹¹, la CISG tiende a enfatizar la *naturaleza objetiva* del obstáculo al no ser razonable que una cuestión de tanta importancia como la exención de responsabilidad se vincule a impedimentos de poco valor. El deudor, entonces, responde siempre de sus propios actos u omisiones más allá de toda idea de culpa o negligencia, pues en cuanto estos originan el impedimento lo hacen en la esfera de control personal del deudor y como actos u omisiones que son y no simples hechos, son voluntarios¹². El impedimento, de carácter físico o jurídico, puede existir con carácter previo o posterior a la conclusión del contrato¹³ ya que el tenor literal y los

¹⁰ La validez de estas cláusulas o cualquier indemnización pactada dependerá de lo que las propias partes hayan dispuesto y sobre la interpretación que de las mismas haga el Derecho nacional aplicable, por exclusión de su regulación según el art. 4(a) CISG.

¹¹ Cfr. HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4ª ed., edited and updated by FLECHTNER, H. Alphen aan den Rijn (2009): Kluwer Law International, p. 617 y p. 626; JENKINS, S.: “Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles - A Comparative Assessment”, *Tulane Law Review* (1998), vol. 72, p. 2024; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 101; TALLON, D.: “Article 79”, en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA/M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffrè, p. 573 y p. 579; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas sobre la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, p. 45.

¹² SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, p. 642.

¹³ Cfr. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law: United Nations Convention on*

antecedentes del art. 79(1) CISG no hacen referencia alguna al tiempo en que debió surgir.

Entre los sucesos que pueden ser considerados impedimentos se encuentran las catástrofes naturales (un terremoto, un maremoto, una inundación, etc.) o los actos de la autoridad pública (una guerra¹⁴, una prohibición gubernamental de importación¹⁵ o exportación¹⁶, una medida de embargo, etc.). En cuanto a los actos del hombre como una huelga, no tendrá carácter exoneratorio si tiene su origen en conflictos internos de la propia empresa, tampoco si se trata de una huelga exclusivamente sectorial; por el contrario, en virtud de la teoría de las esferas de control una huelga general sí exime de responsabilidad a la parte incumplidora¹⁷. En cualquier caso, ninguno de los ejemplos indicados podrá constituir un impedimento sólo debido a su

Contracts for the International Sale of Goods. New York, London, Rome (1992): Oceana Publications, p. 323; PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional”, cit.; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Pace International Law Review* (1999-2000), p. 215, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En contra, TALLON, D., “Article 79”, cit., pp. 577-578, entiende que los supuestos anteriores a la celebración del contrato no pueden constituir un impedimento en virtud del art. 79 CISG, teniendo en cuenta que las normas sobre la validez del contrato dejan de aplicarse en virtud del art. 4(a) CISG, por tanto, en este asunto el Derecho interno tiene prioridad sobre la CISG.

¹⁴ District Court, New York (Southern District), Federal Court of 1st Instance, Estados Unidos de América, 20 agosto 2008, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no había podido cumplir sus obligaciones contractuales por el comienzo de la guerra en el país del comprador (Irak) y la retirada de los inspectores encargados de dar la conformidad a las mercaderías.

¹⁵ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Rusia, 22 enero 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=376> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal decidió exonerar al comprador por no haberse hecho cargo de las mercaderías debido a la negativa de las autoridades públicas a autorizar la importación.

¹⁶ Bulgarska turgosko-promishlena palata, Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, Bulgaria, 24 abril 1996, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=422> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que una prohibición de las autoridades públicas (sobre exportación de carbón) representaba un impedimento fuera del control del vendedor. No obstante, en el caso en cuestión no se configuró la exención ya que la prohibición se encontraba en vigor en el momento de la celebración del contrato y, por tanto, era previsible.

¹⁷ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, en AA.VV.: *Curso de contratación internacional*, 2ª ed. (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). Madrid (2006): Colex, p. 299; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 644. Cfr. *supra* nota 16, el tribunal búlgaro consideró que aunque se produjo una huelga de mineros, el vendedor no estaba exento de responsabilidad pues en ese momento ya se encontraba en incumplimiento contractual.

naturaleza sino que será necesario, además, que el obstáculo en cuestión cause directamente el incumplimiento de las obligaciones contraídas, esto es, debe existir una relación *causa- efecto*¹⁸.

Por último, al impedimento (objetivo) se opone la idea de circunstancias personales, obstáculos estrictamente subjetivos que se encuentran en la esfera de influencia del deudor, tal como una insuficiencia patrimonial o aquellos relacionados con su salud, su vida, su libertad personal, entre otros. Todos ellos *salvedades* -más que excepciones- que deberán reconocerse como causas de exención, sólo si tales eventos han sido tenidos en cuenta por las partes en la estipulación del contrato¹⁹. Excepcionalmente, tampoco se considerará al deudor responsable de un impedimento originado en su ámbito de control si no es posible o, de lo contrario, no tiene ningún sentido adoptar cualquier tipo de medidas en contra de dicho obstáculo, como por ejemplo, un caso de sabotaje en la fábrica del vendedor²⁰.

B) Fuera de la esfera de control.

Por esfera de control puede comprenderse todos aquellos factores que están relacionados con la organización ordenada de fabricación y/o proceso de adquisición que forman parte de las obligaciones mínimas de cuidado y diligencia que un empresario debe guardar en relación con el objetivo principal de su negocio. En otras palabras, el vendedor debe tener la capacidad necesaria (del personal, de los equipos técnicos y financiera²¹) que

¹⁸ Cfr. FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis”, *Pace International Law Review* (2001), vol. 13, p. 273, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law* (2006), disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 583. En una interpretación distinta, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., pp. 321-322, son de la opinión que no se puede exigir que el impedimento sea la causa exclusiva de un incumplimiento, sino que un impedimento también debe ser aceptado cuando una causa se apodera de otra causa (*a cause overtakes another cause*) provocando la falta de cumplimiento del contrato.

¹⁹ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 642.

²⁰ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, en AA.VV.: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed. (coord. por P. SCHLECHTRIEM/I. SCHWENZER). New York (2005): Oxford University Press, p. 814.

²¹ Schiedsgericht der Handelskammer (Arbitral Tribunal) Hamburg, Alemania, 21 marzo 1996, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que por regla general las dificultades que surgen en la entrega de mercancía a causa de problemas económicos del vendedor, o por

utilizada de manera adecuada tiene como fin prevenir cualquier tipo de incidencia en el cumplimiento de su obligación; mientras que el comprador debe disponer de los medios financieros necesarios para asegurar la adquisición de la mercancía²² y asumir el riesgo de las fluctuaciones del mercado²³.

El impedimento será ajeno a la voluntad del deudor en la medida que ha de haberse originado *más allá de lo que le es posible controlar*, de tal manera que no le resulte imputable el obstáculo que causa el incumplimiento de su obligación. Por así decirlo, el obligado garantiza su capacidad para cumplir dentro de su esfera de influencia adoptando las medidas necesarias y controles adecuados. Este presupuesto se vincula estrechamente a dos situaciones en concreto: 1) La conducta de la parte incumplidora; y 2) El carácter externo del impedimento. La conducta o actividad del deudor está relacionada con el contenido de los acuerdos en los que se delimitan las obligaciones, los riesgos y la responsabilidad ante el incumplimiento del contrato, además de ellos se “destila los principios concretos de eficiencia y justicia aplicables”²⁴ al caso. En defecto de pacto expreso, las declaraciones y otros actos deberán interpretarse según el criterio que hubiese otorgado en igual situación una persona razonable de la misma condición (art. 8 CISG); asimismo resultarán aplicables al contrato los usos del comercio internacional de los que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento (art. 9 CISG). El carácter externo del impedimento, por otra parte, se refiere a los sucesos que no se relacionan directamente con la actividad del deudor y en donde a pesar de que se adoptaron las medidas exigibles, según el principio de buena fe, no pudieron evitarse sus efectos, como por ejemplo, un incendio en la fábrica de la parte incumplidora²⁵.

problemas financieros de sus proveedores (incluso cuando está conectada a un acto de la autoridad pública en el país del proveedor) no deben ser considerados un impedimento fuera de su esfera de control o de riesgo.

²² Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Rusia, 17 octubre 1995, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=216> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el incumplimiento debido a la falta de reservas suficientes de moneda libremente convertible en la moneda extranjera de pago no constituía una causa de exención de responsabilidad, pues el comprador debía adoptar todas las medidas y formalidades necesarias para lograr el pago del precio, lo que en efecto no sucedió.

²³ Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court), Alemania, 27 noviembre 2007, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1345> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal señaló que el comprador a fin de quedar exento de responsabilidad por su incumplimiento (falta de pago y recepción de la mercancía pendiente), no podía alegar la fluctuación del tipo de cambio de la moneda como un impedimento, ya que éste asume el riesgo de la reventa (no rentable) de los bienes.

²⁴ HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 614.

²⁵ STS 5 junio 2014 (RJ 2014, 4221). El tribunal declaró que debido al incendio que destruyó las instalaciones del comprador en donde elaboraba el producto objeto del

Cabe indicar que la insolvencia del deudor no se considera, generalmente, un impedimento fuera de su esfera de control. Si la parte incumplidora alega que no puede cumplir su obligación porque ello supondría su declaración de insolvencia, ello no la exime de responsabilidad pues el impedimento no sería ajeno a su voluntad sino consecuencia de ella²⁶. A menos que, por ejemplo, se trate de una insolvencia producida como resultado de una expropiación o confiscación indebida (total o parcial) de sus bienes, a causa de un acto imprevisible del gobierno como un golpe de Estado²⁷.

C) Imprevisibilidad del impedimento al tiempo de la celebración del contrato.

Para que la exención de responsabilidad sea posible el impedimento debe ser *imprevisible*²⁸ en el momento de la celebración del contrato. Incluso en caso de duda o en ausencia de cualquier estipulación en el contrato respecto a la asunción de los riesgos, algunos autores ²⁹ manifiestan que la parte incumplidora deberá hacerse cargo, sobre todo en los contratos de

contrato (queso), debía ser exonerado de su responsabilidad por el incumplimiento parcial del pago y por la falta de recepción de la mercancía, pues dicho evento constituye un impedimento ajeno a su voluntad.

²⁶ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 647.

²⁷ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., p. 815; TALLON, D.: “Article 79”, cit., pp. 582-583.

²⁸ SAP Murcia, 25 mayo 2012 (JUR 2012, 232460). El tribunal consideró que el requisito de imprevisibilidad no se había cumplido ya que el vendedor era una empresa especializada en el sector de las especias en la que debe primar la seguridad, la protección y la salud de los consumidores y en dónde la investigación para la evaluación del riesgo de los productos que se suministran se revela como *esencial*, debiendo extenderse a dicha investigación la diligencia exigible; por tanto, no puede enlazarse la imprevisibilidad con la inexistencia de una alerta previa o con el hecho de que la presencia de aquellos colorantes sintéticos no se hubiese revelado con anterioridad en el sector. Además, se trataba de un producto adquirido de Uzbekistán y dado que era la primera vez que se compraba en dicho país, se decidió comprarlo en cáscara para una mayor seguridad, lo que ya denotaba cierta desconfianza en la mercancía.

Efetio Lamias (Court of Appeals of Lamia), Grecia, 2006, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060001gr.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal resolvió que el vendedor no podía reclamar la exención de responsabilidad pues era consciente de que debido a la sequedad la producción y oferta de semillas de girasol se limitarían para el año específico del cumplimiento; además el descenso del nivel del río Danubio (por donde se transportaría la mercancía) tampoco puede constituir un impedimento ajeno a su control ya que el mismo evento había ocurrido hace varios años y en vista de esta experiencia era previsible.

²⁹ FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 270-271; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; LOOKOFKY, J.: “Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's ‘Competing Approaches to Force Majeure and Hardship’”, *International Review of Law and Economics* (2005), vol. 25, núm. 3º, p. 438; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 580.

compraventa a largo plazo donde los operadores del comercio conocen y asumen el riesgo del negocio³⁰. Este presupuesto es sin duda uno de los más complicados de probar, pues en cierta medida todos los obstáculos potenciales en el mundo de los negocios son previsibles; sin embargo, su evaluación no será tan estricta al quedar atenuado con el test de *razonabilidad* que se requiere, no sólo para el impedimento en sí, sino también para el momento de su ocurrencia. La imprevisibilidad, entonces, ha de apreciarse en el momento de la celebración del contrato y según una regla objetiva, la de una persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias.

Sobre el particular, la doctrina³¹ considera que esta persona razonable en el ámbito de la CISG se caracteriza por ser: 1) Un comerciante *profesional* que despliega actividades tales que le permitan colocarse mentalmente en la posición de la otra parte a fin de prever diferentes eventos relacionados con las operaciones comerciales, por ejemplo, analizando la situación del país en dónde se fabrican los productos o en dónde debe efectuarse la entrega; 2) Un comerciante *reflexivo* moderado (desde el punto de vista económico), que trata de adoptar las medidas oportunas tendientes a evitar o superar el impedimento que obstaculiza la ejecución de la obligación, incluso a través de un cumplimiento sustitutivo; 3) Un comerciante *eficiente*, más allá del buen padre de familia³², en consecuencia, no se trata del modelo de conducta de

³⁰ Cour d'Appel de Colmar, Francia, 12 junio 2001, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=814>, confirmada por la Cour de Cassation, 30 junio 2004, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=981> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal rechazó el argumento del comprador de que su decisión de no aceptar la entrega de las mercaderías (carcasas de aparatos de aire acondicionado para camiones) se debió a un acontecimiento imprevisible. A su criterio a pesar del colapso del mercado de la automoción, la reducción de precio de recompra (inferior en un 50% al precio de las piezas) impuesta por el cliente final al comprador constituye un evento previsible, más aún cuando se trata de contratos de larga duración como en el presente caso, en los cuales deben preverse cláusulas de *hardship*.

³¹ Cfr. DÍAZ BRAVO, A.: "En torno al concepto de lo razonable en la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en AA.VV.: *Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA). Madrid (2005): Colex, p. 499; KESSEDJIAN, C.: "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *International Review of Law and Economics* (2005), vol. 25, núm. 3º, p. 418; NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en AA.VV.: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (coord. por GALSTON/SMIT). New York (1984): Matthew Bender, p. 9 y p. 24, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html> (Consulta: 20 de septiembre de 2014); VIDAL OLIVARES, A.: "La noción de la persona razonable en la compraventa internacional", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, tomo II (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ). Madrid (2003): Civitas, pp. 3288-3290.

³² Según TALLON, D., "Article 79", cit., pp. 580-581, por persona razonable puede entenderse al buen padre de familia, aquél que se encuentra a mitad de camino entre el

una persona de prudencia media sino que se requiere una mayor exigencia y rigurosidad en la conducta del comerciante; 4) Un comerciante *honesto, leal y correcto* que observe las exigencias del principio de buena fe contractual; y 5) Un comerciante *conocedor de los usos y la práctica comercial internacional*, puesto que de otro modo no podría ubicarse en las mismas circunstancias en que se encuentran las partes al formular sus declaraciones y realizar los demás actos denotativos de sus respectivas intenciones. En cuanto al test de razonabilidad del momento de ocurrencia del impedimento, este puede ser de gran importancia a la hora de determinar las posibilidades que tiene la parte incumplidora para superar el impedimento, es decir, si el impedimento ocurre con bastante antelación a la fecha de entrega pactada, éste es más fácil de superar que un impedimento que ocurre próximo a la fecha acordada³³.

D) Imposibilidad de evitar o superar el impedimento o sus consecuencias.

Esta regla obedece a la política según la cual el deudor debe hacer todo lo posible para llevar a cabo su obligación sin esperar eventos que más tarde puedan justificar su incumplimiento, consiguientemente aun cuando el impedimento pudo ser previsible, la parte incumplidora debe demostrar que las consecuencias fueron *inevitables* o *insuperables*³⁴. Al ser complicada la distinción entre lo que es posible y lo que es imposible de evitar o superar, se requiere un análisis de cada caso en particular, atendidos los medios de que disponga el deudor, por lo mismo no se exige una inevitabilidad absoluta. Por *evitar* el impedimento puede entenderse que el deudor debe realizar todas

pesimista empedernido que prevé toda suerte de desastres y el optimista resuelto que nunca espera la menor desventura.

³³ Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.: “Las disposiciones comunes a vendedor y comprador en la Convención de Viena”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil: Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II. Valladolid (1998): Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Valladolid, p. 1195; CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, cit., p. 299; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 216; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual*, cit., p. 41.

³⁴ International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Estados Unidos de América, 23 octubre 2007, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>, confirmado por U.S. District Court, Southern District of New York (Federal Court of 1st Instance), 16 abril 2008, que puede consultarse en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080416u1.html>, confirmado por U.S. Court of Appeals, Second Circuit, (Federal Appellate Court), 26 mayo 2009, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090526u1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que la prohibición de importación de la mercancía (trozos de pollo congelado) no sólo se encontraba fuera del control del vendedor sino que también no podría haber sido razonablemente previsto en el momento de la celebración del contrato; sin embargo, sostuvo que se podría haber evitado razonablemente la prohibición de haberse enviado la mercancía al puerto alternativo propuesto por el comprador, por ende, el vendedor no puede ser exonerado por su incumplimiento.

las medidas de protección necesarias para prevenir la realización de una perturbación que se avecina claramente; mientras que *superar* el impedimento que ya se ha ocasionado significa que deberá efectuar todas las acciones necesarias para eludir las consecuencias de la perturbación lo más pronto posible³⁵.

El impedimento inevitable o insuperable no tendrá carácter exoneratorio si el deudor puede o es requerido a ofrecer una alternativa comercialmente razonable para cumplir su obligación. Ello ocurre principalmente cuando sólo se afecta la modalidad de la prestación (medio de transporte, de pago o embalaje), pues aunque ello suponga una modificación unilateral, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento al ser contrario al principio de buena fe establecido en el art. 7(1) CISG³⁶. Por último, la inevitabilidad del impedimento que impone una cierta obligación de diligencia y cuidado, no basta para calificar el incumplimiento como causa de exención, por lo que también se estará al juicio de cómo una *persona razonable* con los mismos conocimientos y experiencia hubiese actuado en una situación similar.

4. Distintas posiciones doctrinales sobre el tema.

En principio, cabe señalar que las fluctuaciones del mercado que provocan una situación de excesiva onerosidad no son consideradas un *impedimento* acorde a los términos del párrafo (1) del art. 79 CISG³⁷; sin embargo, ello no

³⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, A. L.: “Las disposiciones comunes”, cit., p. 1195; ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 324; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 216; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 581.

³⁶ *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P.: “El contrato de compraventa internacional”, cit.; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 647 y p. 655; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 582.

³⁷ Bulgarska turgosko-promishlena palata, Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, Bulgaria, 12 febrero 1998, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=420> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que una evolución negativa de la situación del mercado, los problemas con el almacenamiento de las mercancías, la revaluación de la moneda de pago y una disminución del volumen de comercio en el sector de la construcción, se consideran eventos que forman parte del riesgo comercial del comprador y, por lo tanto, no son impedimentos que permitan la exención de responsabilidad.

Rechtbank van Koophandel Hasselt (District Court), Bélgica, 02 mayo 1995, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=263> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que la caída significativa del precio de mercado de los bienes adquiridos después de la celebración del contrato no constituía un impedimento que exime al comprador por la falta de cumplimiento, ya que las fluctuaciones de los precios son eventos previsibles en el comercio internacional y lejos de hacer imposible el cumplimiento se traducen tan sólo en la pérdida del bienestar económico incluido en el riesgo normal de las actividades comerciales.

quiere decir que fluctuaciones desproporcionadas y totalmente imprevistas no puedan llegar a constituir un *impedimento*. Esta es una cuestión que ha sido evaluada desde distintas perspectivas, aunque la mayoría de los argumentos han sido desarrollados, principalmente, dentro de las “*Four Corners*”³⁸ de la CISG con el propósito de promover la uniformidad en su aplicación, en vez de recurrir a las normas aplicables que sobre la figura de la excesiva onerosidad contienen los Derechos nacionales³⁹.

Así, parte de la doctrina⁴⁰ aprecia que la única excusa contenida en el art. 79(1) CISG debe interpretarse como un supuesto de imposibilidad absoluta o de fuerza mayor. Otros autores⁴¹ sostienen que dicha norma es lo suficientemente flexible para comprender situaciones de excesiva onerosidad y que en virtud de lo establecido en su párrafo (5) los efectos de la exención tan sólo se limitan a la imposibilidad de exigir los daños y perjuicios derivados. Y, por otro lado, otro sector de la doctrina⁴² admite que esta figura es una cuestión gobernada, pero no resuelta por la CISG, de modo que existe un vacío legal que debe resolverse conforme al sistema de integración de lagunas del art. 7(2) CISG, esto es, remitiéndose a los principios generales en los que se basa dicho instrumento, de lo contrario mediante un argumento fundado en la moderna configuración de la excesiva onerosidad, otros autores⁴³ son de la opinión que debe aplicarse los Principios UNIDROIT que sirven de complemento de interpretación a los principios generales de la CISG, siendo posible obligar a las partes a renegociar y adaptar el contrato al

³⁸ ZELLER, B.: *Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2003), tesis doctoral disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html#chp4> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En una posición contraria a resolver la cuestión sólo en el ámbito de la CISG, LOOKOFSKY, J.: “Walking the Article 7(2) Tightrope between CISG and Domestic Law”, *Journal of Law and Commerce* (2005), vol. 25, pp. 101-103, es de la opinión que hasta que no existan precedentes persuasivos que establezcan el derecho preferente con relación al supuesto de excesiva onerosidad, la “competencia” entre una exención del art. 79 CISG y las normas internas que sobre dicha figura regulan los distintos ordenamientos jurídicos, sigue siendo la opción más viable para resolver el problema. En ese sentido, cuando exista una excesiva onerosidad sobrevenida, el autor considera que la regla de la “conurrencia” puede ser más razonable para encontrar una solución antes que la aplicación del derecho preferente.

³⁹ Según HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 615, el art. 7 CISG obliga a interpretar sus disposiciones “teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”, objetivo que sólo podrá lograrse si los intérpretes de la CISG purgan sus mentes de los presupuestos derivados de las tradiciones nacionales y, con los ojos inocentes, leen el texto del art. 79 CISG a la luz de las prácticas y las necesidades del comercio internacional.

⁴⁰ Cfr. *infra* nota 44.

⁴¹ Cfr. *infra* nota 48.

⁴² Cfr. *infra* nota 51.

⁴³ Cfr. *infra* nota 59.

nuevo marco contractual. En ese contexto, estas distintas posiciones doctrinales que respaldan tanto una interpretación restrictiva o una interpretación amplia del tema, pueden fundarse para una mejor comprensión sobre tres argumentos: 1) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG; 2) En base a la aplicación del principio de buena fe del art. 7(1) CISG; y 3) En la existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los Principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.

A) En torno al concepto jurídico de impedimento del art. 79 CISG.

Un sector de la doctrina⁴⁴ así como también parte de la jurisprudencia⁴⁵ sostiene que de la elaboración del proyecto del párrafo (1) del art. 79 CISG, puede entenderse que la CISG regula el sistema de responsabilidad de manera autónoma con el término *impedimento*, con la intención de adoptar un

⁴⁴ Cfr. FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 277-280; y en “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108”, (2002), artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#er> (Consulta: 20 de septiembre de 2014); JENKINS, S., “Exemption for Nonperformance”, cit., p. 2025 y p. 2029; KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., pp. 419-420; MARCHAL ESCALONA, N.: “La cláusula de *hardship* en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (2002), pp. 97-98; SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Hardship en la contratación internacional: Principios comunes para una unificación desde el derecho comparado”, en AA.VV.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II (coord. por SALINAS/VARGAS). Sevilla (2005): Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Córdoba y Málaga, p. 1273; y en “Frustración del contrato”, en AA.VV.: *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed. (coord. por S. SÁNCHEZ LORENZO). Navarra (2013): Aranzadi, p. 1417; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 594.

⁴⁵ Court of Tukums District, Letonia, 05 mayo 2010, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/100505L3.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no podía quedar exento de responsabilidad por las dificultades financieras que resultaron después de la celebración del contrato.

Oberlandesgericht Hamburg (Court of Appeal), Alemania, 04 julio 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=438> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En opinión del tribunal si bien las condiciones climatológicas habían reducido la producción de tomates provocando un aumento de su precio en el mercado, ello no significa el perecimiento de toda la cosecha; por ende, el vendedor no queda exonerado de responsabilidad pues su cumplimiento era todavía posible.

Tribunale Civile di Monza (District Court), Italia, 14 enero 1993, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=21> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). En el presente caso la CISG no fue aplicable, aunque el tribunal sostuvo que aún en el caso de serlo no se podía considerar al vendedor exento de responsabilidad sobre la base de un aumento significativo de la materia prima (aproximadamente 30%), ya que si bien se produce el desequilibrio contractual, el art. 79 CISG no recoge la situación de excesiva onerosidad como supuesto de exención.

criterio unitario de exoneración que se refiere a la *imposibilidad absoluta* de cumplimiento que impide al deudor ejecutar su prestación; dejando de lado a la institución de la cláusula *rebus sic stantibus* y a las distintas tradiciones terminológicas de los Derechos nacionales basadas en un cambio de las circunstancias del que deviene una excesiva onerosidad.

Igualmente de las discusiones sobre el proyecto del párrafo (3) del art. 79 CISG puede inferirse otro rechazo a la aplicación de la excesiva onerosidad, fundamentada en dos propuestas presentadas por la delegación Noruega durante la Conferencia Diplomática⁴⁶, al considerar que no era conveniente que la exención de responsabilidad culminase al mismo tiempo que el impedimento dejara de existir, particularmente, en los contratos a largo plazo en los que las circunstancias podían haber cambiado radicalmente de manera que no sería razonable exigir la ejecución, por lo tanto, tendría que regularse la exención permanente del incumplimiento. La primera propuesta no fue aprobada sobre la base de que la misma ya había sido rechazada en los trabajos preparatorios del Proyecto de Convención de UNCITRAL de 1978. La segunda propuesta fue aceptada y la palabra *sólo* fue omitida del texto del art. 79(3) CISG. Si bien no hay declaraciones explícitas de los redactores de la CISG con respecto a las razones que motivaron la adopción de esta segunda alternativa, LINDSTRÖM⁴⁷ es de la opinión que no puede interpretarse que el contenido de la primera propuesta (rechazada) haya sido aceptada en las palabras de la segunda, ello resultaría en un peligroso intento por forzar el significado de la norma. El autor agrega que es inaceptable pretender que la supresión del término *sólo* deje abierta la posibilidad a la exoneración de responsabilidad y a la liberación permanente del cumplimiento de las obligaciones, de ser así el art. 79 CISG se constituiría como una disposición extremadamente vaga e influenciada por las normas sobre la alteración de las circunstancias de la legislación nacional propia de los intérpretes, contraria al objetivo de uniformidad que debe primar en la aplicación de la CISG.

Sin embargo, a pesar de lo señalado en los párrafos anteriores, lo cierto es que no existe una definición de lo que puede comprenderse por un *impedimento* susceptible de ser calificado como excusable al amparo de la

⁴⁶ Sobre esta cuestión cfr. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 10 de marzo - 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales (A/CONF.97/19), New York, Naciones Unidas, 1981, pp. 144-146 y pp. 408-409, disponible en web: www.uncitral.org (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁴⁷ LINDSTRÖM, N.: "Changed Circumstances and Hardship", cit. Parecidamente, NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility", cit., pp. 17-18, mantiene una postura escéptica a la posibilidad de que un tribunal interprete que el art. 79(3) permita una exención permanente y añade que incluso en el supuesto que esta interpretación fuese factible el deudor sólo estará exento de responsabilidad por los daños y perjuicios, pudiendo ser requerido a cumplir su obligación.

CISG, toda vez que el art. 79(1) CISG sólo exige que se trate de un *impedimento* ajeno a la voluntad (eventos externos a la esfera de control) y que razonablemente sea imprevisible, inevitable e insuperable, sin hacer alusión a ningún tipo de *impedimento* imposible de superar o difícil de cumplir. Así, otro sector de la doctrina⁴⁸ considera que existe una cierta flexibilidad para definir el concepto de *impedimento*, al tratarse de una palabra elástica que según como se la interprete podrá aplicarse a más o menos supuestos. De ahí que, a través de una interpretación amplia deba permitirse que *cambios radicales e inesperados de las circunstancias* que hacen el cumplimiento más oneroso o gravoso, puedan ser considerados como obstáculos en el ámbito de aplicación del art. 79(1) CISG, pues la barrera evocada por el uso del término *impedimento* no se limita a las barreras físicas o legales al cumplimiento. En cuanto a la supresión del término *sólo* manifiestan que el objetivo fue evitar cualquier impresión de que el art. 79(3) CISG establece una regla rígida requiriendo la continuación de las relaciones contractuales sobre las bases originales, sin importar el tiempo de duración del impedimento o la magnitud de la alteración de las circunstancias⁴⁹. Quiere ello decir que la adopción de la segunda propuesta deja abierta la posibilidad a la exención definitiva en caso de excesiva onerosidad sobrevenida, si dicha situación puede equipararse y reconducirse a los presupuestos establecidos por la regla general del art. 79(1) CISG.

B) En base a la aplicación del principio de buena de del art. 7(1) CISG.

Una segunda línea argumental tiene su fundamentación en el principio de

⁴⁸ Cfr. CISG-AC OPINION N° 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor GARRO, A. M., Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA, Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, pp. 18-20, disponible en web: www.cisgac.com (Consulta: 20 de septiembre de 2014); GARRO, A.: "Comparison between Provisions of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7)", (2005), artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 626-627; LINDSTRÖM, N.: "Changed Circumstances and Hardship", cit.; NICHOLAS, B.: "Impracticability and Impossibility", cit., pp. 2-5; RIMKE, J.: "Force Majeure and Hardship", cit., pp. 226-227; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 102; VALLEBELLA, J.: "La excesiva onerosidad en la Convención de Viena a propósito de la novedosa jurisprudencia sentada en el caso Scafom International", (2011), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vallebella.pdf> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁴⁹ Cfr. HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 637; RIMKE, J.: "Force Majeure and Hardship", cit., p. 223; SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 102 (nota 423) y p. 105; STOLL, H./GRUBER, G.: "Article 79", cit., pp. 830-831; TAMAYO CARMONA, J.: *Responsabilidad y riesgo contractual*, cit., p. 52.

buena fe consagrado en el art. 7(1) CISG. Algunos autores⁵⁰, son de la opinión de que este principio no puede ser utilizado para eludir las soluciones que están contempladas de manera expresa por la CISG, ya que tan sólo constituye una herramienta más que los jueces o árbitros deben aplicar para la interpretación de dicho instrumento. Por consiguiente, el concepto de buena fe no puede considerarse como fundamento jurídico del supuesto de excesiva onerosidad, de ser así la armonización y la uniformidad de la CISG no se alcanzarían.

Por el contrario, otro sector de la doctrina⁵¹ manifiesta que una imprevisible excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo de una de las partes (causada por el cambio radical de las circunstancias) debe tener un *límite del sacrificio*, más allá del cual en vista de las severas desventajas económicas involucradas no es posible suponer que se cumpla lo pactado. En tal sentido, conforme lo dispone el art 7(1) CISG, justifican la existencia de dicha figura únicamente sobre *la exigencia del principio de buena fe* que debe promoverse en las transacciones internacionales, pues es tipo de perturbación al equilibrio contractual no se entiende como perteneciente al concepto del término impedimento regulado en el art. 79(1) CISG. Además, se ha reconocido en la práctica judicial internacional⁵² que el concepto de buena fe no constituye un

⁵⁰ Cfr. BRIDGE, M.: *The international sale of goods: Law and practice*. New York (1999): Oxford University Press, p. 59; FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., p. 280; TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 594, los autores manifiestan que durante la Conferencia Diplomática algunos delegados apoyaban la regla general según la cual al menos en el momento de la formación del contrato las partes debían respetar el principio de *trato justo* y los cánones del principio de *buena fe*; mientras que otros delegados estaban en contra de optar por dicha regla basándose en que dichos principios no tenían ningún significado fijo. Dada la divergencia interpretativa que suscitó dicha cuestión en la aplicación de la CISG, los delegados de la Conferencia Diplomática decidieron adoptar un *compromiso* que implicaba que el principio de buena debía limitarse a la interpretación de las disposiciones de la CISG. De esa manera, a diferencia de lo que se establece en el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT en los que el principio general de buena fe implica una obligación que las partes deben observar en el cumplimiento de sus obligaciones, en la CISG dicho principio sólo constituye una herramienta más que el tribunal debe aplicar para su interpretación.

⁵¹ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., pp. 822-826. Parecidamente, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 325; KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., p. 420.

⁵² Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 julio 2009, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1472> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal resolvió que el vendedor había quebrantado el principio de buena fe recogido en el art. 7(1) CISG, así como el deber general de cooperación y de información que debe existir entre las partes.

International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Rusia, 08 febrero 2008, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1497> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal concluyó que el vendedor no había actuado de conformidad con uno de los

mero instrumento interpretativo⁵³ sino uno de los principios generales en los que se basa la CISG y, por lo tanto, implica una obligación o regla de conducta que debe exigirse a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones⁵⁴. Incluso aun cuando la observancia de la buena fe fuese sólo un instrumento que sirve de ayuda en la interpretación de normas específicas de la CISG, sin referirse a la conducta de las partes en la formación y cumplimiento del contrato o a la interpretación de sus intenciones, dicha *regla de buena fe* puede lograrse a través de la exigencia de actuar de acuerdo al estándar de una “persona razonable”⁵⁵ conforme a lo expresado en varias disposiciones de la CISG.

principios básicos del comercio internacional, es decir, el principio de buena fe regulado en los arts. 1.7 PICC y 7(1) CISG; y que de acuerdo con el art. 5.1.2 PICC es una obligación implícita que las partes tienen que observar durante toda la vida del contrato.

Tribunale di Padova - Sez Este, Italia, 31 marzo 2004, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=966> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el vendedor no había violado el principio de buena fe y trato justo, considerado un principio general de la CISG de acuerdo a lo dispuesto en el 7(1) CISG.

Hof van Beroep Gent, Bélgica, 15 mayo 2002, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=940> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal concluyó la existencia del contrato a la luz de las circunstancias y del principio general de buena fe.

Tribunal de Commerce (District Court) Besançon, Francia, 19 enero 1998, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=416> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal a fin de determinar el monto de los daños tomó en cuenta que el evento era ajeno a la voluntad del vendedor y que además éste había actuado de “buena fe” según lo dispuesto en el art. 7(1) CISG.

⁵³ Según FERRARI, F.: “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2003, vol. 7, p. 75, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>; y en “Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994-1995, vol. 24, pp. 210-211, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/franco.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014), si la buena fe fuese concebida como un mero instrumento de interpretación, al no existir una definición expresa de lo que debe comprenderse por dicho concepto se crearían problemas para los tribunales a la hora de determinar cómo y cuándo aplicarla, lo cual llevaría inevitablemente a diferentes interpretaciones, produciéndose un conflicto con el principio de uniformidad que rige la CISG.

⁵⁴ BONELL, M. J.: “Article 7”, en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA./M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffrè, pp. 84-85; PERALES VISCASILLAS, P., “Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (Aplicaciones concretas en la parte II de la Convención)”, *Revista Cuadernos de Derecho y Comercio* (1995), núm. 16°, pp. 75-77 y nota (37); ZELLER, B.: *Four-Corners*, cit., manifiesta en el Capítulo IV de su tesis que el principio general de buena fe constituye más que un mero instrumento de interpretación, a pesar que la historia de la CISG avale una posición contraria pues lo cierto es que la historia es inexacta y puede tener múltiples interpretaciones.

⁵⁵ NICHOLAS, B.: “Impracticability and Impossibility”, cit., p. 9 y p. 14; SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 39.

C) Existencia de una laguna normativa en la CISG que debe ser suplida por los principios UNIDROIT en virtud del art. 7(2) CISG.

El desequilibrio resultante de una imprevisible alteración de las circunstancias que produce una situación de excesiva onerosidad, es para otro sector de la doctrina una situación gobernada, pero no resuelta en la CISG, es decir, se trata de una laguna normativa que podría resolverse a través de la aplicación de sus *principios generales*, en virtud del mecanismo de integración establecido en el art. 7(2) CISG. Sin embargo, estos principios no se encuentran expresamente regulados en la CISG, pues a excepción del principio de buena fe es la doctrina y la jurisprudencia las que han propuesto la mayoría de los principios generales destilándolos a partir de su propio contenido, tal como, el principio de razonabilidad⁵⁶ o el principio de conservación del contrato⁵⁷.

Así, al no poderse concluir ningún principio general para fundamentar la solución al problema de la excesiva onerosidad y teniendo en cuenta que dichos principios no sólo se deducen de la propia CISG sino también de fuentes externas cuando constituyan “principios generales reconocidos internacionalmente”⁵⁸, algunos autores⁵⁹ consideran que éstos se encuentran contenidos en los Principios UNIDROIT al constituir el instrumento adecuado para complementar la tarea de interpretación de la CISG. Además, en su opinión aun cuando la CISG sirvió de punto de referencia principal para la elaboración de los Principios UNIDROIT, los redactores de este texto internacional (al no tener la necesidad de defender el enfoque de sus Derechos nacionales propio a la naturaleza oficial de una Conferencia Diplomática) optaron por derogar o ampliar las disposiciones de la CISG en lo que consideraron apropiado con el objetivo de hacer frente a las distintas cuestiones que fueron excluidas o insuficientemente reguladas, tal como la figura de la excesiva onerosidad reconocida expresamente en el art. 6.2.2 Principios UNIDROIT. Por consiguiente, aconsejan la utilización de los Principios UNIDROIT por razones de equidad para las partes ya que recurrir al Derecho uniforme resulta más justo para sus intereses. Inclusive, según

⁵⁶ Artículos 8, 25, 35, 77 y 79 CISG.

⁵⁷ Artículos 19, 25, 49 y 71 CISG.

⁵⁸ LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.

⁵⁹ Cfr. BONELL, M. J.: “The UNIDROIT Principles of international commercial contracts and CISG: Alternatives or complementary instruments?”, *Uniform Law Review* (1996), vol. 26, pp. 32-36; y en *An International Restatement of Contract Law*, 2ª ed. New York (1997): Transnational Publishers, pp. 76-78; GARRO, A.: “The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and CISG”, *Tulane Law Review* (1995), vol. 69, pp. 1159-1160; MOMBERG URIBE, R.: “Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2012), núm. 18º, pp. 115-116.

GARRO⁶⁰, aunque el sistema de integración de lagunas permita como segunda alternativa recurrir al Derecho interno designado por la norma de conflicto, es preferible que esta cuestión se resuelva dentro de los límites de la CISG, *debiendo aplicarse el Derecho interno sólo como último recurso*, de lo contrario ello conducirá a una gran variedad de potenciales soluciones jurídicas, infringiendo el principio de uniformidad que debe prevalecer⁶¹.

En sentido contrario, otra parte de la doctrina⁶² considera que dicha tesis vulnera el contenido de la CISG, que prevé expresamente una guía para resolver los vacíos legales a través de dos métodos de integración: 1) Los principios generales en los que se basa, o a falta de tales principios, 2) De acuerdo a la legislación nacional aplicable. Por ello, por una parte, de no existir un principio general que expresa o implícitamente resuelva el problema de la excesiva onerosidad, no puede pretenderse la utilización de principios internacionales como los Principios UNIDROIT para complementar y solucionar los vacíos de la CISG, pues conforme al sistema propuesto en el art. 7(2) CISG el recurso a estos principios internacionales

⁶⁰ GARRO, A.: “Comparison between Provisions”, cit.; y en “The Gap-Filling”, cit., pp. 1152-1153. En la ICC International Court of Arbitration, 2004, Arbitral Award n° 12460, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1433> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal señaló que las deficiencias de la CISG deben ser resueltas en base a sus principios generales, los cuales se contienen y fueron desarrollados posteriormente en los Principios UNIDROIT, en consecuencia, sólo cuando la solución no puede encontrarse en los Principios UNIDROIT, el recurso a la legislación nacional aplicable se encuentra justificada.

⁶¹ Según HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 623-624, sería erróneo preferir las normas de Derecho interno en las cuestiones donde la CISG no se expresa con suficiente claridad; sin embargo, con relación al problema de la excesiva onerosidad es de la opinión que a fin de encontrar soluciones es necesaria toda la ayuda que se pueda conseguir. En ese sentido, considera que el tribunal deberá adoptar un enfoque de “Derecho comparado” y examinar las pautas y tendencias actuales del Derecho interno moderno en la medida que sean compatibles con las necesidades del comercio internacional. De ese modo, hace hincapié en el valor especial de las tendencias jurídicas que reflejan una nueva redacción cuidadosa y la modernización de los conceptos jurídicos tradicionales y arcaicos. No obstante, expresa que si este método no sirve se tendrá que examinar la cuestión en el marco del Derecho interno pertinente. En contra, TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 595, concluye que este enfoque puede despertar el nacionalismo de los jueces, lo que finalmente conducirá a la aplicación de las leyes nacionales. Igualmente, ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International sales law*, cit., p. 320.

⁶² Cfr. FERRARI, F.: “Gap-Filling”, cit., p. 90; FLAMBOURAS, D., “The Doctrines of Impossibility”, cit., pp. 287-289; FLECHTNER, H.: “The Exemption Provisions of the Sales Convention, Including Comments on Hardship Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”, *Belgrade Law Review* (2011), núm. 3º, pp. 95-97, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner10.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); KESSEDIAN, C., “Competing Approaches”, cit., p. 420 y p. 431; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; SLATER, S.: “Overcome by hardship: The inapplicability of the UNIDROIT Principles' hardship provisions to CISG”, *Florida Journal of International Law* (1998), vol. 12, pp. 261-262.

está completamente excluido, a menos que *las partes hayan expresamente acordado su aplicación*. Y, por otro lado, aun cuando existiese una brecha en la CISG en relación a esta figura, es inapropiado recurrir a los Principios UNIDROIT antes que al Derecho nacional para resolver el problema, toda vez que dicha teoría parece fundarse en mayor medida en el lenguaje y el propósito de los Principios UNIDROIT que en el texto mismo de la CISG⁶³. Además, no es del todo exacto el argumento que los Principios UNIDROIT constituyen el *restatement* moderno de los principios generales del Derecho comercial internacional, pues existen cuestiones en las que éstos se han apartado deliberadamente de las tradiciones jurídicas reconocidas con el fin de lograr las mejores soluciones aun cuando no hayan sido adoptadas en general⁶⁴. En ese contexto, son de la opinión que ante la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad del contrato⁶⁵, a pesar de que diversos artículos de los Principios UNIDROIT reflejan los principios generales que inspiran la CISG, el tribunal deberá abstenerse de utilizarlos como complemento de interpretación, tomando como fundamento que en esta cuestión existen sustanciales incongruencias entre estos dos instrumentos internacionales, principalmente, en lo referente a los efectos jurídicos, esto es, a la posibilidad de renegociar y adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, remedios que no se encuentran implícita ni expresamente contemplados en la CISG.

⁶³ *Vid.* SLATER, S.: “Overcome by hardship”, cit., pp. 252-253 y pp. 259-262.

⁶⁴ Se ha resuelto en algunos casos que la regla de *hardship* dispuesta en los Principios UNIDROIT no constituye un uso del comercio internacional universalmente aceptado. Así, ICC International Court of Arbitration, 2004, Arbitral Award n° 12446, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1424> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); ICC International Court of Arbitration, Paris, julio 1997, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=641> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁶⁵ Sin perjuicio de la interpretación restrictiva en relación al supuesto de la excesiva onerosidad, por otra parte SLATER, S.: “Overcome by hardship”, cit., p. 253 y pp. 261-262, teniendo en cuenta el carácter de internacionalidad y uniformidad de la CISG, es de la opinión que puede justificarse en otros supuestos el recurso *limitado* a favor de la utilización de los Principios UNIDROIT, sólo si la cuestión no puede resolverse en base a los principios generales de la CISG o, en su defecto, es muy difícil o imposible de decidir la controversia en virtud de la legislación nacional aplicable y siempre que no existan incongruencias entre los métodos de integración indicados y el Principio UNIDROIT invocado. En una interpretación similar se pronuncia RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 237 y p. 240, manifestando que los Principios UNIDROIT pueden ser considerados como una posible base para complementar las disposiciones del art. 7(2) CISG; sin embargo, en el caso concreto de la excesiva onerosidad ello no es posible ya que no constituye una laguna de la CISG.

IV. PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA CISG.

1. Presupuestos.

Con el propósito de facilitar la evaluación de un supuesto de excesiva onerosidad como un *impedimento* en el alcance de la CISG, es conveniente analizar el art. 79(1) CISG conjuntamente con las disposiciones que sobre esta cuestión se regulan en otros textos internacionales como los Principios UNIDROIT, PECL, CESL y DCFR, así como también con lo previsto por algunos sistemas jurídicos de nuestro entorno. De esa manera, *los posibles presupuestos* para la aplicación de esta figura, que de alguna manera son comunes en los textos citados, pueden ser los siguientes:

En primer lugar, conforme lo establecen los arts. 6.2.2 Principios UNIDROIT, 6:111(2) PECL, 89(1) CESL, III. – 1:110(2) DCFR y el art. 1467 CC italiano y § 313(1) BGB, no basta que el incumplimiento del contrato haya devenido más oneroso, sino que es imprescindible que el cambio radical de los acontecimientos produzca *una alteración esencial del cumplimiento que convierte la prestación del deudor en una carga excesivamente onerosa de ejecutar*⁶⁶. Esta alteración esencial puede manifestarse de dos formas⁶⁷: 1) Por un incremento sustancial del costo de cumplimiento⁶⁸, como por ejemplo, el drástico aumento en el precio de la materia prima necesaria o la promulgación de normas legales de seguridad que hacen más oneroso los procedimientos de producción de la mercancía; y 2) Por la devaluación sustancial del valor de la prestación⁶⁹, esta situación incluye el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe, así por

⁶⁶ Hof van Cassatie (Supreme Court), Bélgica, 19 junio 2009, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que aunque las partes no habían pactado una cláusula de ajuste del precio, el vendedor tenía derecho a solicitar la renegociación del contrato, ya que el precio del acero aumentó inesperadamente en un 70% generando un desequilibrio fundamental de las prestaciones de las partes.

⁶⁷ UNIDROIT INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010* (ed. española bajo la dirección de A. GARRO). Madrid (2012): La Ley, p. 250.

⁶⁸ ICC International Court of Arbitration, Zürich, septiembre 1996, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=630> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro resolvió que un simple incremento en el coste de cumplimiento no constituye una situación de excesiva onerosidad.

⁶⁹ Supreme Court of Lithuania, 19 mayo 2003, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1183> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que el riesgo de las fluctuaciones del precio de las acciones se considera un riesgo que debe asumir el comprador, en consecuencia, la insolvencia causada por la disminución del valor de sus acciones no puede ser alegada como una situación de excesiva onerosidad.

ejemplo, la disminución puede deberse a un cambio brusco en las condiciones de mercado o a la frustración del propósito a la que estaba destinada la prestación. En cualquier caso, la evaluación de la onerosidad del cumplimiento tendrá que realizarse comparando la situación en la que las partes concluyeron el contrato con la situación acaecida por el cambio de las circunstancias, debiendo tener en cuenta todo el contexto de la transacción comercial y no sólo la prestación de la parte afectada.

En segundo lugar, en virtud de lo dispuesto en los arts. 79(1) CISG y 6.2.2(a) Principios UNIDROIT, *los acontecimientos que provocan el desequilibrio contractual acontecen o llegan a ser conocidos después de la conclusión del contrato*, por lo que pueden haberse originado con carácter previo o posterior a dicho momento. Quiere ello decir que la parte contratante que invoca la figura de la excesiva onerosidad deberá demostrar no sólo que los acontecimientos no fueron previstos sino también que no tuvo conocimiento de su existencia antes de la conclusión del contrato⁷⁰.

En tercer lugar, de conformidad a los arts. 79(1) CISG, 6.2.2(b) Principios UNIDROIT, 6:111(2)(b) PECL, 89(3)(b) CESL y III. – 1:110(3)(b) DCFR, así como también el art. 1467 CC italiano y el § 313(1) BGB, se requiere *la imprevisibilidad razonable de los acontecimientos que originan la alteración del equilibrio contractual*⁷¹, según las circunstancias concretas que se daban en el momento de celebrarse el contrato. De no ser así el deudor deberá asumir la

⁷⁰ Por el contrario, en los arts. 6:111(2)(a) PECL, 89(3)(a) CESL y III. – 1:110(3)(a) DCFR, se establece que el cambio de las circunstancias se debe producir después de la celebración del contrato, por lo que si dichas circunstancias existían antes de su conclusión aunque fueran desconocidas por las partes, deberán aplicarse las reglas sobre el error. Sin embargo, a través de la figura del error también existe una posibilidad de mantener el contrato. Sobre estas cuestiones *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L.: “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, *Anuario de Derecho Civil* (2002), vol. 55, núm. 3º, pp. 1122-1124.

⁷¹ Tribunal de Contas da União, Brasil, 07 diciembre 2001, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1655> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que incluso si se aplicaba la *lex mercatoria* (en particular los arts. 6.2.1 y 6.2.2 PICC) no se cumplían los requisitos para declarar la existencia de un supuesto de *hardship*, ya que la depreciación del real brasileño frente al dólar estadounidense era previsible en el momento de la celebración de los acuerdos y, por tanto, el riesgo de un evento de este tipo debe ser asumido por la parte perjudicada.

ICC Court of Arbitration, Paris, 26 agosto 1989, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/896281i1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal comparó la ley aplicable con el artículo 79(1) CISG y consideró que el vendedor no podía renegociar el precio de la mercancía fijado en el contrato a pesar del aumento sufrido en el mercado, pues el cambio de las circunstancias no era repentino ni sustancial ni imprevisible. De manera que, el vendedor sólo podría ser relevado de dicha obligación si en el contrato se hubiese pactado una cláusula de ajuste de precios o en el caso de una frustración del contrato.

responsabilidad de su incumplimiento ocasionada por dichos acontecimientos pues se entiende que forman parte de su esfera de riesgo. Inclusive puede darse el caso de que los eventos fueran previsibles, pero no la magnitud de los mismos, quiere ello decir que aun cuando el impedimento pueda ser previsible, sus consecuencias deben ser inevitables e insuperables. Como indicamos anteriormente esta regla de la imprevisibilidad no puede estar sujeta únicamente al criterio subjetivo del deudor, siendo necesario medirla conforme *al criterio de una persona razonable*, es decir, conforme al criterio del comerciante especializado cuya conducta podrá calificarse de razonable si la actividad que realiza cumple con todos los estándares usualmente observados en el tráfico mercantil internacional.

En cuarto lugar, según lo dispuesto por el art. 79(1) CISG, así como por el art. 6.2.2(c) Principios UNIDROIT, tampoco se estará en presencia de un supuesto de excesiva onerosidad si los sucesos se encuentran en la esfera de control de la parte en desventaja. En otras palabras, es imprescindible que la producción de *los eventos que ocasionan la alteración del desequilibrio de las prestaciones sea ajena al ámbito de control del deudor*, dado que resulta lógico que no pueda pretender beneficiarse de los efectos derivados de una situación de excesiva onerosidad si ha influido con su poder para que dicho supuesto se produzca.

Y, en quinto lugar, de acuerdo a lo regulado en los arts. 6.2.2(d) Principios UNIDROIT, 6:111(2)(c) PECL, 89(3)(c) CESL y III. – 1:110(3)(c) DCFR y el art. 1467 CC italiano, *el riesgo de los acontecimientos que perjudica el cumplimiento del contrato no deberá haber sido asumido por el deudor*⁷², toda vez que conforme al principio de libertad contractual las partes podrían haber decidido asumir un riesgo mayor al ordinario aunque las consecuencias fuesen más desfavorables⁷³. Dicha asunción puede darse a través de una declaración expresa aunque también puede ser implícita, a consecuencia directa de la

⁷² Centro de Arbitraje de México, 30 noviembre 2006, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro consideró que un cambio climatológico que causa un incremento en los costos de la producción del vendedor no constituye un supuesto de excesiva onerosidad, ya que a su criterio un cultivador diligente debe considerar todas las posibles condiciones climáticas al celebrar un contrato y, en consecuencia, ha de asumir el riesgo del cambio de las mismas.

⁷³ Según MOMBERG URIBE, R.: “Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law: The approach of the CISG, PICC, PECL, and DCFR”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2011), vol. 2, p. 255, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf> (Consulta: 20 de septiembre de 2014), cuando el contrato incluye cláusulas expresas sobre las consecuencias de ciertos hechos atribuyéndose la carga del riesgo de su ocurrencia a una de las partes, si la intensidad o magnitud de esos eventos pueden ser considerados imprevisibles y, por tanto, totalmente fuera de las expectativas legítimas de las partes, el deudor tiene derecho a interponer el recurso de un cambio de las circunstancias.

naturaleza del contrato o por las circunstancias relevantes del caso en concreto.

Cabe indicar que resulta evidente que el supuesto de excesiva onerosidad sólo pueda aplicarse en aquellos casos en los que esté pendiente el cumplimiento de las prestaciones o exclusivamente respecto a la parte que falta por cumplir (en el caso de cumplimiento parcial). De esta manera, como manifiesta MADRID PARRA⁷⁴, no puede permitirse que la parte perjudicada por la nueva situación pretenda alegar un efecto retroactivo, dado que ello podría dar lugar no sólo a un enriquecimiento injusto sino también a la aplicación de los efectos de una excesiva onerosidad a un momento en que tal situación gravosa no existía. Por último, aun cuando los problemas derivados de esta figura pueden afectar a todo tipo de contratos, por lo general, suelen tener mayor importancia y aplicación en los contratos de larga duración, en donde la prestación de por lo menos una de las partes se prolonga durante un cierto período de tiempo⁷⁵.

2. Consecuencias jurídicas.

En el supuesto de que la CISG se aplique a una situación de excesiva onerosidad, la siguiente cuestión será delimitar cuáles serían los derechos y acciones que corresponden a las partes. Estas posibles soluciones dependerán de si se considera que dicha figura se encuentra en el alcance del art. 79 CISG o si, por el contrario, se cree que es una laguna que debe resolverse conforme al art. 7(2) CISG. Lo que queda claro en ambos argumentos es que a fin de promover la uniformidad en la aplicación de la CISG, es preferible no recurrir a ningún sistema de remedios del Derecho nacional aplicable.

A) El sistema de remedios en virtud del art. 79(5) CISG.

El sector de la doctrina⁷⁶ que efectúa una interpretación amplia del art. 79

⁷⁴ MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2”, cit., p. 317.

⁷⁵ Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La adaptación de los contratos en el comercio internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2007), núm. 7º, p. 88; HORN, N.: “The Concepts of Adaptation and Renegotiation in the Law of Transnational Commercial Contracts”, en AA.VV.: *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (coord. por N. HORN). Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt (1985): Kluwer, p. 3.

⁷⁶ Cfr. FLECHTNER, H.: “Issues Relating to Exemption (Force Majeure) Under Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper Series Working Paper* (2008), vol. 8, pp. 7-8, disponible en web: <http://ssrn.com/abstract=1118124> (Consulta: 20 de noviembre de

CISG y cuya posición compartimos, es de la opinión que el sistema de remedios establecido en el párrafo (5) es el que debe prevalecer sobre cualquier otro, pues todos los supuestos incluso el de la excesiva onerosidad deben evaluarse conforme a los mismos requisitos a fin de configurar una causa de exención de responsabilidad, con la única diferencia que el *impedimento hará que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, pero no imposible*. Esta regla contenida en el art. 79(5) CISG es expresa al manifestar que las partes podrán a excepción de exigir los daños y perjuicios, *ejercer todas las acciones y derechos establecidos en la CISG*, incluida la reclamación de los intereses debidos (art. 78 CISG)⁷⁷. Tampoco quedará el deudor liberado de afrontar las disposiciones contractuales que contienen medidas convencionales ante la falta de cumplimiento, por ejemplo, a través de una cláusula de indemnización o, más precisamente, una cláusula penal. Igualmente, no hay disposición alguna en la CISG que establezca que el deudor deba transmitir al acreedor la indemnización obtenida a causa de un contrato de seguro o la debida por quien dio origen al impedimento⁷⁸, en todo caso estas cuestiones sólo podrán resolverse conforme a lo dispuesto por las propias partes en el contrato o conforme lo establezca el ordenamiento jurídico competente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el sistema de remedios del art. 79(5) CISG está acorde con un quebrantamiento del contrato, que no es precisamente la situación contemplada por el art. 79(1) CISG, algunos remedios ofrecidos por la CISG pueden resultar “poco realistas y hasta inconcebibles”⁷⁹. En ese sentido, a nuestro parecer, si sostenemos que la excesiva onerosidad se puede entender incluida en el art. 79 CISG, sólo resulta útil para los contratantes ejercer la acción de reducción del precio o la acción de resolución del contrato. Aunque en la práctica comercial suele ejercitarse la acción de cumplimiento específico de la obligación dado que legalmente nada impide exigir dicho recurso. De cualquier forma el párrafo (5) no es un texto vinculante, es decir, las partes pueden redefinir en el contrato como mejor consideren los remedios aplicables ante un

2014); HONNOLD, J.: *Uniform Law for International Sales*, cit., pp. 628-630; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., pp. 226-227; SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., pp. 642-644.

⁷⁷ Cfr. CASTELLANOS RUIZ, E.: “Compraventa internacional”, cit., p. 301; FLAMBOURAS, D.: “The Doctrines of Impossibility”, cit., p. 282; RIMKE, J.: “Force Majeure and Hardship”, cit., p. 218.

⁷⁸ SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., p. 653.

⁷⁹ Según TALLON, D.: “Article 79”, cit., p. 588, el recurso a la sustitución o reparación de las mercancías resultaría inadmisibles al entrar en contradicción con el cumplimiento de los presupuestos de exoneración de responsabilidad; así también, el otorgamiento de un plazo suplementario no sería factible dado que la prórroga permitida podría exceder del período durante el cual existe el obstáculo o entraría en conflicto con el carácter duradero del impedimento. Incluso el recurso a la ejecución forzosa de la obligación puede ser imposible en el supuesto de la pérdida o destrucción física de la mercancía que había de entregarse.

incumplimiento causado por una situación de excesiva onerosidad.

a) El derecho a *la reducción del precio* de los bienes (pagado o por pagar), regulado en el art. 50 CISG, se concede tan sólo al comprador agraviado que acepta tomar posesión de las mercaderías no conformes a lo pactado. Este remedio al haber sido redactado desde la perspectiva del comprador es considerado un recurso de auto-ayuda⁸⁰ y aunque, en principio, es compatible con el derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, ésta no puede ser exigida cuando la situación de excesiva onerosidad constituye una causa de exención de responsabilidad. En tales circunstancias el recurso a la reducción del precio se vuelve indispensable al ser “la única forma que ofrece un alivio monetario”⁸¹.

Entonces bastara la declaración unilateral del comprador para rebajar el precio a la diferencia existente entre el valor del precio del contrato y el valor real de las mercaderías efectivamente entregadas, salvo que el vendedor subsane cualquier incumplimiento de sus obligaciones⁸² o que el comprador se niegue injustificadamente a aceptar dicho cumplimiento. Sin embargo, en la práctica es poco probable que un vendedor cumpla los términos de ajuste que impone el comprador, por lo que finalmente será el tribunal quien determine la reducción del precio de acuerdo a las circunstancias del caso en particular. Esto puede implicar una forma de modificación de los términos del contrato, motivo por el cual un sector de la doctrina avala la interpretación de que el art. 50 CISG puede ser considerado un principio de adaptación en caso excesiva onerosidad sobrevenida, cuestión a la que nos referiremos más adelante. Por último, cabe indicar que la aplicación de este remedio es independiente del hecho de que el comprador haya vendido la mercancía y a qué precio⁸³, o si el comprador es objeto de reclamaciones o

⁸⁰ *Vid.* PILIOUNIS, P.: "The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these Worthwhile Changes or Additions to English sales law?", *Pace International Law Review* (2000), vol. 12, disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014); LIU, C.: "Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", (2005), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁸¹ WILL, M.: "Article 50", en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA /M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffré, p. 373.

⁸² Handelsgericht des Kantons Zürich (CommercialCourt), Suiza, 10 febrero 1999, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=484> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal sostuvo que el comprador no tenía derecho a la reducción del precio de acuerdo con el art. 50 CISG, ya que el vendedor había subsanado su incumplimiento sin causar un retraso excesivo u otros inconvenientes, por lo que tampoco podía exigírsele el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

⁸³ Cfr. *supra* nota 52, el tribunal de Besançon teniendo en cuenta que el comprador había

demandas de indemnización, empero estas cuestiones si pueden tener un efecto sobre la cantidad de la reducción.

b) La *resolución del contrato* puede ser declarada por cualquiera de las partes siempre que la situación de excesiva onerosidad sea de carácter *esencial*, conforme lo regulado por el apartado a) del párrafo (1) de los arts. 49 y 64 CISG; y de manera singular según lo dispuesto en el apartado b), se podrá declarar la resolución contractual *por el vencimiento del plazo suplementario*⁸⁴, también conocido como *nachfrist*⁸⁵, aun cuando el incumplimiento no revista dicho carácter fundamental. Por otra parte, también podría efectuarse la resolución del contrato con entregas sucesivas, previsto en el art. 73 CISG⁸⁶, si se tiene en cuenta que la institución de la excesiva onerosidad suele tener

obtenido un beneficio de al menos una parte de las mercancías y que no había probado que todos los bienes recibidos eran defectuosos, ordenó una reducción del precio de compra en un 35%.

⁸⁴ Este recurso se encuentra íntimamente conectado con el mecanismo dispuesto en los arts. 47(1) y 63(1) CISG, que son los que facultan a las partes a otorgar un plazo de gracia para el cumplimiento de las obligaciones pendientes, mecanismo que puede repetirse más de una vez según sea su conveniencia. Cfr. GARRO, A./ZUPPI, A.: *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires (1990): La Rocca, p. 178; LÓPEZ LÓPEZ, A.: “Artículo 49”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, p. 425. En contra, GOÑI URRIZA, N.: “El incumplimiento resolutorio del contrato de compraventa internacional de mercancías”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales sobre el derecho mercantil internacional* (coord. por A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA). Madrid (2005): Colex, pp. 635-637, la autora considera que en el caso del comprador, el conceder un plazo suplementario es una obligación y no una facultad.

⁸⁵ El concepto de *nachfrist* proviene del Derecho alemán en donde era aplicado como una barrera a la resolución en forma de requerimiento. El acreedor debía dirigir a la otra parte una notificación estableciendo el plazo suplementario para que cumpla sus obligaciones, a menos que dicha ejecución ya no fuese de su conveniencia por causa del retraso o porque el plazo suplementario resultara superfluo. Si el periodo de gracia expiraba sin que se hubiese cumplido la obligación, el acreedor podía escoger entre reclamar los daños y perjuicios o la resolución del contrato, pero no podía solicitar de nuevo la ejecución. Empero, la CISG adoptó la idea de *nachfrist* no como una barrera a la resolución sino como una causa alternativa para resolver el contrato. Cfr. HONNOLD, J.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid (1987): Edersa, pp. 346-347; ILLESCAS ORTÍZ, R./PERALES VISCASILLAS, P.: *Derecho mercantil internacional: El Derecho uniforme*. Madrid (2003): Centro de Estudios Ramón Areces, p. 217.

⁸⁶ Daegu District Court, Republic of Korea, 29 abril 2010, disponible en web: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1713> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El tribunal consideró que la breve suspensión de cumplimiento del vendedor solicitando al comprador una renegociación de los términos contractuales, no constituía un incumplimiento esencial que permitiese al comprador declarar la resolución y el pago de los daños y perjuicios. Además, el comprador se había limitado a ignorar todas las propuestas de renegociación presentando su demanda bajo la presunción de que se había resuelto el contrato, actos que a criterio del tribunal constituyen un *incumplimiento esencial* que proporcionaron motivos suficientes al vendedor para declarar posteriormente la resolución respecto de las futuras entregas, en virtud de lo dispuesto en los arts. 73 y 25 CISG.

mayor trascendencia en los contratos de larga duración o de ejecución periódica.

Esta acción resolutoria⁸⁷, que tiene la configuración de *última ratio*, es sin duda el remedio más complejo pues obliga a cuestionarse si el incumplimiento causado por la excesiva onerosidad merece el calificativo de *esencial*, siendo necesario analizar los preceptos anteriormente indicados con el art. 25 CISG. Según esta norma quedará justificado el ejercicio de la facultad resolutoria del comprador o vendedor cuando, privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato, padece las consecuencias de la falta de cumplimiento, salvo que el deudor y cualquier otra persona razonable de la misma condición y en igual situación no hubieran previsto dichas consecuencias. Este incumplimiento esencial ha de consistir, entonces, en una violación de tal gravedad que afecte a la raíz o a lo más sustancial del contrato, es decir, debe frustrar los propósitos comerciales y privar sustancialmente del beneficio que se pretendía obtener⁸⁸. Por ello, lo que realmente determina la *esencialidad* no depende del montante del daño sino de las consecuencias que sufre el acreedor, pues es la lesión grave del interés contractual lo que determina la posibilidad de recurrir o no a la resolución y no la magnitud del incumplimiento en sí mismo⁸⁹. No obstante, dado que este concepto de la *esencialidad* del incumplimiento puede generar inseguridad jurídica, es recomendable por razones estrictamente precautorias y con el fin de coadyuvar a eliminar las posibilidades de litigio, que las partes

⁸⁷ China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), 18 abril 2008, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080418c1.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). El árbitro concluyó que el comprador tenía derecho a la resolución al haberse frustrado su interés contractual por el incumplimiento esencial del vendedor, quién entregó un producto que no sólo no era conforme a lo pactado sino que además no cumplía los estándares de calidad requeridos por la aduana de China, siendo clasificado como material de desecho y quedando imposibilitaba su importación.

Cfr. *supra* nota 23, el tribunal alemán señaló que el comprador no tenía derecho a declarar la resolución del contrato ya que las fluctuaciones de la moneda de pago no constituían un impedimento ajeno a su voluntad, en virtud de lo establecido en los párrafos (1) y (5) del art. 79 CISG.

⁸⁸ Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Artículo 25”, en AA.VV.: *La compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (coord. por L. DIEZ-PICAZO). Madrid (1997): Civitas, pp. 211-213; CLEMENTE MEORO, M.: *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia (1992): Tirant lo Blanch, p. 114; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J.: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (2005): Aranzadi, pp. 203-204; MARTÍNEZ CAÑELLAS, A.: *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, tesis doctoral disponible en web: <http://hdl.handle.net/10803/9414> (Consulta: 20 de noviembre de 2014).

⁸⁹ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE-IGNACIO, A.: *Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional*. Salamanca (2006): Ratio Legis, p. 87; HONNOLD, J.: *Derecho uniforme*, cit., p. 237; LIU, C., “The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law”, artículo disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014).

en ejercicio de su autonomía de la voluntad (art. 6 CISG), incluyan en el contrato los comportamientos que constituyen a su juicio circunstancias concretas de incumplimiento esencial.

Por último, cabe indicar que si bien el párrafo (5) del art. 79 CISG establece que este remedio puede aplicarse por cualquiera de las partes, lo cierto es que en estos casos el derecho a resolver el contrato queda limitado a la parte no perjudicada con la existencia de la excesiva onerosidad de la prestación.

c) La acción del cumplimiento específico de la obligación, expresión del principio *pacta sunt servanda*⁹⁰, se encuentra regulada en los arts. 46 y 62 CISG. Es considerada la acción más importante otorgada a las partes siendo la conservación del contrato uno de los objetivos principales de la CISG. No obstante, un sector de la doctrina⁹¹ manifiesta que el ejercicio de este remedio es incompatible con la aplicación del art. 79(5) CISG. En su opinión la exigencia de un cumplimiento específico capaz de no realizarse es absurda y, en consecuencia, conforme a la doctrina de la *impossibilium nulla est obligatio*, no debería ser concedida sobre todo cuando se trata de la existencia de un supuesto de excesiva onerosidad total y definitivo no imputable al deudor, como por ejemplo: 1) Un comprador no puede hacerse con la entrega de un producto químico toda vez que el gobierno ha impuesto el pago de un arancel sumamente oneroso a quien pretenda importarlo; o 2) Un vendedor no puede entregar la mercancía ya que se ha extraviado en el fondo del mar mientras era transportada y su operación de salvamento resulta excesivamente onerosa. Agregan que, en su defecto, ante este tipo de situaciones extremas debería admitirse un *límite del sacrificio*, más allá del cual no podría razonablemente esperarse que la parte en desventaja cumpla con su obligación⁹².

⁹⁰ Vid. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 177; LIU, C., “Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law” (2005), artículo disponible en web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei3.html> (Consulta: 07 de noviembre de 2014); WILL, M.: “Article 46”, en AA.VV.: *Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention* (coord. por C. M. BIANCA/M. J. BONELL). Milán (1987): Giuffré, p. 335.

⁹¹ Cfr. HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales*, cit., p. 641; NICHOLAS, B., “Impracticability and Impossibility”, cit., p. 5; SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law*, cit., p. 103. Parecidamente, SALVADOR CODERCH, P.: “Artículo 79”, cit., pp. 642-644 y pp. 653-654, a pesar de apoyar el efecto no extintivo de la obligación, señala que hay casos claros en los que resulta innegable la extinción de la obligación, como por ejemplo, cuando el cumplimiento supone una carga insostenible para el deudor, pero siempre en el marco estricto del grave riesgo de la existencia social.

⁹² Según NICHOLAS, B.: “Impracticability and Impossibility”, cit., p. 19, de permitirse al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento específico ante un impedimento físicamente imposible, la CISG sería interpretada como si expresara: “usted deudor está exento del pago de daños y perjuicios por su falta de cumplimiento pero está obligado a pagar una

Por otro lado, otros autores⁹³ sostienen que dicha interpretación es contradictoria con los antecedentes históricos del art. 79 CISG, que demuestran que durante los trabajos preparatorios de la CISG se presentaron propuestas por parte de las delegaciones de Noruega y Alemania para excluir del párrafo (5) el derecho a exigir el cumplimiento específico, al considerar que si la parte incumplidora estaba exenta del pago de los daños y perjuicios también debería estar excusada de cumplir su obligación, propuestas que finalmente fueron rechazadas en la Conferencia Diplomática. Entre algunas de las razones que motivaron el rechazo pueden señalarse: 1) La posibilidad de que los remedios distintos al de la indemnización de daños fuesen necesarios en circunstancias especiales⁹⁴; 2) El temor de que los derechos accesorios y el derecho a reclamar intereses desaparecieran; y 3) Principalmente, debido a que un supuesto de impedimento temporal podría resultar en la total extinción de la obligación.

Sin perjuicio de lo señalado, el ejercicio de la acción de cumplimiento específico se encuentra supeditado a lo establecido por el art. 28 CISG, esto es, los jueces no están obligados a conceder este recurso si no lo harían para los contratos de compraventa similares no regidos por la CISG, consiguientemente, serán los jueces los que resuelvan en aplicación de su legislación interna si se concede o no la ejecución específica de la obligación en un caso concreto.

B) El sistema de remedios según el mecanismo de integración del art. 7(2) CISG.

En cuanto a las acciones y derechos que pueden aplicarse mediante el sistema de integración de lagunas del art. 7(2) CISG, por un lado, en base a los principios generales en los que se funda la propia CISG, STOLL y GRUBER⁹⁵

suma equivalente e incluso superior en concepto de sanción por el mismo incumplimiento”. Cfr. SCHLECHTRIEM, P.: *Uniform Sales Law*, cit., p. 103.

⁹³ Cfr. ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., pp. 333-335; LINDSTRÖM, N.: “Changed Circumstances and Hardship”, cit.

⁹⁴ Según ENDERLEIN, F./MASKOW, D.: *International Sales Law*, cit., p. 333, por ejemplo, en un contrato en el que la mercancía ha sido entregada pero el comprador no cumple con pagar el precio pues la modalidad del pago ha sido bloqueada temporalmente por el control cambiario, aunque el vendedor tiene derecho a resolver el contrato puede no estar interesado en hacerlo, ya sea por fines comerciales (la mercancía ha efectivamente sido vendida a un tercero), por razones de comercio exterior (la reexportación está prohibida) o porque simplemente no puede usarlos para otro propósito. En ese caso, de haberse permitido que el impedimento que excusa la responsabilidad del comprador, también cause la exoneración del cumplimiento de pago, la seguridad jurídica del vendedor se vería en peligro.

⁹⁵ STOLL, H./GRUBER, G.: “Article 79”, cit., pp. 822-826. No obstante, los citados autores

sostienen que puede inferirse del *principio general de buena fe* consagrado en el art. 7(1) CISG, un deber impuesto a las partes de *renegociar para adaptar* el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones o, en caso de que fracasará dicha renegociación, una obligación al acreedor para aceptar la *liberación del cumplimiento* de la prestación. Así también, según SCHLECHTRIEM⁹⁶ el remedio de la reducción del precio podría ser usado como una especie de trampolín para desarrollar un *principio general de ajuste o adaptación* en caso de excesiva onerosidad, si en vez de ser interpretado como una forma de indemnización por el incumplimiento se considera que tiene por finalidad ajustar el equilibrio de las prestaciones que ha quedado sustancialmente alterado. Incluso en el supuesto de que no pudiera lograrse la adaptación del contrato en base a la reducción del precio, GARRO⁹⁷ es de la opinión, en virtud de lo dispuesto por el art. 79(5) CISG, que un tribunal podría ordenar (si se justifica) la fecha exacta y las condiciones en que tendrá efecto la resolución del contrato, por cuanto el ejercicio de este derecho no está excluido de la citada disposición, de modo que este remedio puede constituir hasta cierto punto un instrumento para distribuir las pérdidas resultantes del cambio de las circunstancias, es decir, una forma de adaptación del contrato.

Por otra parte, otro sector de la doctrina⁹⁸ mediante la *utilización de los Principios UNIDROIT* como complemento de interpretación de las lagunas de la CISG, también considera posible la *renegociación y adaptación* del contrato, toda vez que a su criterio las reglas sobre la excesiva onerosidad reguladas en los arts. 6.2.2 y 6.2.3 Principios UNIDROIT constituyen la expresión más concreta del principio general de conservación del contrato y del principio general de buena fe que subyacen en la CISG, quedando así establecido el

agregan de que en vista de la importancia en el comercio internacional del principio *pacta sunt servanda*, la adaptación sólo será posible cuando surja una alteración esencial e insoportable de las circunstancias que afecte a la propia “existencia social”, puesto que de ser forzado el deudor a cumplir la prestación prometida y todavía posible resultaría arruinado, como por ejemplo, ante el estallido de una guerra, el hundimiento del sistema económico o una grave devaluación de la moneda nacional.

⁹⁶ Esta idea fue sugerida por SCHLECHTRIEM, P.: “Excerpt from: Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more (transcribed and edited by FLECHTNER, H)”, *Journal of Law & Commerce* (1999), vol. 18, pp. 236-237, disponible en web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html> (Consulta: 20 de noviembre de 2014). Cfr. CISG-AC OPINION N° 7, *Exemption of Liability*, cit., p. 20.

⁹⁷ GARRO, A.: “Comparison between Provisions”, cit. Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 509; VALLEBELLA, J.: “La excesiva onerosidad”, cit.

⁹⁸ Cfr. BONELL, M. J.: “The UNIDROIT Principles”, cit., pp. 35-36; y en *An International Restatement*, cit., pp. 76-78; GARRO, A., “The Gap-Filling”, cit., p. 1159; MOMBERG URIBE, R.: “Compraventa internacional”, cit., pp. 115-116.

vínculo entre dichos instrumentos internacionales⁹⁹. Igualmente lo ha entendido (de forma implícita) el Tribunal Supremo belga en su sentencia de 19 junio 2009¹⁰⁰ (caso Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.), al señalar que el supuesto de excesiva onerosidad no está completamente regulado por el art. 79 CISG, en consecuencia, existe una laguna que debe resolverse conforme a su sistema de integración dispuesto en el art. 7(2) CISG, siendo necesario entonces recurrir a los principios generales del comercio internacional en los que se basa la CISG, que a su criterio se encuentran incorporados en los Principios UNIDROIT.

Sin embargo, la CISG no contempla expresa ni implícitamente la adaptación como técnica de ajuste de los términos contractuales a fin de repartir el riesgo (ya sea mediante un procedimiento de renegociación o por mandato del tribunal). De modo que, con el objetivo de deducir los parámetros más concretos sobre la forma en que los contratantes deben efectuar el procedimiento de renegociación o, subsidiariamente, las pautas para que un tribunal lleve a cabo la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, es imprescindible examinar lo establecido por otros textos internacionales que expresamente reconocen dichos remedios.

a) La *renegociación* a diferencia de la adaptación es un concepto que está dirigido de un modo más claro al intento de reestructurar el contrato (aunque no necesariamente se llegue a ese resultado¹⁰¹), por ello, partiendo de la idea de que el contrato sigue siendo útil y de que las partes son las que mejor conocen sus propósitos comerciales, se pretende que éstas vuelvan a negociar los términos contractuales a fin de eliminar los efectos negativos derivados de la nueva situación, intentando reubicar el punto de equilibrio patrimonial del contrato¹⁰². En otras palabras, el objetivo es que las partes lleguen al acuerdo que se habría llegado si no se hubiese producido la alteración de las circunstancias. Así, en virtud del art. 6.2.3(1) Principios UNIDROIT, la iniciativa para solicitar el procedimiento de renegociación corresponde a la parte afectada por la nueva situación, aunque nada impide que la otra parte preocupada por el mantenimiento del contrato pueda iniciar dichas negociaciones. Incluso algunos autores¹⁰³ son de la opinión de que aun

⁹⁹ Cfr. BONELL, M. J.: *An International Restatement*, cit., p. 81; VENEZIANO, A.: “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”, *Uniform Law Review* (2010), vol.1, pp. 144-147.

¹⁰⁰ Cfr. *supra* nota 66.

¹⁰¹ HORN, N., “The Concepts of Adaptation”, cit., p. 9.

¹⁰² Cfr. MADRID PARRA, A.: “Comentarios Sección 2”, cit., pp. 318-319; ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 233.

¹⁰³ Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 480; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “La adaptación de los contratos”, cit., p. 89; HORN, N.: “Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law”, en AA.VV.: *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (coord. por N.

cuando no exista expresamente una obligación de renegociar, dicha conducta puede imponerse a ambas partes (tal como explícitamente se regula en los arts. 6:111(2) PECL y 89(1) CESL) en cumplimiento del principio general de buena fe. En el caso de que una de las partes infrinja el deber de renegociar, en principio, no se establece ningún tipo de sanción¹⁰⁴ al tratarse de una obligación de medios y no de resultado que no constituye un incumplimiento contractual¹⁰⁵, por ende, salvo que exista una cláusula de *hardship* incumplida no habrá ningún tipo de sanción.

Tanto el requerimiento como el proceso de renegociación deberán llevarse a cabo teniendo en cuenta: 1) Las exigencias impuestas por la buena fe y la lealtad negocial, arts. 7(1) CISG y 1.7 Principios UNIDROIT, por ello, la parte que solicita la renegociación no debe utilizar este recurso de forma estratégica para dilatar su cumplimiento, debiendo ser sus propuestas (así como las contrapropuestas) claras, serias, razonables y coherentes a fin de que no queden dudas en cuanto a su contenido y objetivo; y 2) El deber de cooperación mutuo entre las partes, art. 5.1.3 Principios UNIDROIT, lo que implica tomar en consideración no sólo los intereses particulares sino también los de la contraparte, evitando obstrucciones o retrasos abusivos en el proceso y otorgando toda la información que sea necesaria¹⁰⁶.

b) En la *adaptación del contrato por la autoridad* (judicial o arbitral), a pesar de alguna diferencia en la fórmula usada, el mecanismo y el propósito de la adaptación del contrato sigue siendo el mismo en los Principios UNIDROIT, PECL, CESL y DCFR, es decir, si el procedimiento de renegociación fracasa el tribunal puede adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones, asegurándose que las pérdidas y ganancias resultantes se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

El tribunal al efectuar la modificación del contrato puede incluir o no una

HORN). Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt (1985): Kluwer, p. 27; MCKENDRICK, E.: "Section 2: Hardship", en AA.VV.: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (coord. por S. VOGENAUER/J. KLEINHEISTERKAMP). New York (2009): Oxford University Press, p. 722; MOMBERG URIBE, R.: "Compraventa internacional", cit., p. 110; SCHLECHTRIEM, P.: "Excerpt from: Transcript of a Workshop", cit., p. 236; STOLL, H./GRUBER, G.: "Article 79", cit., p. 825.

¹⁰⁴ Según BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 483, el hecho que no se establezcan sanciones no significa que la infracción del deber de renegociar no tenga consecuencias. Es decir, teniendo en cuenta el estrecho vínculo que existe entre la fase de renegociación y el recurso de las partes de acudir a un tribunal a fin de conseguir la adaptación del contrato, las consecuencias de infringir el deber de renegociar estarán relacionadas con la asignación de los costos del proceso legal que se ejecute.

¹⁰⁵ ORDUÑA MORENO F./MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: *La moderna configuración*, cit., p. 235.

¹⁰⁶ Cfr. MADRID PARRA, A.: "Comentarios Sección 2", cit., p. 319; MOMBERG URIBE, R.: "Compraventa internacional", cit., p. 112; UNIDROIT: *Principios UNIDROIT*, cit., p. 257.

adaptación del precio, ello dependerá del tipo de excesiva onerosidad de que se trate, igualmente podría optar por ajustar el método de cumplimiento de las obligaciones a través de una reducción o ampliación del plazo de duración del contrato¹⁰⁷. También puede ordenar un pago compensatorio o un ajuste monetario apropiado que permita la situación de excesiva onerosidad en vista de cualquier otro ajuste del contrato¹⁰⁸. No obstante, este poder de adaptación del tribunal no es ilimitado, por consiguiente, deberá fundar su decisión en base al contrato celebrado entre las partes, sin que ello implique crear nuevas reglas contractuales sino tan sólo reequilibrar las ya pactadas¹⁰⁹. Quiere ello decir, que si bien un tribunal puede modificar algunas de las cláusulas esto no significa que pueda reescribir el contrato entero de modo que prácticamente cree uno nuevo. En ese contexto, sobre la base del principio de conservación del contrato, resulta razonable incentivar su continuidad en caso de excesiva onerosidad a través de la modificación de los términos contractuales que resulten necesarios. Empero, en la práctica comercial puede que la adaptación y el mantenimiento de la relación contractual sean incompatibles, en cuya situación no quedará más remedio para el tribunal que optar por resolver, quedando a su criterio la determinación de la fecha, las condiciones y los efectos que surtirá la resolución contractual.

V. CONCLUSIÓN.

La CISG no contiene una regulación específica de la excesiva onerosidad como instrumento para la modificación o la resolución del contrato. Sin embargo, su contenido debe interpretarse teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, consiguientemente si existe alguna materia cubierta, pero que no esté expresamente regulada por la CISG, se debe recurrir al mecanismo de la analogía con otras de sus disposiciones y solo si ello no es posible debe resolverse mediante el sistema de integración dispuesto en el art. 7(2) CISG, que no implica la utilización de los Principios UNIDROIT u otros textos uniformes de carácter internacional. Así, del análisis del art. 79(1) CISG puede considerarse que el término *impedimento* no limita la aplicación de esta norma a supuestos de imposibilidad absoluta de cumplimiento y mucho menos sugiere que el deudor deba asumir responsabilidades descomunales para ejecutar su obligación; en consecuencia, puede consistir en una prestación que ha devenido excesivamente onerosa por el extraordinario

¹⁰⁷ UNIDROIT: *Principios UNIDROIT*, cit., p. 258.

¹⁰⁸ BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 501.

¹⁰⁹ Cfr. BRUNNER, C.: *Force Majeure and Hardship*, cit., p. 501; SAN MIGUEL PRADERA, L.: “La excesiva onerosidad”, cit., p. 1131.

cambio de las circunstancias en las que se concluyó el contrato, en cualquier caso a la hora de evaluar la existencia de dicha situación, deberá tenerse en cuenta si la alteración del equilibrio económico del contrato se encuentra o no en contradicción con el principio general de buena fe, regulado en el art. 7(1) CISG. Por otra parte, a pesar de que el propósito principal de la figura de la excesiva onerosidad es lograr la modificación de los términos contractuales, las consecuencias jurídicas se determinarán conforme a lo dispuesto por el art. 79(5) CISG, por lo que a excepción de poder requerir el pago de los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento, quedarán a salvo el ejercicio de las demás acciones y derechos establecidos en la CISG, lo cual no incluye la posibilidad de otorgar un derecho a solicitar la renegociación y adaptación del contrato, no sólo porque dichos remedios parecen excesivos sino también porque la CISG no establece ningún criterio sobre la forma o el modo en que las partes o un tribunal deban ejercerlos.

En ese sentido, en nuestra opinión, con el fin de evitar una posible integración judicial que dé como resultado una gran variedad de soluciones, no sólo existe una conveniencia sino también una necesidad de que la figura de la excesiva onerosidad quede cubierta en el ámbito de la CISG. De lo contrario, en vista de la polémica que suscita la aplicación de esta figura, es recomendable que las partes incluyan en sus contratos una cláusula que defina lo que constituye un *impedimento* y las *consecuencias* del mismo o, en su defecto, acuerden la aplicación de los Principios UNIDROIT que contienen disposiciones claras y funcionales para absolver los problemas ocasionados por dicha institución jurídica.

LA REFORMA INTRODUCIDA EN EL TRLGDCU POR LEY 3/2014
SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO E INFORMACION

AMENDMENTS TO LAW 3/2014 AFFECTING THE TRLGDCU ON
THE RIGHT OF WITHDRAWAL AND INFORMATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 253-292.

Fecha entrega: 30/06/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valencia
maria.j.reyes@uv.es

RESUMEN: El presente trabajo expone las modificaciones sustanciales que la Ley 3/2014 ha operado sobre el anterior TRLGDCU, centrándose básicamente en la influencia que ha tenido la Directiva 2011/83/UE sobre el concepto de consumidor y usuario y el derecho de información y de desistimiento, así como su especial incidencia en la unificación del régimen de los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil.

PALABRAS CLAVE: consumidores, usuarios, derecho de desistimiento, información, contratación a distancia.

ABSTRACT: The present work analyzes substantial amendments to Law 3/2014 affecting the TRLGDCU, focusing on the influence that Directive 2011/83/EU has had on the concept of consumer and user and the right of information and withdrawal, as well as its special effect on the unification of the regime of distant commercial contracts.

KEY WORDS: consumers, users, right of withdrawal, information, distant commercial contracts.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS.- II. ALGUNAS DE LAS REFORMAS CONCEPTUALES INTRODUCIDAS POR LA LEY 3/2014.- 1. El “nuevo” concepto de consumidor y empresario.- A) La persona jurídica como consumidora o usuaria. - B) Empresario. - 2. Nuevo concepto de contratación a distancia y de venta fuera del establecimiento mercantil.- III. MODIFICACIONES SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL. DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO E INFORMACIÓN.- 1. Consideraciones preliminares.- 2. Oficinas y servicios de información y de atención al cliente.- 3. El derecho a la información precontractual.- A) La información precontractual en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil.- B) El derecho de información en las condiciones generales de la contratación.- 4. Requisitos formales en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Consideraciones generales.- A) Requisitos formales de los contratos celebrados a distancia.- B) Requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.- 5. Consecuencias del incumplimiento.- IV. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO.- 1. Rasgos básicos.- 2. El derecho de desistimiento en el capítulo II TRLGDCU.- A) Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario.- 3. El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil del empresario.- A) Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento.- B) Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento.- C) Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento.- V. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES PREVIAS.

El pasado 28 de marzo entró en vigor la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGDCU).

Dicha Ley ha introducido una serie de modificaciones en el articulado del anterior texto, que van a contribuir a ahondar en la defensa del consumidor sobre determinados aspectos básicos de sus derechos.

Con carácter previo a su estudio, conviene señalar que, si bien todas las reformas que operan en el ámbito del derecho de consumo tienen una fuerte influencia comunitaria, esta Ley, a diferencia de la norma que le precede, que atendía a una finalidad prevalentemente reunificadora, tiene como propósito

armonizar su normativa a la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, así como a la jurisprudencia comunitaria en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que, en la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618 Banco Español de Crédito, el Tribunal interpretó que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al art. 6, apartado 1, de dicha Directiva, al estimar que el incumplimiento observado en relación con el art. 83 TRLGDCU, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y el principio de buena fe objetiva, que el Tribunal considera que podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva, por poder contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales pueden verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

Con relación a la influencia de la Directiva 2011/83/UE, a diferencia de las anteriores directrices comunitarias, en ésta se ha optado por cambiar el criterio de sus normas al pretender una armonización plena, como resultado de haber valorado que, hasta el momento, no se había asegurado debidamente la protección del consumidor puesto que cada Estado dotaba de una protección diferente a cada país.

Atendiendo a sus principios se ha modificado la regulación de las ventas a distancia y fuera del establecimiento mercantil, unificando su régimen y reforzando el valor de la información precontractual. También la nueva Ley ha sido sensible a alguno de los casos controvertidos que doctrina y jurisprudencia habían ido poniendo de manifiesto reiteradamente, como se refleja en las nuevas definiciones que esta Ley ha introducido de consumidor o empresario, o la introducción de mecanismos que faciliten la incorporación o adaptación a las nuevas tecnologías en el ámbito contractual.

Con relación al segundo extremo, se ha modificado el art. 83 TRLGDCU, así como el apartado 4 del art. 11 y añadido un nuevo apartado 5º al art. 11 LEC.

También se han introducido derogaciones y modificaciones de normas íntimamente vinculadas con el derecho de contratos con consumidores, derogando expresamente las siguientes disposiciones:

1. Los arts. 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio Minorista.
2. El apartado 4 del art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
3. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.
4. El apartado 3.b) del art. 35, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Y modificando las siguientes disposiciones:

- a) El párrafo f) del art. 5.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al art. 6 de la Directiva 2005/29/CE.
- b) Los arts. 2, 10, 20, 38 y 56 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- c) El art. 6.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad,
- d) El art. 36 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- e) Los arts. 4, 22 y 47 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- f) La disposición adicional séptima de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- g) Los arts. 35 y 102 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- h) Los arts. 17 y 46 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.
- i) El art. 2 y disposiciones adicionales duodécima y décimo tercera en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

II. ALGUNAS DE LAS REFORMAS CONCEPTUALES INTRODUCIDAS POR LA LEY 3/2014.

1. El “nuevo” concepto de consumidor y empresario.

Como señala la Exposición de motivos de la Ley, una de las consecuencias de la armonización con la Directiva sobre derechos de los consumidores ha sido la modificación del concepto de consumidor, dejando a salvo el concepto específico, que sigue intacto, para los Libros III y IV.

La modificación de dicha definición cabe entender que ha sido acertada en cuanto se muestra en la línea ya iniciada con el TRLGDCU de simplificar la inicial definición dada por la LGDCU, en la que la cualidad de consumidor no se encontraba implícita en la persona sino íntimamente vinculada con la finalidad del acto que se realizase y el destino que se le asignase en relación al mercado, para que lo que se atendía, y se sigue atendiendo, a la celebración de un acto de consumo.

Tras la reforma operada por el RD Legislativo 1/2007 esta concepción pasó a ofrecer una definición mucho más parca que la proporcionada en la LGDCU al utilizar la misma terminología que la legislación comunitaria y asumir los criterios formulados por la jurisprudencia.

En dicho texto, el consumidor y usuario que contemplaba esta norma en su art. 3, era la persona física o jurídica que actuaba en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, aquel que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Pero esta definición dejaba abierta alguna brecha sobre los criterios determinantes para actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Una interpretación restrictiva, que sería la más acorde con los textos comunitarios, obligaba a descartar cualquier acto vinculado, aunque fuera indirectamente, con el mercado, pero, por otra parte, otra más laxa permitiría cuestionar si este término había que vincularlo únicamente con actividades directamente encaminadas al mercado, por lo que, de ser así, no quedaban excluidos los actos que se realizasen sin tener una salida directa al mercado aunque quedasen indirectamente vinculados con él. En ese sentido, como recuerda la STS de 18 de junio 2012, la normativa de consumo de transposición de las Directivas europeas, ahora integradas en el citado Real Decreto -LGDCU-, de 16 de noviembre de 2007, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como

cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la Ley General de 1984 (arts. 1, 2 y 3); combinándose de esta forma un criterio positivo de consumidor como “destinatario final”, con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios “para integrarlos en procesos relacionados con el mercado”. En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (párrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su Exposición de Motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder “a fines privados”. Y es que, en esa línea, la doctrina jurisprudencial, antes de la promulgación del texto refundido del 2007, ya había concretado la noción de “destinatario final”, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular” (SSTS 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000, núm. 992, 2000, y 15 de diciembre de 2005, núm. 963, 2005) y, como indicaba también la citada sentencia, la noción delimitativa de los fines del acto de consumo ya se había producido en la jurisprudencia comunitaria, inclusive de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado de un individuo” (SSTJCE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005).

Con estos antecedentes, el legislador se ha visto obligado a adoptar el concepto de consumidor para adecuarlo a las directrices de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores.

En el art. 3 LGDCU recoge el nuevo concepto de consumidor, dedicando el párrafo primero al consumidor persona física y el párrafo segundo al consumidor que es persona jurídica.

Sin perjuicio de las matizaciones que posteriormente incorpora en sus libros tercero y cuarto, entiende por consumidores o usuarios a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidoras a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

Respecto a la definición anterior se ha producido alguna matización puesto que ésta pasa ahora a concretar el ámbito de actividad que incluye o excluye al sujeto de estas normas.

Es así, como el concepto ahora vigente engloba a las personas físicas cuando realicen una actividad que quede al margen, - con un propósito ajeno, indica la Ley-, de su propia actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, al mismo tiempo que desecha la referencia a la necesidad de ánimo de lucro cuando se trata de personas físicas, dejando dicho criterio vinculado únicamente al ejercicio de la actividad mercantil habitual mientras que en el apartado segundo se utiliza como criterio de exclusión de las personas jurídicas.

La referencia, por otra parte, a la actividad propia del empresario permite aceptar la condición de consumidor en la realización de los restantes actos.

Dicho precepto es fiel reproducción del concepto que utiliza la Directiva 83/2011, en su art. 2.1, en relación con su considerando 17, recogida anteriormente en el art. 2 de la Directiva 85/577/CE, para los contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; al art. 1.2.a de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; al art. 2 de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en los contratos a distancia y al art. 1.2 Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Directivas que en la actualidad han sido derogadas por la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, a excepción de la Directiva 93/13/CE.

Las modificaciones que el precepto ha introducido consisten en concretar el ámbito de aplicación de la normativa de consumo pasando de contemplar cualquier tipo de acto que realice el sujeto vinculada con una actividad empresarial o profesional a concretarla al ámbito de conductas o comportamientos que se realicen vinculados con la actividad comercial o profesional específico que realice el sujeto, a diferencia del texto anterior, que de modo genérico lo relacionaba a cualquier actividad comercial, profesional o empresarial. Supone, en suma, concretar el concepto de consumidor en la idea de persona ajena a la actividad empresarial o no empresaria.

Por esta misma razón, aunque se ha indicado que los denominados supuestos dudosos pueden seguir dándose igualmente, a mi entender, el cambio operado permite excluir las dudas antes existentes, de forma que cualquier acto que realice el empresario, comerciante o profesional que resulte ajena a su actividad podrá ser considerada acto de consumo. Además, el recurso al considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE permite establecer el criterio de que, en caso de duda, habrá que estar a la naturaleza del acto realizado, debiendo quedar excluidos aquellos actos en que el uso profesional sea realmente marginal.

Por ello, el profesional cuando adquiere un bien para su consumo o utilización dentro del sector en el que desempeñe su actividad no puede ser merecedor de la condición de consumidor. A esta misma conclusión llega la STS de 28 de mayo de 2014,¹ que fija doctrina en la que descarta la aplicación de la normativa sobre consumidores en la compra de un despacho para ejercer una actividad profesional de prestación de servicios.

A la misma conclusión debe llegarse en el caso de que compre bienes en el ámbito de su empresa sin estar directamente relacionados con su actividad última por no ir destinados de forma inmediata al proceso de producción, o al que adquiere bienes para emplearlos en fines, tanto de índole personal como empresarial, si bien en este último caso, habrá que estar a la naturaleza de cada acto que se realice.

Pero el art. 3 no sólo define al consumidor sino también al usuario. Dicha inclusión implica que nuevamente se ha desaprovechado la posibilidad de unificar ambos términos en cuanto en la mayor parte de ocasiones el primero de ellos engloba ambos comportamientos, sin perjuicio de que para determinadas materias sólo cabría hablar de usuarios, como cuando se trata de prestaciones específicas de servicios, tales como viajes combinados, servicios financieros... circunstancia que haría más recomendable una revisión del uso reiteradamente conjunto de ambos términos, pasando a su utilización únicamente cuando realmente se esté aludiendo a relaciones jurídicas distintas o, en su caso, propiciar la sustitución de la conjunción copulativa “y”, por la disyuntiva “o”².

A) La persona jurídica como consumidora o usuaria.

Inicialmente se planteó la duda de si las entidades mercantiles podían gozar de la condición de consumidor cuando la actividad que realizaban no estaba directamente conectada con el mercado sino que se trataba de un acto intermedio, habiendo partidarios de entender que si los actos que se practicaban no estaban encaminados como objetivo primordial al mercado se podría hacer valer dicha condición.

Dicha duda quedó disipada con la definición ofrecida en el TRLGDCU resultante de la interpretación conjunta de sus arts. 3 y 4, en cuanto todas las

¹ STS de 28 de mayo de 2014 (RJA 2014, 3354).

² La Directiva 2011/83/UE menciona sin embargo únicamente al consumidor, sumándose con ello a las corrientes más actuales que refunden ambos conceptos en éste. ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona (2009): Bosch, p. 219 y ss.

actividades que realizan las entidades de naturaleza mercantil están encaminadas a la obtención de un beneficio económico, pudiendo serlo únicamente las personas jurídicas de naturaleza civil y no mercantil; esto es, las relacionadas en el art. 35 CC, junto a una interpretación conjunta con el art. 23 TRLGDCU³, que establece como presupuestos determinantes de las asociaciones de consumidores y usuarios que no tengan ánimo de lucro, o que cumplan fines de interés para éstos conforme a la normativa de cooperativas.

Vinculado precisamente con el presupuesto de falta de ánimo de lucro, el precepto incluye expresamente a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ese objetivo en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, a diferencia del criterio subjetivista, que utiliza en el párrafo anterior, relacionado con el ejercicio de su específica actividad.

Con ello, lo que hace esta disposición es recoger el criterio consolidado por la doctrina jurisprudencial, fundamentalmente al aplicar la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores, entre otros o las actividades realizadas por las comunidades de propietarios en beneficio de su comunidad. En este mismo sentido, pueden tener la condición de consumidoras las comunidades de bienes no dedicadas a una actividad profesional puesto que careciendo de personalidad jurídica constituyen un colectivo de sujetos constituido en torno a la titularidad de un bien, que se dedica a la gestión del mismo⁴.

Con relación a la valoración de las cooperativas, asociaciones o fundaciones habría que remitirse al criterio de realización de actividades de carácter empresarial, en cuyo caso quedarían excluidas, o a la actividad limitada a redundar únicamente en beneficio de sus miembros. En todo caso, a falta de

³ “1. Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados.

También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica”.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario art. 3”, en AA.VV., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO). Madrid (2009): Aranzadi, p. 94.

criterios probatorios, quien alegue la condición de consumidor le incumbirá la carga de la prueba.

Téngase en cuenta además que ninguna Directiva ha contemplado la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser consumidoras o usuarias, por lo que su inclusión queda pendiente de la normativa interna de cada uno de los Estados miembros de la UE.

B) Empresario.

A diferencia de la LGDCU, que daba una noción en sentido negativo de quién no debía ser considerado consumidor, el nuevo TRLGDCU define como 'empresario' a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

Amplía así la primitiva redacción del TRLGDCU, que sólo mencionaba la actividad empresarial o profesional, y omitía la actuación mediando representación en su art. 4, expresando que: A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

Al mismo tiempo permite constatar en la actualidad, que tras la modificación operada por la Ley 3/2014, la noción de consumidor ya no presenta discordancias cuando se contraponen a la de empresario puesto que ambas quedan concretadas con relación al ejercicio o ajenidad del desempeño de la actividad empresarial o profesional habitual del consumidor.

Con relación a los restantes conceptos, ni el de proveedor, ni el de suministrador han sido objeto de modificación.

2. Nuevo concepto de contratación a distancia y de venta fuera del establecimiento mercantil.

Siguiendo la sistemática utilizada por la Directiva 2011/83/UE, el nuevo TRLGDCU regula conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, haciendo necesaria la reforma del libro II del texto refundido al unificar ambas modalidades en su título III, lo que conlleva la eliminación del título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al título IV.

El nuevo título III amplía y clarifica alguno de los problemas que se suscitaban anteriormente con relación a dichas modalidades contractuales. En concreto, expande el concepto de contratos a distancia, que abarca todos los casos en que los contratos se celebran entre el empresario y el consumidor y usuario en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de una o varias técnicas de comunicación, como pueda ser la venta por correo, Internet, teléfono o fax, hasta el momento en que se celebra el contrato y con inclusión de ese momento.

Dicha definición abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia.

La inclusión de la referencia al sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea, pero no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.

Por otra parte, entre las definiciones que incorpora el art. 59 bis, de nuevo cuño, se encuentra la de establecimiento mercantil, que se corresponderá con toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual.

La definición abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor y usuario fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de un medio de comunicación a distancia. Igualmente, considera contratos celebrados fuera del establecimiento las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren.

Por consiguiente, como destaca la exposición de motivos del TRLGDCE, en la actualidad pasa a comprender todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos, stands o camiones) siempre que sirvan a la empresa como local de negocios permanente o habitual, pero, no así, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que la empresa utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, ni tampoco los domicilios privados o lugares de trabajo.

Como novedad de estas modalidades se contempla la exigencia de que los sitios web de comercio indiquen de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan.

También se exige que el empresario respete el conjunto mínimo de requisitos de información de los que se tratará seguidamente, así como remitir a la persona consumidora a otra fuente de información alternativa donde la información pertinente esté directamente disponible y sea fácilmente accesible, por ejemplo facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del empresario.

III. MODIFICACIONES SOBRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL. DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO E INFORMACIÓN.

1. Consideraciones preliminares.

El derecho que tiene el consumidor a recibir información con carácter previo a la suscripción de un contrato es uno de los principales instrumentos sobre los que se asienta la protección del consumidor.

Baste poner como ejemplo en la actualidad, las relaciones de consumo vinculadas al sector financiero, donde nuevos conceptos y productos, como las sicavs, los swaps o las participaciones preferentes, de difícil comprensión para un sector considerable de la población, han llevado a la anulación de muchos contratos por desconocimiento de los usuarios, que progresivamente está obligando a los Tribunales o, en su caso, al Banco de España, en el caso de existencia de folletos informativos, a acordar el cese de la publicidad o de su rectificación, cuando ésta vulnere las normas del órgano regulador, o requerir que se incluya en la publicidad lo omitido indebidamente.

La información que se ofrezca al consumidor o usuario tiene que ser veraz y suficiente; aportarse de forma clara, comprensible, adaptada a las circunstancias, ser relevante y gratuita.

Dada la especial naturaleza de la publicidad, que no se puede basar en muchas ocasiones en criterios objetivos, el requisito que siempre se le ha exigido, es que sea veraz.

Se pretende con ello que se faciliten todos los datos que mejor puedan contribuir a configurar su consentimiento contractual, intentando impedir que se falsee la realidad, al mismo tiempo que sirva de garantía para la competencia, como ha sido manifestado en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las

prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y en las reformas que incorporó a nuestro ordenamiento interno, y que también ha tenido por objetivo la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores.

Dicha información tiene carácter formal en cuanto debe estar contenida en el soporte material que sea acorde con el contrato que se quiera suscribir, ya sea papel, ya sea en el documento digital correspondiente.

La información exigida en la Ley está dirigida a sectores medios de población.

En consecuencia, el criterio de imputación de responsabilidad tendrá que estar basado en la comprobación de la omisión de algún detalle o falta de información que el consumidor medio podía y debía haber conocido.

El sujeto al que incumbe la obligación de facilitar dicha información es el empresario, como queda definido en el art. 4 TRLGDCU, sin perjuicio de que cada uno de los implicados en el proceso de producción y de fabricación deban suministrar igualmente información sobre la parte del proceso que les incumba.

La eficacia y suficiencia de la información también afecta al contenido. En este sentido, constituye una manifestación de la buena fe contractual que ha de presidir, no solo la fase de ejecución del contrato, sino también la precontractual. Por ello, debe estar encaminada a informar sobre aspectos relevantes del producto o servicio, de forma precisa y concisa, sin omitir datos pero tampoco aportando información innecesaria que confunda al consumidor porque hay que entender, que, tan mala es una información precaria, como una información inútil o excesiva.

El contenido de la información deberá abarcar aspectos materiales referidos al producto o servicio, junto a la obligación de facilitar información sobre los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados.

La constatación de los daños que puede producir una falta de información adecuada, ha motivado que la sociedad en general se decante por reclamar un sistema en que el consumidor sea debidamente informado sobre el alcance y las consecuencias que pueden de la conclusión de un contrato. A tal efecto, el nuevo TRLGDCU, siguiendo las indicaciones de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores ha ampliado su regulación en una doble faceta.

Por un lado, desde la vertiente institucional, promoviendo un servicio más efectivo por parte de las oficinas y servicios de reclamaciones y de atención al cliente, así como una mejor forma de publicitación y conocimiento de las condiciones generales de la contratación y, de otra, ahondando en los aspectos que instrumentalmente pueden reforzar la información del consumidor sobre los productos o servicios antes de que proceda a su contratación.

2. Oficinas y servicios de información y de atención al cliente.

La reforma sustituye el apartado 2º del art. 21 e introduce un nuevo párrafo en el que se ahonda sobre el modo en que debe dispensarse información a los consumidores por parte de las oficinas y servicios de información y atención al cliente.

Con ese propósito se exige a las empresas asegurar que el consumidor tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero.

Además, en el caso de que tales servicios utilicen la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance.

Las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada.

Se deberán identificar claramente los servicios de atención al cliente en relación a las otras actividades de la empresa, prohibiéndose expresamente la utilización de este servicio para la utilización y difusión de actividades de comunicación comercial de todo tipo.

En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. A tal efecto, se entiende por tarifa básica el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que no incorpore un importe adicional en beneficio del empresario.

Sin perjuicio de lo expuesto, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono y número de fax o dirección de correo electrónico en la que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Además, en el caso de que su dirección legal no coincida con su dirección habitual, deberán comunicar cuál es la primera a efectos de correspondencia.

Los empresarios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación. En caso de que en dicho plazo ésta no hubiera sido resuelta satisfactoriamente, los empresarios adheridos a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos facilitarán al consumidor y usuario el acceso al mismo cuando éste reúna los requisitos previstos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo o normativa que resulte de aplicación y, como tales, hayan sido notificados a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.

3. El derecho a la información precontractual.

Uno de los objetivos que pretende la protección al consumidor reside en reequilibrar aquellas situaciones que puedan originar una posición de prevalencia del empresario frente al consumidor. Por ello, uno de los aspectos en los que más ha incidido esta materia ha sido en el reforzamiento del deber de información.

La regulación de la información que, con carácter previo, hay que suministrar al consumidor o al usuario antes de formalizar el contrato, se encuentra contenida en el art. 60 TRLGDCU.

Dicha norma se corresponde parcialmente con el anterior art. 13 LGDCU, que supuso un avance sobre las normas existentes de protección al consumidor, que fue modificado, a su vez, por el art. 7 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que adicionó una nueva letra, la g), en su apartado 1, dos nuevos apartados, el 3 y el 4, y modificó la letra d) de su apartado 1.

A resultas de ella, la obligación de suministrar información se impone con carácter previo al momento de la contratación, haciendo especial hincapié en las condiciones jurídicas y económicas, a diferencia de lo que establecía el originario art. 13 LGDCU, que tan sólo imponía que la información la llevase el producto, incorporada o consigo, y permitiese de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales.

Este precepto cumple una función preventiva, al querer que el consumidor tenga un conocimiento razonable de lo que adquiere, cuáles son sus prestaciones y características, así como las expectativas que cabe esperar del producto o servicio. Se pretende, en suma, que el consumidor pueda configurar libremente su consentimiento.

La regulación del derecho de información queda escindida en dos apartados, de forma que la obligación que anteriormente establecía el art. 13 LGDCU, de aportar datos sobre: el origen, naturaleza, composición y finalidad de los productos; aditivos autorizados que, en su caso, llevasen incorporados; la calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tuviesen; fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad; instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles, ha pasado a estar integrada en el art. 18 TRLGDCU, en el capítulo dedicado a la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, mientras que el art. 60 TRLGDCU establece la obligación de aportar datos de naturaleza jurídica o económica, cuyo contenido se corresponde con las modificaciones introducidas en el art. 13 de la originaria LGDCU, a instancias del art. 7 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

La Ley 3/2014, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2011/83/UE, busca reforzar la información al consumidor y usuario ampliando con carácter general los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con éstos, contemplados de manera general en su art. 60 y, con carácter especial en el art. 97, para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

En concreto, el art. 60 ha sido modificado para incorporar, no sólo algunos datos que anteriormente no eran precisos, sino alguna salvedad, que puede inducir a introducir alguna valoración que induzca finalmente a su apreciación por parte del juez.

En él cabe distinguir varias partes. La primera de ellas establece con carácter previo el valor de la información precontractual.

Esta tendrá que ser facilitada por parte del empresario, que deberá hacerlo de forma clara y comprensible, si bien, a diferencia de la redacción anterior, se

exime al empresario de dicha obligación en el caso de que resulte manifiesta en el contexto, ya que su primer párrafo introduce la salvedad de que la obligación por parte del empresario de suministrar la información exigida en este precepto y en la legislación sectorial, no es necesaria en los casos en los que la información resulte manifiesta por el contexto.

La incorporación de esta salvedad, lejos de aclarar los supuestos dudosos, lo que hace es introducir un criterio de valoración que obliga a confrontar la opinión de ambas partes y que, en última instancia deberá ser objeto de apreciación por el juez, que es a quien corresponde interpretar si la información que con carácter previo se ha suministrado era suficiente para que el consumidor al que va destinada la prestación ofertada pueda apreciar en sus justos términos las repercusiones sobre todo jurídicas y económicas, implícitas en la celebración del contrato.

Al igual que exigía el precepto anterior, la información que con carácter previo se facilite al consumidor, debe ser relevante, veraz y suficiente y versar sobre las características principales del contrato, y, en particular debe hacerse con relación a sus condiciones jurídicas y económicas, sin perjuicio de que no sea necesario facilitar dicha información por resultar manifiesta por el contexto.

La segunda parte del precepto, de igual modo que la disposición anterior, detalla el contenido sobre el que debe versar la obligación de información.

Además de las obligaciones de cada contrato, el precepto considera relevante que la información quede referida a los siguientes extremos, que amplía con relación a la norma anterior y que en derecho de consumo tiene carácter formal.

A ello responde precisamente el apartado a) de nueva introducción, que obliga a reseñar las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios. Así se da cabida a la información que se aporte en cualquier soporte informático o digital o, incluso, en atención a la naturaleza de producto o servicio, a la remisión a páginas web de referencia.

El segundo apartado, el b), que se corresponde con el anterior a), obliga a facilitar la identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

El c), anterior b), exige informar sobre el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas.

Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, deberá expresarse la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano o el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares, siendo esta mención a los medios de pago, donde opera la reforma de la norma.

Como novedad, el actual apartado d) introduce la obligación de informar sobre los procedimientos de pago, además de informar sobre la entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, como hacía el anterior apartado, éste incorpora el de informar sobre la existencia y las condiciones de los servicios postventa y las garantías comerciales, que a diferencia de la redacción anterior el precepto detalla.

A diferencia de la redacción anterior del art. 60, que hacía referencia únicamente al procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato, el nuevo incluye de forma más completa, la obligación de informar sobre la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.

Además, de manera expresa, deberá indicar la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

La indicación expresa a los compromisos de permanencia y las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio se encuentra justificada dado que en la actualidad son fuente constante de reclamaciones ya que, tanto unos como otras, en muchas ocasiones no son conocidos por los consumidores.

Es habitual que las compañías, sobre todo en el ámbito de los suministros, ofrezcan nuevas condiciones de precio y servicio a condición de unos

periodos de permanencia y unas penalizaciones en caso de incumplirlos. En muchas ocasiones dichas condiciones no son claras ni transparentes, ocasionando perjuicios al consumidor que no puede abandonar la compañía para beneficiarse de mejores ofertas hasta que no cumpla la permanencia o pague la correspondiente penalización.

También habrá que informar sobre la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación y la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo, contemplado en el apartado g), en la actualidad y antes en el h).

Finalmente, se añaden tres nuevos apartados, i), j) y k).

Resultante de ello, como nueva exigencia que habrá que incluir en la información, la obligación de informar sobre la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

Igualmente deberá extenderse la información a toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que conozca para describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible (sistema operativo, versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos); así como, de forma expresa, la obligación de informar sobre el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, y, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos previstos en el art. 21.4 TRLGDCU.

También como novedad la Ley 3/2014 introduce un apartado tercero en el art. 60, que, en consonancia con las exigencias del art. 5.2 de la Directiva 2011/83, declara aplicables las exigencias de información que acabamos de referir a los contratos para el suministro de agua gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas-, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

Finalmente, el apartado cuarto reitera la exigencia de que la información precontractual se facilite al consumidor y usuario de forma gratuita, si bien añade el requisito de que se ha de expresar al menos en castellano.

Como ya se ha señalado, estas obligaciones de información, deberán ser complementadas, en su caso, por las distintas disposiciones sectoriales y,

atendiendo a la naturaleza del objeto de la prestación, habrá que atender si estos presupuestos exigidos, que no pasan de ser básicos en todos los contratos o prestación de servicios, precisan ser complementados con algunos que sean determinantes para configurar el objeto de la prestación o la configuración de la voluntad contractual.

A) La información precontractual en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

El art. 97, que anteriormente añadía a los presupuestos establecidos con carácter general en el art. 60 determinadas obligaciones específicas para la modalidad contractual de contratación a distancia, ha pasado tras la reforma a erigirse en un precepto, que al margen de lo determinado en el art. 60, cuyos presupuestos reitera en algunas circunstancias, a establecer las obligaciones de información precontractual que el empresario debe facilitar tanto cuando se realice un contrato a distancia, como cuando se celebre una venta fuera de establecimiento mercantil.

Así, pues, sin incorporar alguno de los requisitos ya establecidos con carácter general en el art. 60, el art. 97 se refiere de forma especial, al contenido de la obligación previa de información en estos contratos antes de su celebración, debiendo referirse a los siguientes extremos:

Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario facilitará de forma clara y comprensible información referida:

- a) A las características principales, en lugar de las esenciales, exigidas con anterioridad a la reforma, de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.
- b) Al igual que formula el art. 60, a la identidad del empresario, incluido su nombre comercial, anteriormente remitido a dicho precepto.
- c) A la dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúe.

Se amplía en esta nueva redacción, anteriormente contemplada en el art. 60, la exigencia de facilitar el número de teléfono, fax o dirección de correo electrónico.

d) De forma expresa se añade en este precepto, anteriormente exigido únicamente en el art. 60, la exigencia de facilitar la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones, si es diferente de la anteriormente mencionada.

e) Al igual que exige el art. 60, habrá que facilitar el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

Añade, sin embargo, respecto al anterior precepto, que, en el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio.

f) Tal como se exigía en la redacción anterior, el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.

g) Lo mismo sucede respecto a los procedimientos de pago, entrega y ejecución, extendiéndolo a la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario.

h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación, exigencia anteriormente recogida en el art. 60, al igual que sucede con el siguiente presupuesto.

i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento.

j) Especial relevancia tiene la introducción de la obligación de incluir, cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos, que queda incorporada de forma expresa en el texto por vez primera.

k) Lo mismo sucede respecto a este requisito, también incorporado por vez primera tras la reforma, que exige que, en caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al art. 98.8 o al art. 99.3 TRLGDCU, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el art. 108.3 TRLGDCU.

La información prevista en estos tres últimos apartados puede proporcionarse a través del modelo de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento establecido en el anexo A de este TRLGDCU.

l) Sí quedaba, por el contrario contenido este presupuesto si bien no de modo particular para estos contratos sino en el art. 60, de forma que, cuando con arreglo al art. 103 TRLGDCU no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda.

m) También se incorpora de forma expresa por vez primera la necesidad de hacer un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, contemplado con anterioridad a la reforma en el art. 60, así como,

n) Cuando proceda, la existencia de asistencia postventa al consumidor y usuario, servicios postventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.

o) Como novedad se introduce la obligación de informar sobre la existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso.

A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos.

p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución, ya contemplada de forma genérica en el art. 60 TRLGDCU.

Con relación a la duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato se exige informar, sobre los siguientes extremos:

q) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario.

r) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

Y, reiterando lo ya exigido en el actual art. 60 TRLGDCU, cuando proceda, habrá que informar sobre los siguientes extremos:

s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

t) Cuando proceda, toda interoperatividad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.

u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

Los siguientes párrafos del precepto introducen alguna redundancia, como sucede con el contenido del párrafo 2º, que aplica el apartado 1º a los contratos para el suministro de agua, gas y electricidad, cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en soporte material junto a otras nuevas exigencias, como la contenida en el párrafo 3, que dispone que en las subastas públicas la información del apartado 1 b), c) y d) podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador.

Esta detallada información formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará hasta que las partes dispongan expresamente lo contrario.

El incumplimiento por parte del empresario de los deberes de información relativos a gastos adicionales u otros costes mencionados en el apartado 1. e), o sobre los costes de devolución que establece el apartado 1. j) determina que el consumidor y usuario no deberá abonar dichos gastos o costes.

Estos requisitos de información son adicionales a los requisitos que figuran en la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En el caso de que una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

B) El derecho de información en las condiciones generales de la contratación.

El control en los contratos que utilizan condiciones generales en la contratación ha sido también objeto de una más minuciosa información con la modificación del párrafo b) del apartado 1 del art. 80, que queda redactado en los siguientes términos:

“b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.”

En este caso, la información sobre las cláusulas del contrato redactadas mediante condiciones generales han querido asegurar que el tamaño, forma... no constituyan obstáculos que impidan al consumidor saber a qué se compromete de acceder a perfeccionar el contrato y a las consecuencias que derivan de su consentimiento.

A tal efecto, dicha accesibilidad y legibilidad impiden que el tamaño de la letra no sea inferior al milímetro y medio, tamaño ya tomado como criterio de referencia en disposiciones anteriores o que haya insuficiente contraste que impida su lectura con la suficiente claridad.

De otra parte, el tenor del anterior art. 80, referido en su párrafo 2º a la contratación telefónica o electrónica, queda suprimido.

Igualmente se modifica el art. 81, que incorpora el contenido de su primer párrafo en el tercero, estableciendo en el primero de ellos, la obligación a las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud

de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley.

Se establece con ello, en primer lugar un plazo de un mes, a contar desde la solicitud de carácter obligatorio para las empresas que celebren contratos con los consumidores.

El segundo párrafo permanece inalterable, y en el tercer apartado, se incorpora el contenido de lo que anteriormente fuera el párrafo primero.

4. Requisitos formales en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil. Consideraciones generales

La exigencia de informar adecuadamente ha sido la causa de que se potencie la forma en la información tanto en los aspectos relacionados con el contenido del contrato como en las declaraciones previas a la contratación, que pasan a formar parte de aquél.

A diferencia sin embargo del concepto tradicional de forma, la finalidad primordial que cumple en este ámbito es la de ser el principal instrumento del que se sirve el legislador para asegurar una debida información al consumidor.

Se sigue con ello una tradición en el ámbito del derecho de consumo en el que las formalidades se establecen referidas básicamente al contenido de información que, como mínimo, debe contener el contrato y no, por el contrario, a la forma pública del mismo.

De ahí, que, en muchas ocasiones, la sanción quede vinculada a la falta de dichos requisitos de información y que cuando se exige que el contrato conste por escrito, lo fundamental sea que quede constancia documental de los derechos y obligaciones que conforman el contenido contractual.

Pero además, como consecuencia de los avances técnicos, se aprecia un proceso de evolución dirigido a equiparar la forma escrita, contenida en un documento en papel, con el almacenamiento de información en cualquier soporte que permita su reproducción posterior por parte del consumidor.

En concordancia con ello, el comerciante deberá facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del contrato en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento, cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que pierde su derecho de desistimiento.

A) Requisitos formales de los contratos celebrados a distancia.

El nuevo art. 98 viene a unificar el contenido de los requisitos formales, que quedaban referidos en los arts. 98 y 100 respecto a los contratos a distancia, sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

En concreto, establece la obligación para el empresario de facilitar al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el art. 97.1 o ponerla a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y respetando, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

Se exige además que siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deba ser legible junto con los presupuestos que se señalan a continuación.

Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos implica obligaciones de pago para el consumidor y usuario, el empresario pondrá en conocimiento de éste de una manera clara y destacada, y justo antes de que efectúe el pedido, la información establecida en el art. 97.1.a), e), p) y q).

El empresario deberá velar para que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago.

Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización

del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido.

Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución. Además de lo expuesto, si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma.

Si es el empresario el que se pone en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. Este sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.

El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio.

Tal confirmación incluirá:

- a) Toda la información que figura en el art. 97.1 TRLGDCU, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y
- b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el art. 103.m) TRLGDCU.

En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para

la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el art. 104 TRLGDCU, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido.

B) Requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.

Son muy similares a los descritos en el apartado anterior, pero adaptados a esta modalidad contractual.

El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la información exigida en el art. 97.1 TRLGDCU en papel o, si éste está de acuerdo, en otro soporte duradero.

Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles. También deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si éste está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el art. 103.m) TRLGDCU.

En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el art. 104 TRLGDCU, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

5. Consecuencias del incumplimiento.

El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o de excepción, correspondiéndole al empresario la carga de la prueba del cumplimiento.

En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

IV. REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO.

1. Rasgos básicos.

Así como la formalización de la información pretende que el consumidor conozca y valore los elementos fundamentales del contrato a la hora de suscribirlo, el reconocimiento de la facultad de ejercitar el derecho de desistimiento permite suprimir cualquier duda que induzca a presumir que se han dado circunstancias que han conducido al consumidor a contratar con precipitación o que hayan impedido advertirle acerca de la vinculación que va a asumir.

Al igual que hacía el TRLGDCU de 2007, el derecho de desistimiento requiere una doble revisión, que resulta obligada por la sistematización de dicho texto, que ha reglado, de una parte, lo que impropiaamente podría denominarse “régimen general del derecho de desistimiento”, en el que se regula de modo genérico las particularidades de este derecho y, de otra, la ordenación que de manera específica afecta a dicha facultad en los contratos a distancia, por un lado y a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, de otro.

Las reformas introducidas sobre este derecho operan fundamentalmente sobre el plazo de duración de ejercicio del derecho, así como sobre los efectos que se producen cuando el comerciante haya incumplido su obligación de informar y de entregar el documento de desistimiento; al mismo tiempo que, siguiendo las pautas trazadas por la Directiva 2011/83/UE, implican una regulación más amplia y unificada del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento, a los que también amplía el plazo para su ejercicio a catorce días naturales para ambas modalidades, requisito, que, en un país diseñado dentro de un marco autonómico, tiene su relevancia a efectos de unificación de criterios temporales.

Además, en caso de que el empresario no facilite al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial.

Quedan igualmente reguladas las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento, así como los efectos del mismo respecto a los contratos complementarios.

Y, también como novedad, el TRLGDCU contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor la opción de cumplimentar el formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá proporcionar sin demora

indebida un acuse de recibo, como puede ser, por ejemplo, mediante correo electrónico.

2. El derecho de desistimiento en el capítulo II TRLGDCU.

Los arts. 68 a 79 TRLGDCU siguen regulando lo que podría considerarse el régimen general de ejercicio del desistimiento, que, con relación a la redacción anterior, ve adicionado un nuevo art. 76, el bis, relativo a los “efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios” y modificada la redacción del art. 77, referente al “desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario”.

Dicho régimen continuará siendo supletorio, en defecto de las previsiones legales o convencionales al respecto.

Con relación al establecimiento del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, se modifica el anterior art. 71, en los siguientes términos:

1. El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento.
2. Siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación establecido en el art. 69.1 TRLGDCU, el plazo a que se refiere el apartado anterior se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios.
3. Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios.

Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.

4. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

Se establece por tanto una nueva regulación del derecho de desistimiento, que, en concordancia con los plazos contemplados en la Directiva

2011/83/UE y en la mayor parte de los países de la UE, ha ampliado el plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento, que empezarán a contarse desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios; al mismo tiempo que establece como sanción para el empresario que no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposición de un plazo de ejercicio que finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios.

Por otra parte, la ley contempla la posibilidad de que la empresa ofrezca a la persona consumidora la opción de cumplimentar el formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico.

En el caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento se reduce el plazo al empresario de devolución de las cantidades entregadas anteriormente por el consumidor.

En este sentido, el anterior art. 76 ha quedado modificado estableciendo que dichas cantidades deberán efectuarse sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor y usuario.

Para el caso de que el desistimiento se realice en los contratos complementarios, o de otros celebrados a distancia o fuera del establecimiento, el nuevo art. 76 bis, establece sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que el ejercicio por parte del consumidor y usuario de su derecho de desistimiento tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno para el consumidor y usuario de todo contrato complementario, excepto en aquellos casos en que sean complementarios de contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento en los que, sin perjuicio de su extinción automática, el consumidor y usuario deba asumir los costes previstos en los art.s 107.2 y 108 de esta norma.

Una vez ejercitado el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor y usuario haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal.

En el supuesto de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

En dicho caso, corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo y el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

Si al consumidor y usuario le fuera imposible devolver la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción u otra causa que le sea imputable, responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.

Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.

A) Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario.

Los efectos anteriormente previstos en los casos en que se ejercite el derecho de desistimiento en un contrato que se encuentre vinculado a financiación al consumidor, se hacen extensibles en la nueva redacción del art. 77 TRLGDCU cuando se trate de contratos a distancia y de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario.

3. El derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera del establecimiento mercantil del empresario.

Como consecuencia directa de la necesidad de armonización con la Directiva 2011/83/UE, el nuevo TRLGDC unifica la reglamentación del derecho de desistimiento para los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, en el Capítulo III del nuevo Título III, en los nuevos arts. 101 a 108 TRLGDCU.

Esta fusión es trascendente, no sólo para el consumidor, sino igualmente para los comerciantes, ya que se ha demostrado que la existencia de distintos

regímenes les genera importantes costes de cumplimiento e inseguridad jurídica.

Como novedades, cabe reseñar la ampliación del plazo para ejercitar el derecho de desistimiento, que amplía de los siete días hábiles actuales a catorce días naturales, así como la inclusión de una penalización al empresario que no informe previamente al consumidor de que puede ejercer este derecho, consistente en la ampliación automática del plazo para poder desistir a doce meses.

El capítulo III incorpora sin embargo mayores excepciones que las existentes en el texto anterior.

En concreto, el art. 103 las amplía, con relación a la redacción anterior, añadiendo las siguientes excepciones cuando se trate de:

- a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento.
- d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
- e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.
- f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes.
- g) El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar.
- h) Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

k) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.

l) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos.

m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.

A) Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento.

El consumidor y usuario deberá comunicar al empresario su decisión de desistir del contrato antes de que venza el plazo para ejercitarlo. Para ello, podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B del TRLGDCU o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.

En todo caso, la observancia del plazo para desistir tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

La carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor y usuario.

El ejercicio del derecho de desistimiento extingue las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta.

En contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera realizando previamente a la contratación del servicio, salvo que expresamente se indique lo contrario, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio, volviendo a ser suministrado por su suministrador anterior. Por el contrario, si previamente a la contratación del servicio no se estuviera realizando el suministro, la solicitud de desistimiento supondrá la baja del servicio.

B) Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento.

El empresario deberá reembolsar los pagos recibidos del consumidor por el mismo medio de pago empleado en la contratación y en un plazo máximo de catorce días desde la notificación del desistimiento, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas.

En caso de retraso injustificado por parte del empresario de la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en los que excedan de dicha cantidad.

Sin embargo, en caso de que el consumidor y usuario haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

Salvo en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero.

C) Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento.

El consumidor y usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo.

El consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento, pero, en ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento.

Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.

El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato, pero, en caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

En todo caso, el consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:

a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

1º. El empresario no haya facilitado información con arreglo al art. 97.1.i) o k); o bien

2º. El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al art. 98.8 y al art. 99.3; o bien

b) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

1º. El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales.

2º. El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien

3º. El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al art. 98.7 o al art. 99.2 TRLGDCU.

V. CONCLUSIONES.

Esta Ley que, entró en vigor el 29 de marzo de 2014, salvo para los contratos con consumidores, cuya aplicación se postergó al pasado 13 de junio, ha introducido una serie de modificaciones, que, si bien, en su mayor parte responden a la necesidad de armonizar su articulado con la Directiva

2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, ha sido una reforma, que, en líneas generales, puede calificarse de positiva.

Y, lo es, en cuanto el concepto de consumidor ha quedado clarificado y armonizado en su contraposición a quién se entiende por empresario a efectos de aplicación de esta Ley, al mismo tiempo que ha contribuido a desechar supuestos que con la anterior Ley y, más con la LGDCU, propiciaban dudas cuando se trataba de evaluar dicha condición por la realización de actos mixtos, caracterizados por no estar directamente vinculados con la realización de una actividad comercial o profesional o por estar destinados a la satisfacción de ambas necesidades.

Se evita sin embargo cualquier mención sobre el tipo de consumidor: medio, vulnerable... Dicha referencia es especialmente relevante respecto al nivel de protección exigible puesto que, en este sentido, la información se objetiviza, de forma que, a efectos probatorios, sólo habrá que considerar si el comerciante aportó con el producto o dio con el servicio que suministró todos los datos requeridos previamente.

En ello incidía además la Directiva 2011/83/UE en su considerando 34, apuntando la necesidad de tomar en consideración las circunstancias especiales de los consumidores particularmente vulnerables por enfermedades mentales, físicas o psicológicas, edad..., de forma que el comerciante pueda razonablemente prever, corroborada por el Reglamento (UE) 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión nº 1926/2006/CE.

Igualmente, es loable reforzar la protección del consumidor atendiendo a los factores previos que pueden condicionar su predisposición a contratar o no, insistiendo sobre el contenido de la información que puede supeditar el consentimiento del consumidor a la hora de celebrar el contrato.

A este respecto, es redundante, sin embargo, como también sucede con el derecho de desistimiento, que quede contemplado, de una parte, en el art. 60, y posteriormente con carácter específico en el art. 97, reproduciendo gran parte del contenido de este precepto.

Lo mismo cabe valorar respecto al derecho de desistimiento, que establece una suerte de categoría general, para pasar posteriormente a regularlo para las ventas a distancia y fuera del establecimiento mercantil cuando en pocos contratos más está reconocida la facultad de ejercitar este derecho, y los que lo hacen, lo disponen de forma específica en sus reglamentaciones sectoriales, como sucede por ejemplo con los contratos de aprovechamiento por turno compartido.

Por último, cabe destacar que aunque la modificación del TRLGDCU en cuanto norma de implementación de la Directiva 2011/83/UE ha supuesto un paso hacia adelante en la protección del consumidor, fundamentalmente en los aspectos referidos al derecho de información con carácter previo a la celebración del contrato, así como en la regulación del derecho de desistimiento, siguen siendo muchas las Leyes que quedan por incorporar a este texto, como sucede con la regulación de la Ley de crédito al consumo o la de aprovechamiento por turno compartido, ya citada, cuya inclusión debería valorarse en un futuro de cara a la elaboración de un completo Código de Consumo.

LA TUTELA AMMINISTRATIVA AVVERSO LE CLAUSOLE
VESSATORIE IN ITALIA

THE ITALIAN ADMINISTRATIVE PROTECTION AGAINST
UNFAIR CONTRACT TERMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 293-326.

Fecha entrega: 01/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARCO ANGELONE
Ricercatore confermato di Diritto privato
Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara
marco.angelone@unich.it

RESUMEN: Il decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni in l. n. 27 del 2012) ha introdotto nel Codice del consumo l’art. 37 bis, che affida all’Autorità garante della concorrenza e del mercato la “Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie” inserite dai professionisti all’interno delle condizioni generali di contratto ovvero di moduli, modelli o formulari. La novella – nel potenziare le competenze dell’Agcm in funzione “proconsumeristica” – amplia la gamma dei rimedi (civiltistici) a disposizione dei consumatori per contrastare la diffusione di discipline contrattuali lesive dei loro interessi, infrangendo altresì il finora imperante “monopolio” della giurisdizione. L’Autore analizza, anche alla luce del regolamento attuativo, le fasi che scandiscono il procedimento di controllo, illustrandone gli aspetti salienti ed i principali limiti che ne frenano le potenzialità.

PALABRAS CLAVE: Consumatore (tutela del); professionista; clausole vessatorie; Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm); tutela amministrativa; sindacato giurisdizionale.

ABSTRACT: The decree-law about “liberalizations” (n. 1/2012, converted with amendments into law n. 27/2012) introduced into the Consumer Code the article 37 bis, which assigns to the Italian Competition Authority the administrative protection against unfair terms in consumer contracts. The new rule – in increasing the powers of the AGCM – expands the range of remedies available to consumers to prevent the spread of contractual disciplines harmful to their interests, also breaking the previous “monopoly” of jurisdiction. The Author analyses, also in the light of the implementing rules, the steps that mark the control procedure, illustrating its main characteristics and the main limitations that reduce its potentialities.

KEY WORDS: Consumer protection; trader; unfair contract terms; Italian Competition Authority; administrative protection; judicial protection.

SUMARIO: I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE AVVERSO LE CLAUSOLE VESSATORIE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE: IL NUOVO ART. 37 BIS C. CONS. – II. I PRECEDENTI TENTATIVI DI INTRODURRE RIMEDI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO. – III. IL PROCEDIMENTO “ORDINARIO”. L’ÀMBITO OGGETTIVO DEL CONTROLLO. – IV. AVVIO DEL PROCEDIMENTO, “PRE-ISTRUTTORIA” E IPOTESI DI CHIUSURA ANTICIPATA DELLA SEQUENZA PROCEDIMENTALE. – V. LA FASE ISTRUTTORIA. – VI. LA CONSULTAZIONE OBBLIGATORIA DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E DELLE CAMERE DI COMMERCIO (O DELLE LORO UNIONI). LA CONSULTAZIONE FACOLTATIVA DELLE ALTRE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE O VIGILANZA. – VII. LA PORTATA PERSUASIVA DEL PROVVEDIMENTO CHE ACCERTA LA VESSATORietà DELLE CLAUSOLE UTILIZZATE DAL PROFESSIONISTA. I DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. – VIII. PROCEDIMENTO DI INTERPELLO E POSSIBILI ESITI DEL SINDACATO CONDOTTO DALL’AGCM. – IX. RILIEVI CONCLUSIVI E DE IURE CONDENDO.

I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE AVVERSO LE CLAUSOLE VESSATORIE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE: IL NUOVO ART. 37 BIS C. CONS.

Il Codice del consumo – a fronte degli interventi “sottrattivi” che a cavallo tra il 2010 ed il 2011 hanno stralciato dapprima la disciplina relativa al “credito ai consumatori”¹ e poi quella relativa alla “vendita di pacchetti turistici”² – si è arricchito di nuove importanti disposizioni, tra le quali

¹ Il d.lg. 13 agosto 2010, n. 141, ha abrogato gli artt. 40, 41 e 42 c. cons., risparmiando il solo art. 43 c. cons. che rinvia ai capi II e III del titolo VI del “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” (d.lg. 1 settembre 1993, n. 385), quale nuova *sedes materiae*. Tale scelta, sebbene risponda all’esigenza di ripristinare l’unitarietà della disciplina del credito ai consumatori, non è stata apprezzata da parte della dottrina dal momento che la collocazione all’interno del t.u.b. “si pone [...] in palese contraddizione con la decisione stessa di creare un “codice” del consumo, che per essere autenticamente tale dovrebbe a rigore essere completo e contenere pertanto (almeno) tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento il cui ambito di applicazione, sotto il profilo soggettivo, sia circoscritto a (categorie piú o meno ampie di) contratti conclusi da “consumatori” con “professionisti”” [cosí DE CRISTOFARO, G.: “La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario”, *Contratti* (2010), p. 1049].

² Gli artt. 82-100 c. cons. sono stati abrogati dal d.lg. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. “Codice del turismo”) che attualmente ospita – pressoché invariata sul piano testuale – la normativa in tema di “Contratti del turismo organizzato” (artt. 32-51), in tal modo compromettendo con una “grave ed evidente amputazione” l’unitarietà dell’impianto del codice del consumo [CUFFARO, V.: “Un codice “consumato” (codice del consumo, credito ai consumatori, e codice del turismo)”, *Corr. giur.* (2011), p. 1193].

assume un rilievo preminente l'art. 37 bis c. cons., rubricato "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie"³.

La novella⁴ affida alle cure dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) il delicato compito di promuovere la correttezza contrattuale⁵, accertando la vessatorietà delle clausole apposte nei contratti (c.dd. "di massa" o "standardizzati"⁶) stipulati tra professionisti e consumatori mediante adesione a condizioni generali di contratto ovvero con sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

In chiave sistematica, la norma si colloca quale séguito ed evoluzione delle politiche di potenziamento che hanno interessato le prerogative dell'Autorità antitrust⁷ soprattutto in campo consumeristico⁸, nell'intento di innalzare la

³ L'inserimento della citata previsione nel *corpus* codicistico è avvenuto in forza dell'art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (c.d. decreto "Cresci Italia").

⁴ Cfr., sin da ora, BATTELLI, E.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", in AA.VV. (a cura di), *Consumerism 2012. Quinto rapporto annuale. Università degli Studi di Roma Tre (Facoltà di Economia) – Consumers' Forum*. Roma (2012), p. 59 ss.; BARENGHI, A.: "Sub art. 37 bis", in CUFFARO, V. (a cura di), *Codice del consumo*. Milano (3^a ed., 2012), p. 286 ss.; MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*. Torino (rist. agg., 2012), p. 183 ss.; DONNARUMMA, M.: "I contratti con il consumatore", in FAVA, P. (a cura di), *Il contratto*. Milano (2012), p. 275 ss.; FRANCHI, V.: "Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive", *ivi*, p. 887 s.; TRIPODI, E.M.: "Tutela dei consumatori", in ID. e TROMBINO, D. (a cura di), *La nuova disciplina delle attività economiche*. Rimini (2012), p. 350 ss.; QUERCI, A.: "Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie", *Contr. impr.* (2013), p. 446 ss.; BONACCORSI DI PATTI, D.: "Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", *Dir. fisc. ass.* (2013), I, p. 35 ss.; nonché la circ. Assonime, 2 aprile 2012, n. 9, "Tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori".

⁵ Ormai assurta ad autonomo bene giuridico. Infatti, come annota PALAZZO, A.: "Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni", *Dir. proc.* (2012), p. 235, "L'interesse comune alla correttezza contrattuale si presenta così in primo piano nel sistema normativo perché mentre la tutela civile del consumatore mira a salvaguardare *in primis* l'interesse privato e solo secondariamente l'interesse economico (vedi, ed es., il ricorso alle *class actions*), l'intervento diretto dell'A.G.C.M. significa considerare la vessatorietà delle clausole un disvalore di rilievo primario in ordine alla tutela del bene comune costituito dalla correttezza dei comportamenti economici, senza, peraltro, chiamare in causa l'applicazione del diritto *antitrust*".

⁶ Per approfondimenti sul fenomeno della contrattazione standardizzata, ROPPO, E.: *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano (1975), *passim*.

⁷ DI CATALDO, V.: "Pratiche commerciali scorrette e sistemi di *enforcement*", *Giur. comm.* (2011), I, p. 805 s.; CATRICALÀ, A.: "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato",

in CIRILLO, G.P. e CHIEPPA, R. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*. Padova (2010), pp. 309 ss. e 315 s.; BRUZZONE, G. e SAIJA, A.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, in D’ALBERTI, M. e PAJNO, A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*. Bologna (2010), p. 278 ss.

⁸ In questo clima occorre, altresì, segnalare l’introduzione – ad opera dell’art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2011, n. 214 (“Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici”) – c.d. “decreto “salva Italia””) – dell’art. 21 *bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, destinato a ricucire una “smagliatura” che ha sempre segnato il complesso dei poteri dell’*Antitrust*, il quale contemplava “strumenti molto deboli per i casi in cui la lesione della concorrenza [fosse] deriva[ta] da norme di leggi, regolamenti o altri atti delle pubbliche amministrazioni” (CLARICH, M.: “I nuovi poteri affidati all’*antitrust*”, *Quad. cost.* (2012), p. 116). La richiamata disposizione legittima, infatti, l’Agcm – “che diviene così una sorta di “pubblico ministero della concorrenza”” (ID., *o.c.*, p. 117; *contra*, SANDULLI, M.A.: “Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’Agcm nell’art. 21 *bis* l. n. 287 del 1990”, *www.federalismi.it*, p. 12) – ad impugnare dinanzi al g.a. gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica (compresi, quindi, quelli delle – altre – *authorities*) che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato [tuttavia, sulle ambiguità interpretative connesse a siffatta formulazione legislativa, cfr. DI BENEDETTO, M.: “Le liberalizzazioni e i poteri dell’Agcm”, *Gior. dir. amm.* (2012), p. 241]. Come ha spiegato la giurisprudenza amministrativa, il nuovo potere di azione rivela la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. “*competition advocacy*”) dell’Autorità garante (in parte già attribuita *ab origine* dai “contigui” artt. 21 e 22, l. n. 287, cit.), conferendo a tale funzione (in passato, mera espressione di un’opinione dell’Autorità, ancorché suscettibile di effetti di *moral suasion*, sull’esistenza di “situazioni distorsive” della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o da provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale (TAR Lazio, Roma, 15 marzo 2013, n. 2720 e TAR Lazio, Roma, 6 maggio 2013, n. 4451, entrambe in *Foro amm. T.A.R.* (2013), p. 1587 ss., con nota di CAPPALÀ, M.: “Il problema della legittimazione a ricorrere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa”). Dal canto suo, anche la Consulta (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, *Dir. proc. amm.* (2013), p. 465 ss., con nota di GOISIS, F.: “Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato *ex art. 21-bis* l. n. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali”) ha avuto modo di delimitare il perimetro applicativo dell’art. 21 *bis*, cit., dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità promossa in via principale dalla Regione Veneto, dacché la norma (ed il relativo potere di impugnazione dell’*Antitrust*) non lede né interferisce con le competenze regionali costituzionalmente riconosciute (come peraltro sostenuto in precedenza dalla dottrina togata: GIOVAGNOLI, R.: “Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-*bis* legge n. 287/1990”, *www.giustizia-amministrativa.it*, § 2). Restano, infine, da considerare le potenziali interferenze o quanto meno i problemi di coordinamento cui il rimedio in parola potrebbe dar luogo là dove siano le Regioni – come spesso accade nella pratica – a porre in atto direttamente *ex lege* iniziative anticoncorrenziali (indicando divieti, limiti, contingentamenti, sospensioni di autorizzazioni alle attività economiche, *etc.*), dovendosi in questo caso investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità [PICOZZA, E. e CAPPELLO, L.: “Diritto processuale dell’economia”, in PICOZZA, E. e RICCIUTO, V. (a cura di), *Diritto dell’economia*. Torino (2013), p. 401].

soglia di protezione del consumatore⁹ (rectius, del “contraente debole” tout court¹⁰, come oggi dovrebbe più correttamente qualificarsi specie a séguito del riconoscimento della nozione di “microimpresa”¹¹) dinanzi ai comportamenti illegittimi dei professionisti e alle storture del mercato¹².

⁹ MINERVINI, V.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati”, *Riv. dir. comm.* (2010), p. 1141 ss.

¹⁰ Da intendere, in termini onnicomprensivi (pur senza giungere a controproducenti generalizzazioni), quale soggetto che – a prescindere dalla qualità che riveste (consumatore, cliente, utente, acquirente, conduttore, lavoratore, imprenditore, professionista, etc.) – sconta una asimmetria di potere contrattuale rispetto ad uno c.d. “forte”. In questo senso, PERLINGIERI, P.: “La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Napoli (2003), p. 319; CALVO, R.: “Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione”, *Contr. impr./Eur.* (2003), pp. 715 ss., ma spec. 732 ss.; BUSNELLI, F.D.: “Spigolature in tema di diritto europeo dei contratti d’impresa”, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*. Napoli (2008), I, p. 153 s.; VITERBO, F.G.: “La tutela del contraente debole”, in CASUCCI, F. (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione Europea. Temi e questioni*. Napoli (2007), p. 257 ss.; MARINELLI, I.: “La tutela del contraente debole: rimedi contrattuali”, *ivi*, p. 290 s.; ROMEO, F.: “Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole”, *Obbl. contr.* (2012), p. 446.

¹¹ Il richiamato decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012) ha reso applicabile le norme in tema di pratiche commerciali scorrette nonché di pubblicità ingannevole e comparativa illecita alle c.dd. “microimprese” [VALENTINO, D.: “*Timeo danaos et dona ferentes*. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette”, *Riv. dir. civ.* (2013), I, p. 1168 s.], ossia alle “entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un’attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 3, dell’allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003” (art. 18, comma 1, lett. *d*-bis, c. cons.), di fatto equiparandole, *ratione materiae*, al “consumatore” persona fisica (DONNARUMMA, M.: “I contratti con il consumatore”, cit., p. 290) sulla scorta una tendenza dell’ordinamento interno diffusa anche in altri settori [ad esempio, nell’ambito dei servizi di pagamento: BENEDETTI, A.M.: “Contratto asimmetrico”, *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), pp. 382 s. e 385 s.; o della subfornitura, in relazione alla quale è da tempo attivo in seno all’Agcm un sistema amministrativo di controllo e contrasto delle fattispecie di abuso di dipendenza economica ex art. 9, comma 3 *bis*, l. n. 192 del 1998: BRUZZONE, G. e SAIJA, A.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, cit., p. 281 s.]. A séguito di tale innovazione, sembra, infatti, ottenere un ulteriore riconoscimento normativo la figura dell’“imprenditore/impresa debole” la quale incrina l’angusta nozione generale di consumatore (o utente) che ancora oggi (art. 3, comma 1, lett. *a*, c. cons.) – nonostante le critiche [per un’attenta ricostruzione del dibattito, cfr. CAPOBIANCO, E.: “*Sub art. 3*”, in ID. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Napoli (2009), p. 17 s., e le indicazioni bibliografiche ivi riportate] – estromette le persone giuridiche sulla scorta dell’indimostrato assunto “che gli enti diversi dalla persona fisica sarebbero dotati di maggior forza contrattuale, e perciò più attenti alla contrattazione” [KIRSCHEN, S.: “Art. 3”, in ALPA, G. e ROSSI CARLEO, L. (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*. Napoli (2005), p. 60]. Questa lettura, ancorata alla tradizione ed al dato testuale, è stata in passato confermata anche dalla Corte di Giustizia UE (Corte giust., 22

Sebbene, dunque, la nuova previsione si armonizzi appieno con il trend invalso negli ultimi anni – che aveva già condotto all’istituzione, presso la stessa Agcm, di un analogo procedimento amministrativo di controllo in materia di “pratiche commerciali scorrette” (art. 27 c. cons.)¹³ e, ancor prima, di pubblicità ingannevole (art. 7, d.lg. n. 74 del 1992) –, la carica dirompente dell’art. 37 bis c. cons. non può in ogni caso essere messa in discussione, avendo mandato in frantumi l’imperante “monopolio” della giurisdizione.

novembre 2001, c. 541/99 e c. 542/99, Soc. Cape c. Soc. Idealservice, *Resp. civ. prev.* (2002), p. 56 ss., con nota di SANNA, P.: “La controversa nozione di consumatore *ex art. 1469-bis c.c.* tra esegesi ed ermeneutica”; *Dir. com.* (2002), p. 67 ss., con nota di GRAZIUSO, E.: “Un’ulteriore pronuncia della Corte di giustizia sulla nozione di consumatore”, dalla Consulta [Corte cost., ord., 22 novembre 2002, n. 469, *Nuova giur. civ. comm.* (2003), I, p. 174 ss., con nota di BONOFILIO, P.: “L’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 1469 *bis* cod. civ.”; *Foro it.* (2003), I, c. 332 ss., con note di PALMIERI, A.: “Consumatori, clausole abusive e imperative di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale”; e di PLAIA, A.: “Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità”] nonché dalla Corte di Cassazione [Cass., 5 giugno 2007, n. 13083, *Obbl. contr.* (2008), p. 27 ss., con nota di SCARSO, A.P.: “Ancóra sulla nozione (generale) di consumatore”; *Contratti* (2008), p. 254 ss., con nota di GUARINO jr, A.: “Consumatore e professionista: definizioni e disciplina”].

¹² È acquisito il forte legame intercorrente tra la tutela del cliente-utente-consumatore ed il corretto funzionamento dei mercati [ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*. Bologna (2012), p. 119 s.; LIVI, M.A. e MACARIO, F.: “I soggetti. Profili generali”, in LIPARI, N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti. I soggetti*. Padova (2^a ed., 2003), p. 139; BENEDETTI, G.: “Tutela del consumatore e autonomia contrattuale”, *Riv. trim.* (1998), p. 22 ss.; in particolare, rintracciano la *ratio* dell’armonizzazione delle normative in materia di clausole vessatorie nell’esigenza di favorire le dinamiche del mercato concorrenziale poste alla base dell’integrazione europea, GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore. Principi e regole*. Torino (2011), pp. 30, ma spec. 100 s.; RIZZO, V.: *Le “clausole abusive” nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*. Napoli (1994), p. 27 ss.] e, di conseguenza, la stretta complementarietà tra le politiche consumeristiche e quelle *antitrust*. Tuttavia le une e le altre, secondo BRUZZONE, G. e BOCCACCIO, M.: “Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica”, *www.agcm.it*, p. 15, “non hanno oggi, nel contesto giuridico europeo, un medesimo fine diretto”, mantenendo ciascuna “i propri paradigmi applicativi”, di talché “Il principale rischio per le autorità “plurifunzionali” è quello di adottare un approccio indifferenziato in ambiti che richiederebbero trattamenti diversi” (p. 17).

¹³ CIATTI, A.: “*Sub art. 27*”, in CAPOBIANCO, E. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 97 ss.; ID.: “I mezzi di prevenzione e repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005”, *Contr. impr./Eur.* (2007), p. 82 ss.; ZORZI GALGANO, N.: “Il controllo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori”, *Contr. impr.* (2010), p. 671 ss.; ma, *amplius*, EAD.: *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. pubb. econ.* Galgano, LXII. Padova (2012), p. 122 ss.; CATRICALÀ, A.: “L’Autorità garante”, cit., p. 341 ss.; BASTIANON, S.: “La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali”, *Resp. civ. prev.* (2008), spec. p. 1472 ss.

Lo status quo ante privilegiava, infatti, un sindacato di vessatorietà esclusivamente in sede contenziosa/giudiziale¹⁴, per il tramite di una tutela successiva a carattere individuale ovvero preventiva a carattere collettivo. Com'è noto, sino al recente passato, il sistema consentiva, nel primo caso, a ciascun consumatore di adire uti singulus l'autorità giudiziaria per far accertare – all'esito di un ordinario processo di cognizione – la nullità (“di protezione”) delle clausole fonte di “un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi” nei contratti conclusi con un “professionista” (artt. 33 ss. c. cons., olim artt. 1469 bis ss. c.c.); nel secondo caso, alle associazioni rappresentative dei consumatori¹⁵, dei professionisti e alle Camere di commercio di esperire l'azione inibitoria¹⁶, con la quale convenire in giudizio gli operatori economici professionali (o le loro associazioni) che utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto per chiedere – anche in via cautelare – di vietarne l'uso ove se ne provi l'abusività (art. 37 c. cons., olim art. 1469 sexies c.c.).

Proprio a tal proposito, giova precisare che fra i primi commentatori¹⁷ è pressoché unanime la convinzione del valore “suppletivo” (e non soltanto “integrativo”) dell'art. 37 bis c. cons., intravedendo in questo un'occasione di “riscatto” rispetto al rimedio inibitorio¹⁸, del quale si auspica possa colmare le

¹⁴ Proprio in ragione della mancata istituzione di un controllo amministrativo, CALVI, G.: “Art. 1469-*sexies*”, in CESÀRO, E. (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*. Padova (1ª ed., 1996), p. 683, discorre di disciplina “monca”, la quale – secondo MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*. Napoli (1999), p. 199 – “rappresenta indubbiamente una delusione per l'interprete”.

¹⁵ Per un'ipotesi di inibitoria esperita con successo da un'associazione dei consumatori, cfr., Cass., 18 agosto 2011, n. 17351, *Giur. it.* (2012), p. 1548 ss., con nota di FEBBRAJO, T.: “Contratti “a valle” dell'intesa *antitrust* e riconduzione ad equità del corrispettivo”; *Corr. giur.* (2012), p. 217 ss., con nota di DONZELLI, R.: “La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di cassazione”.

¹⁶ Che, secondo una impostazione ampiamente consolidata, rientra tra le misure di controllo aventi carattere general-preventivo: CAPOBIANCO, E.: “*Sub art. 37*”, in ID. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 208 s.; MINERVINI, E.: “Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo”, *Contr. impr.* (2006), p. 635; PATTI, S.: “Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore”, in GABRIELLI, E. (a cura di), *I contratti in generale*. Torino (2ª ed., 2006), p. 384; TOMMASEO, F.: “Art. 1469-*sexies*”, in ALPA, G. e PATTI, S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger. Milano (2003), p. 1159.

¹⁷ MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore”, *Nuove leggi civ. comm.* (2012), p. 564; PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie”, *Corr. giur.* (2012), p. 48 s.; ROSSI CARLEO, L.: “La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie”, *Obbl. contr.* (2012), p. 492; E. BATELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 61.

¹⁸ Il legislatore aveva già operato un intervento additivo di “sostegno” nell'area delle tutele collettive introducendo la c.d. “azione di classe” (art. 140 *bis* c. cons.). Sulle diverse esigenze e finalità che differenziano quest'ultimo rimedio dall'azione inibitoria, cfr., in particolare, RIZZO, F.: *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*. Napoli (2008), p. 91 ss. Sull'argomento,

carenze manifestate sul terreno applicativo e che ne hanno in qualche modo decretato lo scarso successo¹⁹.

II. PRECEDENTI TENTATIVI DI INTRODURRE RIMEDI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO.

Benché la disciplina in analisi rappresenti un novum nel panorama ordinamentale nazionale, non erano comunque mancati tentativi de iure condendo tesi ad approntare meccanismi di contrasto alle clausole vessatorie aventi natura amministrativa sí da affiancare al controllo “diffuso” da parte della Magistratura un controllo di vessatorietà “accentrato” rimesso ad organi della p.a. D'altronde, la scelta del legislatore interno di rinunciare ad un sistema “misto” ad unico vantaggio della tutela giurisdizionale del consumatore era prevalsa²⁰ al momento del recepimento della direttiva

si vedano, inoltre, senza alcuna pretesa di completezza, lo studio monografico di FEBBRAJO, T.: *L'azione di classe a tutela dei consumatori*. Napoli (2012); i contributi editi in CESÀRO, E. e BOCCHINI, F. (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria (Class Action)*. Milano (2008); e, per alcuni spunti critici specie in chiave di riforma, quello di D'ALFONSO, G.: “L'art. 140 *bis* Codice del Consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?”, *Resp. civ.* (2009), p. 678 ss.

¹⁹ In un arco di piú di tre lustri, l'azione inibitoria non ha prodotto i risultati attesi (BARENGHI, A.: “*Sub art. 37 bis*”, cit., p. 288; BELLELLI, A.: “Azione inibitoria e clausole vessatorie”, *www.consiglionazionaleforense.it*, § 3), rivelandosi un'arma “spuntata”, sulla quale hanno influito molti fattori, fra cui – secondo RUMI, T.: “Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie”, *Contratti* (2012), p. 644 – “la mancata previsione, nell'art. 37 c. cons., di misure coercitive indirette volte a sanzionare, ad esempio con il pagamento di somme di denaro, la violazione del provvedimento giudiziale inibitorio”, il che “ha consentito alle imprese “senza scrupoli” di perseverare nei propri comportamenti abusivi”. Tuttavia, può concorrere ad invertire o ad attenuare la severità di tale bilancio la recente pronuncia Corte giust., 26 aprile 2012, c. 472/10, Nfh c. Invitel, *Eur. dir. priv.* (2012), p. 1271 ss., con nota anepigrafa di BIFERALI, G.; e *Guida dir.* (2012), 21, p. 104 ss., con nota di CASTELLANETA, M.: “Telefonia: una clausola va considerata abusiva se l'operatore cambia i costi senza consenso”, la quale ha sancito l'efficacia *ultra partes* delle sentenze inibitorie collettive, destinata ad estendersi anche ai consumatori che non abbiano preso parte al giudizio: difatti, qualora il carattere abusivo di una clausola facente parte delle condizioni generali di contratto sia stato accertato nell'ambito di detto procedimento, i giudici nazionali debbono, anche per l'avvenire, trarne d'ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto interno affinché tale clausola non vincoli (neppure) i consumatori che abbiano stipulato con il professionista di cui trattasi un contratto al quale si applicano le medesime condizioni generali.

²⁰ Sui diversi scenari venutisi a delineare negli altri Paesi comunitari, cfr. RUMI, T.: “Il controllo amministrativo”, cit., p. 639 ss.; BUSNELLI, F.D.: “Precedenti della legge di attuazione della Direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale”, *Nuove leggi cin. comm.* (1997), p. 753; RIZZO, V.: *Le “clausole abusive”*, cit., *passim*. Per ulteriori ragguagli, inerenti ad esperienze e a modelli di controllo piú risalenti, ROPPO, E.: *Contratti standard*, cit., p. 355 ss.

93/13/CEE²¹ non senza dispute sull'onda dello scetticismo manifestato a livello dottrinario²² nei confronti dell'efficacia di interventi che, non vantando il crisma della giurisdizionalità, non offrivano adeguate garanzie di terzietà e di capillarità del sindacato.

In effetti, nel corso dei lavori parlamentari uno dei progetti²³ aveva ipotizzato l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della "Commissione di controllo delle condizioni generali di contratto" alla quale sarebbe spettato il compito di verificare la vessatorietà delle clausole (art. 1, comma 2), mettendo in atto un controllo amministrativo di tipo "preventivo-consultivo" (a richiesta degli imprenditori) ovvero di tipo "successivo-prescrittivo" (a richiesta dei consumatori e delle associazioni di categoria)²⁴, incentrato l'uno sulle condizioni generali di contratto non ancora utilizzate, l'altro su quelle già utilizzate nel territorio nazionale (art. 5, comma 1 e 3). Tutto ciò era assistito dalla possibilità di pubblicare bimestralmente sulla seconda parte della Gazzetta Ufficiale "le dichiarazioni di vessatorietà delle condizioni generali non eliminate o modificate sostanzialmente" dal predisponente nonostante l'invito formulato e comunicato dalla Commissione (art. 5, comma 4 e 6).

Entrambe le procedure richiamano molto da vicino quelle introdotte dal nuovo art. 37 bis c. cons. e la "somiglianza" diviene ancora più lampante se si recupera l'opinione avanzata al tempo da chi – nel rilevare che "sarebbe stato preferibile affidare la tutela collettiva esclusivamente ad un'autorità amministrativa" – riteneva con grande lungimiranza e spirito pratico inutile

²¹ Invero la direttiva si limitava a richiedere l'adozione di "mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori" (art. 7, comma 1), senza optare a favore di un controllo giudiziario o amministrativo (art. 7, comma 2) [RIZZO, V.: *Le "clausole abusive"*, cit., p. 626; BIANCA, C.M.: "Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie", in ID. e ALPA, G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*. Padova (1996), pp. 359 s. e 365], lasciando così ai singoli Stati membri la libertà di selezionare le procedure più consone al raggiungimento del predetto obiettivo, se del caso anche "più severe, [purché] compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore" (così l'art. 8 e, con identica formulazione, il XII "considerando"). Si veda, inoltre, ORESTANO, A.: "I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note", *Riv. crit. dir. priv.* (1992), p. 502.

²² Le principali voci critiche sono utilmente compendiate da MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 195 s.; e da PATTI, G. e PATTI, S.: *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger. Milano (1993), p. 433 ss.

²³ Consultabile in appendice a ALPA, G.: "Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori", *Contratti* (1994), p. 117 s., e illustrato nelle sue linee fondamentali anche da MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 193, nota 5.

²⁴ ALPA, G.: "Per il recepimento della direttiva", cit., p. 115. Per altri criteri di classificazione delle forme di controllo amministrativo, cfr. ROPPO, E.: *Contratti standard*, cit., p. 366 ss.

costituire un'authority ad hoc (come, appunto, avrebbe dovuto essere la menzionata Commissione di controllo), ma piú opportuno sceglierne una “già esistente e (ben) funzionante, quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato”²⁵.

Sulla scia della proposta appena descritta, era stato altresí approvato un emendamento (poi espunto) che rimetteva in modo esclusivo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIA) il potere di accertare preventivamente, “di ufficio ovvero ad istanza del predisponente o di una associazioni di consumatori o di professionisti, la vessatorietà delle clausole contenute in condizioni generali di contratto predisposte da imprese che abbiano nella circoscrizione di competenza la sede legale”²⁶. Nonostante anche questa soluzione sia naufragata, le Camere di commercio si erano comunque già guadagnate un ruolo nella difesa del mercato²⁷ e del contraente debole²⁸ in occasione dell'emanazione della legge di riordino del 1993 (l. 29 dicembre 1993, n. 580)²⁹, la quale le legittimava ad adoperarsi sia prima della stipula del contratto con la predisposizione di “contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti”, sia dopo promuovendo “forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti” (art. 2, comma 2, lett. h ed i, l. n. 580, cit.)³⁰. Soprattutto quest'ultima attribuzione – che, in assenza di un'accurata

²⁵ MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 196 (ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici). Nello stesso senso, ROPPO, V. e NAPOLITANO, G.: “*Clausole abusive*”, *Enc. giur.* Treccani, Agg., VI. Roma (1994), p. 12. In precedenza, aveva suggerito di impostare il controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto ricalcando il modello istituzionale statunitense delle “*administrative agencies*”, BESSONE, M.: “Le condizioni generali dei contratti di impresa e i *consumer interests*. Dall'intervento del giudice al controllo amministrativo”, *Giust. civ.* (1987), II, p. 410.

²⁶ Il testo dell'articolo – reperibile nella sua versione integrale in appendice al contributo di PARDOLESI, R.: “Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata”, *Riv. crit. dir. priv.* (1995), p. 548 – proseguiva aggiungendo che “Le camere di commercio provvedono a dare comunicazione alle autorità competenti dei fatti emersi nel corso dell'accertamento che siano rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri loro attribuiti”. Cfr., altresí, MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 197 s.

²⁷ LONGHI, D.: “Le Camere di Commercio quali *authority* fra consumo e produzione”, in AA.VV. (a cura di), *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*. Verona (1996), p. 27 ss.

²⁸ GRAZIUSO, E.: “La tutela dei consumatori contro le clausole abusive. Mezzi rituali ed irrituali”, Milano (2002), p. 100 ss.

²⁹ Tanto che, ad avviso di NAPOLI, E.V.: “Legittimazione delle Camere di commercio all'azione inibitoria dell'uso delle condizioni generali di contratto”, *Nuove leggi civ. comm.* (1997), p. 1278 ss., siffatto provvedimento legislativo avrebbe dato attuazione indiretta al citato art. 7 della direttiva 93/13/CEE mettendo a punto un controllo amministrativo sui contratti *standard*.

³⁰ Sul punto, cfr., *amplius*, BATTELLI, E.: “Il controllo “amministrativo” delle clausole inique e la predisposizione di contratti-tipo”, in ID. (a cura di), *I contratti-tipo e i pareri sulle clausole inique delle Camere di Commercio*, I, *Settori commercio e turismo*. Roma (2010), spec. pp. 30 ss. e

definizione legislativa, aveva lasciato agli enti camerali ampia libertà organizzativa³¹ – trova oggi una più precisa fisionomia essendo stata, come si dirà tra breve³², espressamente coordinata con il potere concesso alle Camere di commercio di dare impulso al procedimento ex art. 37 bis c. cons. (e che, a sua volta, va ad affiancarsi a quello previgente di promuovere azioni inibitorie ex art. 37 c. cons.³³).

In definitiva, per anni, è mancato in ordine alle clausole vessatorie uno scrutinio “generale”, “accentrato” e “diretto” da parte di un’ autorità amministrativa, essendo per contro esistite – per lo più disseminate tra le principali authorities di settore sulla base delle rispettive sfere di competenza³⁴ – soltanto forme per così dire “diffuse” e “settoriali” di vigilanza (di norma attuate ex post) sulle condizioni contrattuali e sulle modalità di negoziazione di specifici contratti afferenti ad altrettanto specifici

34 ss.; ID.: “I contratti-tipo delle Camere di commercio”, in ID. (a cura di), *I contratti-tipo delle Camere di commercio*. Milano (2012), p. 50 ss.; nonché GRAZIUSO, E.: “La tutela dei consumatori”, cit., p. 112 ss.; ANTONINI, S.: “Le Camere di commercio, il controllo delle clausole “vessatorie” e le clausole “inique” ex l. 580/93”, in RUFFOLO, U. (a cura di), *Clausole “vessatorie” e “abusiva”. Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*. Milano (1997), p. 149 ss.; ALPA, G.: “Il controllo amministrativo delle clausole abusive”, in ID. (a cura di), *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*. Milano (1995), p. 15 s.; CARTEI, G.F. e FARO, S.: “Consumatore e utente”, in CHITI, M.P. e GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale, II*. Milano (2^a ed., 2007), p. 952 s.; MORANA, D.: “Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, *Enc. dir.*, Agg., VI. Milano (2002), p. 216.

³¹ Non a caso DE NOVA, G.: “Considerazioni introduttive”, in BIANCA, C.M. e ALPA, G. (a cura di), *Le clausole abusive*, cit., p. 304, discorre al riguardo di “norma in bianco”.

³² Cfr., *infra*, § 4.

³³ BATTIELLI, E.: “L’inibitoria delle Camere di Commercio”, *Giur. it.* (2007), p. 2626 ss.; TOMMASEO, F.: “Art. 1469-*sexies*”, cit., p. 1184 ss.

³⁴ Come ricorda anche MIRONE, A.: “Verso la despecializzazione dell’Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell’art. 37-*bis* cod. cons.”, *Ann. it. dir. aut.*, XXI. Milano (2013), pp. 297 e 320 s. Con specifico riferimento all’Isvap (rinominata, a far data dal 1 gennaio 2013, “Ivass – Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni”), alla Banca d’Italia ed alla Consob, si veda ALPA, G.: “Il controllo amministrativo”, cit., pp. 16 ss., 19 ss. e 21 ss. Quanto all’Autorità per l’energia elettrica e il gas, cfr. ID.: “L’Autorità per i servizi pubblici e i consumatori”, in AA.VV. (a cura di), *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L’Autorità per l’energia elettrica ed il gas (Atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*. Milano (1996), p. 29; nonché, in concreto, la delibera AeeG 11 dicembre 2001, n. 229 (“Adozione di direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali, ai sensi dell’articolo 2, comma 12, lettera b, della legge 14 novembre 1995, n. 481”) adottata al dichiarato scopo di rimediare – in via anticipata rispetto ad eventuali interventi giudiziali – alle condizioni ritenute inique presenti nei contratti di fornitura e denunciate dagli utenti. Più in generale, sulla questione, MACARIO, F.: “Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali”, in GITTI, G. (a cura di), *Il contratto e le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell’autonomia privata*. Bologna (2006), p. 191 ss.

àmbiti di mercato³⁵; ovvero forme “indirette” di salvaguardia degli interessi dei consumatori il più delle volte espressione del potere di regolazione e dell'intervento pubblico nell'economia³⁶, in concreto molto penetranti, ma purtroppo al di fuori di ogni coordinamento con la tutela giurisdizionale³⁷.

III. IL PROCEDIMENTO “ORDINARIO”. L'ÀMBITO OGGETTIVO DEL CONTROLLO.

Il procedimento amministrativo di verifica della compatibilità dei contenuti negoziali con le regole dettate in tema di clausole vessatorie è scandito nelle sue fasi e prefigurato nella sua intelaiatura essenziale all'interno dello stesso art. 37 bis c. cons., ma trova necessario completamento nelle disposizioni racchiuse nel reg. 5 giugno 2014, n. 24955 “sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie” (d'ora in avanti, reg. proc.), di recente licenziato dall'Autorità garante³⁸.

Prima di entrare nel merito della disciplina, va chiarito che sotto il profilo oggettivo il sindacato svolto dall'Agcm si incentra sulle clausole (“seriali”) inserite nei contratti del consumatore che si concludono mediante condizioni generali ovvero moduli, modelli o formulari ai sensi degli artt. 1341 e 1342

³⁵ Così ALPA, G.: “L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio”, *Econ. dir. terziario* (2000), p. 793.

³⁶ Si pensi all'attività di eteroregolamentazione del contratto costantemente esercitata – in funzione proconcorrenziale e di tutela del contraente debole – dalle autorità indipendenti e che si risolve nella (pre)determinazione di ampie porzioni del regolamento negoziale. Per più ampi svolgimenti sia consentito rinviare a ANGELONE, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*. Napoli (2012), *passim*, ma spec. p. 96 ss.; nonché, GITTI, G. e DELFINI, F.: “Autonomia privata e tipizzazione contrattuale”, *Riv. dir. priv.* (2007), pp. 473 e 489 ss., i quali definiscono tale modalità di intervento conformativo del contratto in termini di “tipizzazione *in positivo*” proprio per distinguerla da quella tradizionale incentrata nell'espunzione *ex post* dal manufatto pattizio dei contenuti ritenuti immeritevoli di tutela o illeciti (ad esempio, perché rivelatisi vessatori).

³⁷ Denuncia tale deficienza, BELLELLI, A.: “La tutela inibitoria”, *Nuove leggi civ. comm.* (1997), p. 1261.

³⁸ Il regolamento in parola sostituisce quello adottato con delibera 8 agosto 2012, n. 23788 e che necessitava di essere adeguato alle novità introdotte dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21 (“Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE”). Si rammenta che, a sua volta, il reg. n. 23788, cit., aveva accorpato e armonizzato all'interno di un unico testo normativo le previgenti procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (reg. 15 novembre 2007, n. 17589) e di pubblicità ingannevole (reg. 15 novembre 2007, n. 17590).

c.c.³⁹. Si tratta di un contesto applicativo piú ristretto rispetto a quello sul quale insistono gli artt. 33 ss. c. cons. che presentano portata piú generale, abbracciando com'è noto tutti i contratti intercorsi tra un professionista ed un consumatore, compresi quelli allestiti per un singolo affare con una singola controparte⁴⁰. Tale limitazione sembra rispondere principalmente ad una logica di opportunità, qual è quella di non “sovraccaricare” l’Autorità addossandole un (a dir vero) improbabile controllo di carattere capillare⁴¹; controllo che resta cosí circoscritto alle clausole vessatorie immesse in contratti “standard” che, per definizione, risultano senz’altro piú dannose di quelle destinate ad un uso individuale sia a causa della loro serialità e ampia diffusione, sia perché molto piú spesso (non negoziate, ma) predisposte ex uno latere dal contraente “forte”⁴².

IV. AVVIO DEL PROCEDIMENTO, “PRE-ISTRUTTORIA” E IPOTESI DI CHIUSURA ANTICIPATA DELLA SEQUENZA PROCEDIMENTALE.

La sequenza procedimentale dinanzi all’Agcm può essere innescata su istanza (id est, su segnalazione) di parte ovvero – proprio al fine di rendere piú incisivo l’enforcement pubblico⁴³ – ex officio⁴⁴.

³⁹ BARENGHI, A.: “*Sub art. 37 bis*”, cit., p. 288. In particolare, MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 568, fa acutamente notare come “piú di un dubbio solleva la nozione, alquanto misteriosa, di modelli” peraltro sconosciuta al lessico codicistico di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

⁴⁰ ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti. Milano (2001), p. 912; BIANCA, C.M.: *Diritto civile, III, Il contratto*. Milano (2^a ed., 2000), p. 375.

⁴¹ D’altro canto, nell’enucleare i limiti strutturali di cui generalmente soffre l’azione amministrativa in materia *antitrust*, LIBERTINI, M.: “Il ruolo necessariamente complementare di “private” e “public enforcement” in materia *antitrust*”, in MAUGERI, M. e ZOPPINI, A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*. Bologna (2009), p. 172, spiega proprio come “l’azione deve essere selettiva: l’Autorità *antitrust* è dovunque un corpo specializzato, che si trova di fronte a numerose e crescenti denunce e richieste di intervento, talora pretestuose o riguardanti problemi di piccola entità; l’avvio di un’istruttoria su ogni denuncia è praticamente impossibile e comporterebbe ritardi incompatibili con le esigenze di pronto intervento, proprie della politica di concorrenza”.

⁴² Peraltro, non va sottaciuto che tali clausole entrano nel corpo di contratti (quali sono quelli bancari, assicurativi, di intermediazione finanziaria, di utenza, *etc.*) che il piú delle volte sfuggono alle maglie del controllo notarile in sede di stipulazione. A proposito dell’importante funzione di garanzia ricoperta dal notaio chiamato a valutare in concreto la vessatorietà o l’iniquità dei patti stipulati sotto il proprio ministero, PERLINGIERI, G.: “Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell’art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89”, *Rass. dir. civ.* (2006), p. 842 ss.; nonché, PERLINGIERI, P.: “Funzione notarile ed efficienza dei mercati”, *Notariato* (2011), p. 627 s., il quale esalta l’azione assicurata dal notariato nel promuovere ed assicurare la liceità/meritevolezza degli atti di autonomia.

⁴³ ROSSI CARLEO, L.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 495.

⁴⁴ Il legislatore ha cosí disatteso le obiezioni sollevate in passato dalla dottrina che sconsigliava di investire le *authorities* di poteri d’iniziativa officiosi, i quali avrebbero potuto

Quanto alla prima modalità, il regolamento di procedura definisce la cerchia dei soggetti legittimati attivamente in termini assai elastici, riducendosi a precisare che l'intervento dell'Autorità garante può essere provocato (stando a un'espressione alquanto ridondante che si risolve in un'endiadi) da "ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse", attraverso una comunicazione in formato cartaceo o elettronico (webform o PEC) (art. 21, comma 2, reg. proc.).

Una legittimazione per così dire "qualificata"⁴⁵ – dacché strettamente connessa alle funzioni esercitate e rispetto alla quale il predetto interesse ad agire risulta in re ipsa – è, inoltre, riconosciuta alle Camere di commercio (o alle loro unioni), le quali "possono presentare denunce all'Autorità [...], in particolare nell'ambito delle competenze ad esse attribuite dall'articolo 2, comma 2, lett. h) ed i), della legge n. 580/93 e successive modificazioni" (art. 21, comma 3, reg. proc.), ovverosia nello svolgimento dei compiti relativi, rispettivamente, alla "predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti" ed alla "promozione di forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti"⁴⁶.

Una volta impostata, la prosecuzione dell'azione amministrativa e l'apertura dell'istruttoria vera e propria sono subordinate ad una preventiva indagine da parte dell'organo procedente circa la ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto tali da far ritenere la clausola potenzialmente vessatoria (c.d. "pre-istruttoria"). Tale passaggio serve con tutta evidenza a contingentare il numero di fattispecie oggetto di istruzione e a non sovraccaricare l'agere dell'Autorità con istanze, denunce e segnalazioni pretestuose o palesemente infondate. Difatti, in caso di esito negativo, segue l'archiviazione del procedimento per inapplicabilità della disciplina protettiva di cui agli artt. 33 ss. c. cons., se non si riscontri neppure un fumus di vessatorietà in ordine alla clausola attenzionata; ovvero per manifesta infondatezza in assenza di elementi fattuali idonei a giustificare ulteriori accertamenti (art. 5, comma 1, lett. b e c, reg. proc.).

compromettere la "neutralità" (da intendere come "indifferenza rispetto agli interessi in gioco") tipica di tali organismi indipendenti. Così MARUOTTI, L.: "Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti", in AA.VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*. Torino (1999), p. 63 ss.

⁴⁵ In ordine alle c.dd. "denunce qualificate", si veda, in generale, DE LUCIA, L.: "Denunce qualificate e preistruttorie amministrative", *Dir. amm.* (2002), p. 717 ss.; GUACCI, C.: *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*. Torino (2012), p. 127.

⁴⁶ Cfr., *retro*, § 2.

In tale ottica, acquista spessore la previsione regolamentare che pretende che l'istanza di intervento si mostri adeguatamente dettagliata e circostanziata dovendo, in particolare, contenere – a pena di irricevibilità (restando in ogni caso impregiudicata la possibilità per l'Autorità garante di procedere d'ufficio ad ulteriori approfondimenti e per il denunciante di riproporre l'istanza in forma completa) – le indicazioni minime prescritte dalla normativa, quali sono, nella specie, i dati necessari ad identificare l'autore della segnalazione, il professionista incolpato e la clausola reputata abusiva (artt. 4, comma 4, e 5, comma 1, lett. a, reg. proc.).

La fase pre-istruttoria, pur conservando un rilievo eminentemente “interno”⁴⁷, trova un punto di “emersione” nel combinato disposto degli artt. 5, comma 1, lett. d, e 21, comma 1 e 4, reg. proc. che – eccettuati i casi di particolare gravità (c.dd. “hardcore”, nel gergo antitrust) – accorda all'Autorità, ove ne sussistano fondati motivi, la facoltà di informare per iscritto il professionista della vessatorietà di una determinata clausola contrattuale⁴⁸. Costui potrà allora decidere, a mente della innegabile spinta persuasiva dell'avvertimento (“moral suasion”⁴⁹), di chiudere in anticipo e senza ulteriori sviluppi a suo carico l'iter procedimentale (ottenendone l'archiviazione) mediante la rimozione ovvero la modifica delle clausole “additate” dal soggetto pubblico. In assenza di apposita previsione, va invece esclusa l'eventualità che siffatto beneficio trovi spazio anche successivamente

⁴⁷ Tuttavia, è auspicabile – come sembra raccomandare lo stesso art. 5, comma 1, lett. f, reg. proc. secondo il quale “L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire” – la diffusione da parte della stessa Agcm di programmi di azione o “*guidelines*” che consentano di far conoscere in anticipo “le proprie priorità istruttorie, in modo da indirizzare l'operato dei professionisti e limitare la discrezionalità dell'Autorità per quanto attiene alla decisione di avviare o meno un determinato procedimento, di archiviare o meno una determinata segnalazione, e così via” (PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 54).

⁴⁸ Il che, a ben vedere, implica una forma, ancorché embrionale, di pubblicità e di partecipazione dei soggetti implicati sin dalle primissime fasi del procedimento. Nello stesso senso deve, altresì, apprezzarsi la norma che permette all'Autorità garante di inviare agli interessati la comunicazione dell'avvenuta archiviazione o chiusura del procedimento preistruttoria (art. 5, comma 3, reg. proc.).

⁴⁹ In linea teorica, si discorre di “persuasione morale” in relazione a misure di regolazione formalmente non vincolanti [che vanno, a loro volta, rientrano nella galassia del c.d. “diritto morbido” o “*soft law*”: GROSSO, E.: “Riconoscimento di poteri normativi “di fatto” alle Autorità Amministrative Indipendenti”, in DOGLIANI, M. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzate e la sua manutenzione*. Torino (2012), p. 70 ss.], ma capaci – grazie al forte valore esortativo che le contraddistingue – di orientare la condotta degli operatori economici. Sull'attività di “*moral suasion*” messa in atto dalle diverse autorità amministrative indipendenti, MORETTINI, S.: “Il *soft law* nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?”, *www.osservatorioair.it*, P4/2011, p. 5 ss.; e con specifico riferimento alla Consob e alla sua attività di interpretazione (“autentica”) della normativa vigente, CLARICH, M.: “Autorità di vigilanza sul mercato finanziario (profili generali)”, *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), p. 158.

– scilicet, ad istruttoria già iniziata –, essendo precluso al professionista (stante l’inapplicabilità dell’art. 9 reg. proc. al procedimento in esame, in quanto non richiamato dall’art. 21, comma 1, reg. proc.) l’accesso all’istituto degli “impegni” sulla falsariga di quanto concesso ex art. 27, comma 7, c. cons. nell’ambito della repressione delle pratiche commerciali scorrette⁵⁰.

In modo analogo, gli ulteriori epiloghi cui può condurre la pre-istruttoria e prefigurati dall’art. 5, comma 1, reg. proc. nelle lett. e ed f, non superano – a sommosso avviso dello scrivente – il “test di compatibilità” richiesto dal legislatore⁵¹, dal momento che fanno perno sulla regola c.d. “de minimis”⁵² che si attaglia al campo delle pratiche commerciali scorrette e dei messaggi pubblicitari ingannevoli (escludendone la sanzionabilità qualora le violazioni non si rivelino idonee a falsare in misura apprezzabile la condotta economica del consumatore medio; ovvero si riferiscano a condotte isolate o non rientranti tra le priorità di intervento dell’Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa), ma non anche a quello delle clausole vessatorie.

⁵⁰ Per le stesse ragioni va negata l’operatività dell’istituto “gemello” [cionondimeno diverso: cfr., a tal proposito, LEONE, C.: *Gli impegni nei procedimenti antitrust*. Milano (2012), pp. 139 e 141 s.; e STELLA, S.: “Sub art. 27”, in CUFFARO, V. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 225] prospettato dall’art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990 in relazione ad istruttorie avviate per l’accertamento di intese o di abusi di posizione dominante. Sul regime delle varie ipotesi di “decisioni con impegni” contemplate dal diritto *antitrust*, si vedano SIRAGUSA, M.: “Le decisioni con impegni”, in BARUCCI, P. e RABITTI BEDOGNI, C. (a cura di), *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I. Torino (2010), p. 385 ss.; MINERVINI, E.: “Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette”, *ivi*, II, p. 1243 ss.; LIBERTINI, M.: “La decisione di chiusura dei procedimenti *antitrust* a séguito di impegni delle imprese interessate”, in CINTIOLI, F. e OLIVIERI, G. (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*. Milano (2007), p. 11 ss.; BASTIANON, S.: “La tutela del consumatore”, cit., p. 1473 s.; CIATTI, A.: “Sub art. 27”, cit., p. 102 ss.

⁵¹ L’art. 21, comma 1, reg. proc., recita infatti come segue: “I procedimenti in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie di cui all’articolo 37-*bis*, commi 1 e 2, del Codice del Consumo sono disciplinati dai seguenti articoli del presente regolamento, *in quanto compatibili*: articolo 3; articolo 5; articolo 6; articolo 10; articolo 11; articolo 12; articolo 13; articolo 14; articolo 16, commi 1 e 2; articolo 17, commi 2 e 3; articolo 19. Ai medesimi procedimenti si applicano altresì le disposizioni di cui ai successivi commi del presente articolo” (corsivo aggiunto).

⁵² Ben nota e radicata nel diritto (interno e comunitario) della concorrenza. Cfr., per tutti, MANGINI, V. e OLIVIERI, G.: *Diritto antitrust*. Torino (4^a ed., 2012), p. 24.

V. LA FASE ISTRUTTORIA.

Entro il termine di 180 giorni⁵³ dalla ricezione della segnalazione o (benché non lo si dica espressamente) dall'avvio officioso della procedura, l'Autorità – per il tramite del responsabile del procedimento⁵⁴ –, è tenuta ad intraprendere l'istruttoria al fine di svolgere tutte le verifiche necessarie e acquisire ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie in vista dell'adozione della decisione finale (artt. 6, comma 1, e 21, comma 1, reg. proc.). Di ciò deve darsi, altresí, notizia – in linea con le prescrizioni accolte nella legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241)⁵⁵ – a tutte le parti ed ai denunciati (artt. 6, comma 2, e 21, comma 1, reg. proc.)⁵⁶.

⁵³ Ai sensi dell'art. 5, comma 2, reg. proc., superato inutilmente tale limite temporale, la pre-istruttoria si intende – per *factio iuris* – chiusa con un provvedimento di non luogo a provvedere ai sensi della lett. *f* del precedente comma 1, ma l'Autorità conserva il potere di acquisire successivamente agli atti l'istanza di intervento per procedere d'ufficio ad un approfondimento istruttorio, fondato su elementi sopravvenuti o su una diversa valutazione delle priorità di intervento.

⁵⁴ In ordine al quale si veda l'art. 3 reg. proc.

⁵⁵ Sull'estensione dei principi della l. n. 241 del 1990 (come impone lo stesso art. 29 della citata legge) anche ai procedimenti che si svolgono in seno alle autorità indipendenti, cfr. MERUSI, F. e PASSARO, M.: *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*. Bologna (2ª ed., 2011), p. 97; nonché CHIEPPA, R. e LOPILATO, V.: *Studi di diritto amministrativo*. Milano (2007), p. 205, i quali concludono che “La natura amministrativa delle Autorità determina l'applicabilità di tale disciplina, le cui regole devono essere intese come garanzie minime, rispetto alle quali possono essere introdotte anche specifiche disposizioni dettate per i procedimenti che si svolgono davanti alle singole Autorità”. In giurisprudenza, soprattutto per quanto concerne l'attuazione delle garanzie in tema di partecipazione procedimentale, Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1215, *Foro it.* (2011), III, c. 152 ss., con nota di COCCONI, M.: “La motivazione degli atti generali di regolazione”; *Foro amm. C.d.S.* (2011), p. 281 ss., con nota di PIAZZA, I.: “Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti”; e *Gior. dir. amm.* (2010), p. 947 ss., con nota di DEL GATTO, S.: “La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti”.

⁵⁶ Sul piano operativo, l'art. 6, comma 2, cit., aggiunge che “In ragione del numero elevato delle istanze di intervento, questa comunicazione può essere attuata anche tramite avviso sul bollettino pubblicato sul sito *internet* istituzionale dell'Autorità. Se le comunicazioni non possono avere luogo, le stesse sono effettuate mediante pubblicazione sul medesimo bollettino. Dell'avvio dell'istruttoria può anche esserne data comunicazione tramite la diffusione di un comunicato stampa, informato il Collegio”. La disposizione va inoltre coordinata con l'art. 19 reg. proc. (rubricato “Comunicazioni”), il quale a sua volta dispone che “1. Le comunicazioni previste dal presente regolamento sono effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, posta elettronica certificata e firma digitale, posta elettronica e fax. In caso di trasmissione tramite posta elettronica certificata o fax, i documenti si considerano pervenuti al destinatario il giorno stesso in cui sono stati inviati, salvo prova contraria. 2. Alle Parti interessate e ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento le comunicazioni vengono effettuate per posta elettronica o al domicilio dagli stessi indicato. Al professionista le comunicazioni vengono effettuate presso l'ultima residenza, domicilio o sede conosciuti o comunque risultanti da pubblici registri. Se le comunicazioni non possono avere luogo, le stesse sono

Nella comunicazione di avvio sono, peraltro, indicati l'oggetto del procedimento, gli elementi acquisiti d'ufficio o allegati nell'eventuale denuncia, il termine per la conclusione dell'istruttoria, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, nonché la possibilità di produrre memorie scritte o documenti ed il relativo termine di presentazione (artt. 6, comma 3, e 21, comma 1, reg. proc.).

L'adempimento in questione integra un passaggio cruciale sia in quanto dalla data del suo protocollo inizia a decorrere il termine di 150 giorni (che si innalza a 210 giorni ove il professionista risieda, sia domiciliato o abbia sede all'estero) stabilito per la definizione dell'iter burocratico (art. 21, comma 5, reg. proc.)⁵⁷; sia soprattutto perché è propedeutico alla realizzazione della piena garanzia del contraddittorio e all'esercizio di alcune fondamentali situazioni procedimentali che, per ovvie ragioni, presuppongono la consapevolezza di un'azione amministrativa in fieri⁵⁸. Il riferimento va innanzitutto alla facoltà di partecipare all'istruttoria conferita ai portatori di interessi pubblici o privati, nonché ai titolari di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati, ai quali può derivare un pregiudizio dagli illeciti oggetto di contestazione (art. 10 reg. proc.)⁵⁹. Tali soggetti – previa valutazione della regolarità e della completezza delle relative richieste di

effettuate mediante pubblicazione di un avviso nel bollettino pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità. 3. L'avvio del procedimento di inottemperanza è comunicato con le modalità di cui al comma 1”.

⁵⁷ La decorrenza del predetto termine – che può essere prorogato dal Collegio, fino ad un massimo di 60 giorni, in presenza di particolari esigenze istruttorie, nonché in caso di ampliamento soggettivo o oggettivo del procedimento – senza l'emaneazione del provvedimento finale fa maturare il silenzio-inadempimento secondo la regola enunciata dall'art. 2, l. n. 241 del 1990 [come conferma anche TAR Lazio, Roma, 7 settembre 2011, n. 7129, *Foro amm. T.A.R.* (2011), p. 2716]. Per quanto segnatamente attiene ai profili risarcitori dipendenti dall'inerzia serbata dalle *authorities*, ANGELONE, M.: *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Napoli (2010), p. 143 s.

⁵⁸ COCCONI, M.: *La partecipazione all'attività amministrativa generale*. Padova (2010), p. 237 ss. Nella teoria del procedimento amministrativo è assodato lo stretto nesso funzionale esistente tra comunicazione di avvio e partecipazione degli interessati. Cfr. PROIETTI, R.: “*Sub artt. 7-8 (La partecipazione al procedimento amministrativo)*”, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*. Milano (2010), p. 488 s.; CASETTA, E.: *Manuale di diritto amministrativo*. Milano (13^a ed., 2011), p. 432; VIRGA, P.: *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, II. Milano (6^a ed., 2001), p. 59 s.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., 16 settembre 2011, n. 5177, *Foro amm. C.d.S.* (2011), p. 2867; TAR Piemonte, 19 giugno 2012, n. 742, *Foro amm. T.A.R.* (2012), p. 1842; TAR Campania, Napoli, 19 luglio 2006, n. 7560, *ivi* (2006), p. 2607.

⁵⁹ In base al medesimo art. 10, cit., occorre a tal fine inoltrare apposito atto, debitamente sottoscritto, contenente: *a*) nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio o sede del richiedente nonché recapiti telefonici, di posta elettronica e di eventuale fax; *b*) l'indicazione del procedimento nel quale si intende intervenire; *c*) adeguata motivazione circa lo specifico interesse ad intervenire, anche con riferimento al contributo che il richiedente può apportare all'istruttoria.

intervento da parte del responsabile del procedimento (il quale ne dà loro comunicazione) – potranno essere ammessi: a) ad accedere agli atti del procedimento ai sensi dell'art. 11 reg. proc.⁶⁰; b) a presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri.

Sul piano operativo, l'art. 37 bis, comma 1, c. cons., per agevolare l'accertamento dei contenuti negoziali lesivi, ha mutuato ed esteso al nuovo contesto normativo i penetranti poteri di istruzione già riconosciuti all'Autorità garante ex art. 14, comma 2, l. n. 287 del 1990 in seno ai procedimenti antitrust⁶¹, di fatto legittimandola a: richiedere in ogni momento ai professionisti “sotto inchiesta” di fornire informazioni e di esibire documenti utili; a disporre ispezioni, perizie, analisi economiche e statistiche; ovvero, ancora, a consultare esperti⁶². Ferma restando l'opportuna rassicurazione che le notizie, le informazioni e i dati raccolti o appresi dall'Agcm sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle altre amministrazioni (art. 14, comma 3, l. n. 287, cit.)⁶³, qualora i professionisti non ottemperino agli ordini dell'Autorità trovano applicazione sanzioni amministrative pecuniarie comprese tra i 2.000 e i 20.000 euro, limiti questi

⁶⁰ La richiamata disposizione riconosce il diritto di accesso nel corso dell'istruttoria ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento, nonché a quelli ammessi ad intervenire. Ricevuta l'istanza scritta e motivata da parte dell'interessato, il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni all'ostensione. Ad ogni modo, sono sottratti, in tutto o in parte, all'accesso i documenti che contengono segreti commerciali, i verbali delle adunanze del Collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, ovvero tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, sempre che non ne sia stata autorizzata la divulgazione. Le parti possono dal canto loro salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite presentando agli uffici una apposita richiesta contenente l'indicazione dei documenti o delle porzioni di questi che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi.

⁶¹ In particolare, di quelli diretti ad accertare intese restrittive della libertà concorrenza o abusi di posizione dominante. In argomento, TESAURO, G. e TODINO, M.: “Autorità garante della concorrenza e del mercato”, *Enc. dir.*, Agg., VI. Milano (2002), p. 112 ss.; MANGINI, V. e OLIVIERI, G.: *Diritto antitrust*, cit., p. 140 s.; FATTORI, P. e TODINO, M.: *La disciplina della concorrenza in Italia*. Bologna (2^a ed., 2010), p. 405 ss.

⁶² A tal proposito, si vedano le norme attuative racchiuse nel regolamento di procedura concernenti la richiesta di informazioni e audizioni (art. 12), l'autorizzazione di perizie, analisi statistiche ed economiche e consultazioni di esperti (art. 13), nonché di ispezioni (art. 14).

⁶³ Come chiarisce PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 55, “Tale previsione è di particolare importanza, non soltanto ai fini della tutela dei soggetti interessati dall'accertamento ma anche per la stessa efficacia di quest'ultimo; infatti, la disponibilità dei professionisti a collaborare con l'Autorità fornendo dati e informazioni è certamente incentivata dalla circostanza che tali informazioni resteranno coperte da segreto e non potranno essere disponibili ad altre pubbliche amministrazioni”. Il che giustifica perché anche i funzionari dell'Autorità sono vincolati dal segreto d'ufficio (art. 14, comma 4, l. n. 287, cit.).

che si elevano del doppio là dove le informazioni comunicate o la documentazione prodotta si dimostrino non veritiere.

VI. LA CONSULTAZIONE OBBLIGATORIA DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E DELLE CAMERE DI COMMERCIO (O DELLE LORO UNIONI). LA CONSULTAZIONE FACOLTATIVA DELLE ALTRE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE O VIGILANZA.

L'art. 37 bis, comma 1, c. cons. esige che l'Agcm – prima dell'assunzione della determinazione finale – senta, da un lato, le associazioni di categoria rappresentative dei consumatori (iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c. cons.) e quelle rappresentative dei professionisti a livello nazionale; dall'altro, le Camere di commercio o le loro unioni (ossia le Unioni regionali o l'Unioncamere nazionale)⁶⁴ che “risultino interessate dalle clausole oggetto del procedimento, in ragione della specifica esperienza maturata nel settore” (art. 21, comma 6, reg. proc.) ovvero – com'è sensato supporre – sulla scorta delle competenze⁶⁵ di cui godono ex art. 2, l. n. 580, cit.⁶⁶.

Val l'opera registrare che l'impianto originario del decreto subordinava la dichiarazione di vessatorietà al raggiungimento di un “previo accordo con le associazioni di categoria”⁶⁷, così affidando loro un potere non già consultivo ma di autentica codecisione. Più di un commentatore⁶⁸ ha condivisibilmente salutato con favore la scelta parlamentare compiuta in sede di conversione di “derubricare” il ruolo dei predetti enti esponenziali estromettendoli dalla fase decisoria: ciò avrebbe altrimenti finito per depotenziare, se non addirittura per compromettere, non soltanto le prerogative dell'Autorità, ma anche l'utilità del rimedio in esame, posto che sarebbero con tutta probabilità

⁶⁴ A seconda che sia sufficiente consultare soltanto quella competente nel territorio nel quale opera il professionista o alla quale è iscritto ovvero necessario – per la rilevanza dell'illecito o della posizione di mercato del professionista – trascendere la ristretta dimensione territoriale.

⁶⁵ Cfr., *retro*, il testo alla nota 30.

⁶⁶ La lettera dell'art. 37 *bis* c. cons. sembra evidenziare una incongruenza – probabilmente causata da un non impeccabile *drafting* legislativo – là dove designa le Camere di commercio o le loro unioni quali organismi che, allo stesso tempo, l'Autorità “deve” (comma 1) ovvero “può” sentire (comma 5). Tuttavia, secondo BATTELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 72, non è casuale che il comma 5 menzioni doppiamente gli enti camerari, volendosi con ciò rimarcare come questi siano, al contempo, soggetti che l'Agcm deve consultare nell'ambito dei procedimenti ma che è comunque possibile interrogare ogni qualvolta sia utile all'esercizio delle proprie competenze.

⁶⁷ Sulla *ratio* e sulla natura dell'accordo *de quo* (ora, giova ribadirlo, non più necessario), cfr. PALLIGIANO, G.: “Vessatorietà delle clausole accertata dal Garante”, *Guida dir.* (2012), 7, p. 44.

⁶⁸ PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 55; DONNARUMMA, M.: “I contratti con il consumatore”, cit., p. 277.

prevalse logiche corporative ove “la stessa associazione alla quale appartiene il professionista [fosse stata] chiamata a manifestare un giudizio tecnico di riprovazione della clausola”⁶⁹.

Meramente opzionale è invece, in base al comma 5 dell’art. 37 bis c. cons., la consultazione delle autorità di regolazione o vigilanza dei settori nel cui ambito operano i professionisti interessati (si pensi, ad esempio, alla Banca d’Italia, alla Consob, all’Isvap, l’Autorità per l’energia elettrica ed il gas, all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), le quali possono essere invitate ad esprimere un parere (da trasmettere entro 30 giorni dalla richiesta) in merito all’oggetto del procedimento soltanto su sollecitazione del responsabile del procedimento (art. 21, comma 7, reg. proc.). Tuttavia, a ben riflettere, un raccordo di questo tipo andrebbe reso obbligatorio⁷⁰ e, fintantoché non sopraggiunga un’auspicata modifica in tal senso, assecondato al massimo grado almeno per un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, allo scopo di coordinare il nuovo potere sanzionatorio dell’Antitrust con quelli (salvo a non volerli considerare implicitamente abrogati) più o meno intensi già in uso presso le altre authorities in materia di clausole vessatorie⁷¹, minimizzando così il rischio di fastidiosi conflitti di attribuzione⁷² o “bis in idem”; in secondo luogo, allo scopo di agevolare

⁶⁹ MAZZEO, M. e BRANDA, S.: “Una nuova tutela”, *Obbl. contr.* (2012), p. 388.

⁷⁰ Come, d’altronde, già accade dinanzi a particolari ipotesi di pubblicità ingannevole o di pratiche commerciali scorrette, in costanza delle quali il responsabile del procedimento è tenuto – prima di concludere l’istruttoria e di trasmettere gli atti al Collegio per la decisione – a richiedere il parere all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 16, comma 3, reg. proc.).

⁷¹ Cfr., *retro*, nota 34.

⁷² Conflitti non nuovi o inusitati come attesta plasticamente il recente intervento del Supremo consesso della giurisdizione amministrativa cui è stata rimessa [cfr. Cons. St., ord., 13 dicembre 2011, n. 6527, *Gior. dir. amm.* (2012), p. 298 ss., con nota di CARBONE, L. e VICARIO, R.: “Delimitazione delle competenze tra le diverse autorità di settore e l’Agcm”; e *Dir. giur.* (2012), p. 110 ss., con commento di GABBANELLI, C.: “Rimessa all’adunanza plenaria la questione della delimitazione delle competenze dell’AGCM e delle singole autorità di settore”] la delimitazione delle sfere di competenza in materia di pratiche commerciali scorrette rispettivamente riconosciute all’Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle altre autorità di settore (quali Consob, Banca d’Italia ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), nonché la definizione dei rapporti tra la normativa generale di cui al Codice del consumo e le singole normative settoriali. L’Adunanza plenaria [Cons. St., Ad. plen., 11 maggio 2012, n. 14, *Banca borsa tit. cred.* (2012), II, p. 563 ss., con nota di MELI, V.: “Il Consiglio di Stato e l’applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito”] ha statuito che la possibile sovrapposizione tra una disciplina settoriale (nella specie quella contenuta nel t.u.b.) e la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette accolta nel Codice del consumo deve essere risolta alla luce del criterio della *lex specialis* codificato nell’art. 19, comma 3, c. cons., a tenore del quale, in caso di contrasto (da intendersi, in senso lato, quale difformità di fonte e di portata), prevalgono le norme sezionali che regolano aspetti specifici della fattispecie concreta. Mancando viceversa tale condizione, si applica la disciplina (generale) codicistica che va

l'esercizio dei menzionati poteri "conformativi"⁷³ che abilitano gli organismi indipendenti di settore in parola ad incidere in chiave eteronoma sulla contrattazione, se del caso espungendo o sostituendo d'imperio gli eventuali contenuti negoziali abusivi.

Quanto alle concrete modalità secondo le quali è destinata a svolgersi la consultazione obbligatoria, il regolamento attuativo dispone che entro 30 giorni dall'avvio dell'istruttoria il responsabile del procedimento, informata l'Autorità, provvede alla pubblicazione nell'apposita sezione del sito internet istituzionale di un comunicato recante la clausola, il settore economico specificamente interessato dall'istruttoria e le altre informazioni utili ai fini della consultazione stessa⁷⁴. I soggetti legittimati – dopo aver fornito nella anzidetta sezione del sito internet le indicazioni relative alla loro qualificazione ed alla sussistenza dell'interesse a partecipare – possono nei successivi 30 giorni dalla diffusione del comunicato far pervenire all'Agcm presso una casella di posta elettronica a ciò dedicata i propri commenti scritti (art. 21, comma 6, reg. proc.).

VII. LA PORTATA PERSUASIVA DEL PROVVEDIMENTO CHE ACCERTA LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE UTILIZZATE DAL PROFESSIONISTA. I DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

Il responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine, non inferiore a 10 giorni, entro il quale presentare memorie conclusive o documenti. Alla scadenza, gli atti sono rimessi al Collegio per l'adozione del provvedimento finale (art. 16, comma 1 e 2, reg. proc.),

intesa come soglia minima di protezione. Sulla scorta di tale ragionamento, spetta all'*Antitrust* (e non alla Banca d'Italia) sanzionare le condotte scorrette poste in essere dall'operatore finanziario in occasione dell'acquisto di beni presso esercizi commerciali (c.d. "credito al consumo"), poiché le disposizioni del t.u.b. – nel testo precedente le modifiche apportate dal d.lg. 13 agosto 2010, n. 141 (dirette a regolamentare gli obblighi d'informazione incombenti sugli istituti di credito e sugli intermediari finanziari relativamente ai contenuti e alle condizioni dei loro prodotti) – non manifestano la medesima *ratio* ispiratrice di quelle del Codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette, essendo volte a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono la tutela del consumatore in quanto tale.

⁷³ Cfr., *retro*, nota 36.

⁷⁴ I comunicati inerenti alle consultazioni in corso di svolgimento sono reperibili all'indirizzo www.agcm.it/consumatoreclausole-vessatorie/consultazioni.html.

spettando al plenum – secondo un modello organizzativo⁷⁵ che garantisce nei procedimenti individuali di carattere sanzionatorio la distinzione interna tra funzioni istruttorie e decisorie⁷⁶ – la decisione sulla vessatorietà o meno della clausola oggetto dell'accertamento.

Va sin da subito riscontrato che, salva la competenza della magistratura ordinaria a pronunciarsi sulla validità delle clausole e sull'eventuale risarcimento del danno⁷⁷, la deliberazione collegiale è impugnabile dinanzi al

⁷⁵ Sancito anche dall'art. 24, comma 1, l. n. 262 del 2005 in relazione ai procedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Ivass (*olim*, Isvap) e della Covip volti all'emanazione di provvedimenti individuali. Cfr. sulla questione CAMILLI, E.L.: "Autorità di vigilanza sul mercato finanziario (profili normativi)", *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), p. 173; LONGOBARDI, N.: "Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie", *www.amministrazioneincammino.it*.

⁷⁶ In modo da salvaguardare la terzietà dell'organo decidente rispetto a quello incaricato di istruire il procedimento e di svolgere i connessi adempimenti. Così CLARICH, M.: "Garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo", *Dir. amm.* (2004), p. 87; sul punto, anche FRENI, E.: "Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)", in FRATINI, M.: *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*. Padova (2011), p. 843 s. Di recente, TAR Lazio, Roma, 16 maggio 2012, n. 4455, *Corr. merito* (2012), p. 953 ss., con nota di GIULIANI, D.: "Le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive in tema di garanzia di conformità", a proposito della corrispondente previsione contenuta nell'abrogato regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (n. 17589 del 15 novembre 2007), ha chiarito che "L'estraneità del responsabile del procedimento rispetto al collegio e lo svolgimento da parte di questi di una funzione sua propria, distinta sia sul piano procedimentale che su quello organizzatorio da quella del collegio, realizza una sufficiente separazione tale da non consentire di rilevare una violazione, sotto tale profilo, delle garanzie del giusto processo nell'accezione datane dalla Corte europea. Né può ritenersi [...] che essendo il responsabile del procedimento comunque subordinato al collegio ed essendo questo composto dai vertici dell'Autorità, non si realizzerebbe la necessaria distinzione tra le funzioni. La subordinazione gerarchica, propria dell'assetto del personale di ogni amministrazione, non refluiscie di per sé in una commistione di funzioni, altrimenti potendo ritenersi realizzata tale separazione solo ricorrendo a personale esterno all'amministrazione stessa e sulla base di moduli organizzativi che ne garantiscano la totale estraneità". Tuttavia, la dottrina giudica le normative settoriali concernenti i procedimenti sanzionatori delle *authorities* ancora lontane dagli *standard* di garanzia europei, il che può compromettere l'accuratezza e l'imparzialità dell'attività accertativa svolta da tali organismi: cfr. TIRIO, F.: *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*. Torino (2012), p. 130 s.

⁷⁷ Il sistema inaugurato si fonda sul c.d. "doppio binario" nel quale la tutela amministrativa e quella giurisdizionale viaggiano in parallelo. Ciò può ben condurre a determinazioni divergenti circa la vessatorietà di una determinata clausola (cfr. nota successiva), sebbene sia difficile negare, ponendosi nell'ottica del giudice ordinario, il valore "sintomatico" di un eventuale provvedimento – ancorché non vincolante – adottato dall'Autorità [PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 58; sul valore di "prova privilegiata" che assiste l'accertamento effettuato dall'Agcm, cfr. Cass., ord., 4 marzo 2013, n. 5327, *Foro it.* (2013), I, c. 1519 ss., con nota di PALMIERI, A.: "In tema di accordi restrittivi della concorrenza"]. Infatti, la decisione dell'Agcm (e la susseguente pronuncia del giudice amministrativo che ne confermi la legittimità all'esito di un'eventuale impugnazione) può di

giudice amministrativo (art. 37 bis, comma 4, c. cons.)⁷⁸, oramai sempre più giudice “naturale” delle autorità indipendenti e della regolazione economica⁷⁹, in linea con l’ispirazione del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva speciale (con competenza funzionale del TAR del Lazio – sede di Roma) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emanati dalle principali authorities, compresi quelli (in tal caso con cognizione estesa al merito ex art. 134, comma 1, lett. c, c.p.a.) relativi all’irrogazione di sanzioni pecuniarie (art. 133, comma 1, lett. l, c.p.a.)⁸⁰.

certo costituire un utile indice per apprezzare la natura della clausola contestata (così MAZZEO, M. e BRANDA, S.: “Una nuova tutela”, cit., p. 388).

⁷⁸ Ad avviso di MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 184, la norma “desta [...] qualche perplessità soprattutto in ordine all’assetto della tutela giurisdizionale”, dal momento che “La soluzione del “doppio binario” (giurisdizione del giudice amministrativo contro il provvedimento dell’Agcm e giurisdizione di quello ordinario sulla validità delle clausole abusive e sul risarcimento del danno) adottata dal legislatore della novella risulta essere quella più problematica. Non è chiaro, infatti, come risolvere l’eventuale conflitto che dovesse insorgere nel caso in cui sia stato già avviato un processo civile mentre si apre l’istruttoria dell’Agcm ovvero sia in corso un processo amministrativo concernente il provvedimento già emanato, né è chiaro cosa accade se i giudizi si concludono con esiti diversi, ossia il giudice ordinario accerta l’abusività di una clausola ritenuta, viceversa, perfettamente valida ed efficace dall’Agcm o dal giudice amministrativo”. In termini analoghi lo stesso PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 59, il quale avverte altresì che “il proliferare delle forme di tutela del consumatore reca con sé il rischio di frammentazioni, e dunque di duplicazioni, o, peggio, di veri e propri conflitti di giudicato”. Più in generale, per una ricostruzione del dibattito dottrinario sul valore da attribuirsi nei giudizi civili alle statuizioni delle *authorities*, cfr. TIRIO, F.: *Le autorità indipendenti*, cit., p. 218 ss.

⁷⁹ A testimonianza di una vocazione sviluppatasi negli ultimi anni. Cfr., sul punto, DE LISE, P.: “Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa (8 febbraio 2011)”, www.giustizia-amministrativa.it, § 1: “Se lo Stato da imprenditore si è trasformato in regolatore, ciò non ha certo ridotto il ruolo del giudice amministrativo ma lo ha accresciuto, al punto che esso è divenuto “il garante dei garanti” della concorrenza, della regolazione economica, dei settori produttivi fondamentali”. Tuttavia, sull’inadeguatezza che ancora oggi sconta il sindacato di legittimità dei giudici amministrativi italiani in relazione ai provvedimenti delle *authorities* e, in particolare, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si leggano le riflessioni di MONGILLO, R.: “Provvedimenti sanzionatori dell’Autorità *antitrust* e applicabilità dell’art. 6 CEDU: necessità di un adeguato controllo da parte di “*organes judiciaires de pleine jurisdiction*””, *Rass. dir. civ.* (2012), p. 738 ss.

⁸⁰ Per dovere di completezza, si segnala che la Consulta – benché per ragioni formali connesse ad un eccesso di delega che quindi non inficiano le esigenze di coerenza sistematica e razionalità sottese all’opzione legislativa censurata – ha dichiarato incostituzionali le previsioni indicate nella parte in cui si riferiscono alle sanzioni pecuniarie inflitte dalla Consob, stabilendo altresì che le previgenti disposizioni che devolvevano le relative controversie alla potestà giurisdizionale esclusiva della Corte di Appello, “illegittimamente abrogate, tornano ad avere applicazione”. Così Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, *Foro amm. C.d.S.* (2012), p. 2467; e www.giustizia-amministrativa.it, con nota di CLARICH, M. e PISANESCHI, A.: “Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162”.

La determinazione finale che accerta la vessatorietà è poi comunicata dal responsabile del procedimento alle parti e ai soggetti eventualmente intervenuti ed è pubblicata entro 20 giorni dalla sua adozione, anche per estratto, nel bollettino ufficiale corrente sul sito dell'Autorità garante, nonché – a cura e spese di questi – sul sito dell'operatore che ha adottato la clausola censurata. Quale ipotesi residuale, è comunque consentito all'Agcm di rendere nota la propria decisione mediante qualsiasi altro mezzo ritenuto opportuno e idoneo ad informare compiutamente i consumatori, ivi compresi – se utile per assicurare la più ampia conoscenza dell'attività istituzionale svolta – comunicati stampa (artt. 17, comma 3, e 21, comma 8, reg. proc.).

Si osserva come il potere dell'Antitrust non si spinga fino alla possibilità di invalidare o vietare in via cogente l'uso delle clausole repute squilibrate a danno del consumatore (ad esempio, ordinandone la rimozione), le quali restano pienamente valide ed efficaci⁸¹. L'accertamento della vessatorietà di una clausola⁸² trova coronamento nel semplice fatto che questo sia reso pubblico, liberando la carica deterrente che lo assiste soltanto sul crinale informativo e reputazionale⁸³. La divulgazione del provvedimento "sanzionatorio", infatti, da un lato, serve a rendere edotti i consumatori che intrattengono o intendono intrattenere rapporti commerciali con il professionista implicato; dall'altro, facendo leva sulla persuasione morale (c.d. "moral suasion"⁸⁴), mira a dissuadere coloro che fanno uso dei congegni negoziali decretati vessatori in vista del discredito commerciale e del negativo ritorno di immagine cui sarebbero altrimenti esposti⁸⁵.

Tuttavia, un simile assetto sembra adombrare una lesione del principio di uguaglianza (art. 3 cost.), se confrontato con quello che si registra nell'ambito della repressione delle pratiche commerciali scorrette, ove la stessa Antitrust risulta dotata di un vero e proprio potere inibitorio in grado di vietare la

⁸¹ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644; PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 57; PALLIGGIANO, G.: "Vessatorietà delle clausole accertata dal Garante", cit., p. 43.

⁸² Ad esempio, l'Agcm – con i provvedimenti 27 marzo 2013, nn. 24288 e 24289, pubblicati sul Bollettino n. 15/2013 – ha accertato la vessatorietà delle clausole contrattuali oggetto di valutazione nella parte in cui miravano ad escludere o a limitare gli obblighi e la responsabilità dei professionisti implicati nei confronti dei consumatori acquirenti dei prodotti e/o dei servizi digitali commercializzati sui rispettivi siti *web*. Sul punto, cfr. altresì AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta* (31 marzo 2013), www.agcm.it, p. 220. Gli ulteriori provvedimenti a tutt'oggi adottati dall'Autorità sono reperibili all'indirizzo www.agcm.it/consumatoreclausole-vessatorie/provvedimenti.html.

⁸³ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644; MINERVINI, E.: "La tutela amministrativa", cit., p. 569; ROSSI CARLEO, L.: "La tutela amministrativa", cit., p. 494.

⁸⁴ Cfr. le indicazioni bibliografiche incluse *retro* nella nota 49.

⁸⁵ MAZZEO, M. e BRANDA, S.: "Una nuova tutela", cit., p. 388.

diffusione o (se già in atto) la continuazione della condotta incriminata⁸⁶: tale divaricazione potrebbe celare un vizio di legittimità costituzionale derivante da una irragionevole disparità di trattamento del consumatore, il quale – a fronte di analoghe esigenze e aspettative di tutela e, quindi, pur in assenza di una congrua ratio distinguendi – sconta una diversa intensità di protezione. Senza poi trascurare che, l'Agcm, non disponendo del comando inibitorio, non è a fortiori munita neppure di una potestà cautelare equivalente a quella che si rintraccia nell'art. 27, comma 3, c. cons. (valevole ad ottenere la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta⁸⁷) e che, per lo stesso ragionamento appena svolto (ma ugualmente per parificare i poteri dell'amministrazione con quelli giudiziari di cui all'art. 37 c. cons.), sarebbe opportuno introdurre anche in relazione al controllo di vessatorietà.

Acclarata la natura di "lex imperfecta"⁸⁸ della disposizione, le uniche sanzioni comminate hanno carattere pecuniario (con importo compreso tra i 5.000 ed i 50.000 euro)⁸⁹ e "indiretto" (ovvero di "secondo livello"), essendo irrogate soltanto là dove i professionisti non ottemperino all'ordine impartito dall'Agcm di dare adeguata risonanza e diffusione al provvedimento che sancisce la vessatorietà della clausola in conformità alle modalità prescritte (pubblicazione telematica o altro mezzo idoneo ad informare compiutamente i consumatori).

Ne discende, in definitiva, che la tutela amministrativa contro le clausole abusive, nel perfezionare ed arricchire il corredo dei rimedi di enforcement di

⁸⁶ Sulle peculiarità dell'inibitoria e sugli effetti del "provvedimento di scorrettezza", SIMONE, S.: "Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali", *Obbl. contr.* (2011), p. 680; BONACCORSI DI PATTI, D.: "Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato", *Dir. econ. ass.* (2008), p. 676; FALCE, V.: "Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole", *Dir. ind.* (2008), p. 61; e non da ultimo, CIATTI, A.: "Sub art. 27", cit., p. 108 s.

⁸⁷ CIATTI, A.: "Sub art. 27", p. 107 s.; ID.: "I mezzi di prevenzione", cit., p. 87 ss.

⁸⁸ Formula con la quale la giurisprudenza romana del periodo tardo-classico classificava le norme che, pur vietando un atto, non sancivano né l'invalidità né altra pena (pubblica o privata) per il trasgressore: ROBLEDA, O.: *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Roma (2^a ed., 1979), p. 168; PACCHIONI, G.: *Diritto civile italiano*, I, 1. Padova (1937), p. 4.

⁸⁹ Come precisa PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 57, la commisurazione della pena "avverrà in applicazione dei criteri di cui all'art. 11 della L. 689/81, seppur non espressamente richiamati", tenendo soprattutto in considerazione la gravità della violazione. Allo stesso modo, devono trovare attuazione gli altri principi generali dettati dalla l. n. 689, cit. (artt. 1-12), come pure le regole relative al pagamento rateale delle sanzioni (art. 26), all'esecuzione forzata in caso di inadempimento del professionista condannato (art. 27), alla prescrizione quinquennale del diritto alla riscossione delle somme dovute (art. 28) e alla devoluzione dei proventi (art. 29).

matrice privatistica⁹⁰, non consente la rimozione con effetto erga omnes dei segmenti contrattuali sanzionati in quanto nel vigente ordinamento tale risultato non può essere conseguito se non attraverso l'interpositio di un'autorità giurisdizionale⁹¹ e, in via anticipata, soltanto tramite l'azione inibitoria. Anche alla luce di tale ultima notazione, l'art. 37 c. cons. conserva ancora oggi una propria ragion d'essere ed una propria fisionomia, giovandosi di un'efficacia⁹² e di un campo applicativo distinti, non sovrapponibili a quelli tracciati dal successivo art. 37 bis c. cons. oggetto di commento.

Il che conferma come la novella abbia dato vita ad un sistema di controllo "integrato"⁹³ che – una volta a regime – dovrebbe assicurare un "dialogo" costruttivo tra organi amministrativi e giurisdizionali, entrambi deputati, entro le rispettive competenze, ma nel segno di una leale collaborazione, a promuovere la massima e più efficace lotta avverso le discipline negoziali lesive degli interessi dei consumatori.

VIII. PROCEDIMENTO DI INTERPELLO E POSSIBILI ESITI DEL SINDACATO CONDOTTO DALL'AGCM.

Sfruttando un paradigma ben noto in ambito tributario⁹⁴, le imprese, in forza del combinato disposto dell'art. 37 bis, comma 3, c. cons. e dell'art. 22, comma 1, reg. proc., possono interpellare⁹⁵ in via preventiva l'Autorità garante in ordine alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei contratti con i consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

⁹⁰ Sulla necessità di "un *mix* di strumenti pubblicitici e di strumenti privatistici" nella repressione degli illeciti anticoncorrenziali, LIBERTINI, M.: "Il ruolo", cit., p. 171 ss.

⁹¹ Per questo, "nonostante l'introduzione della tutela amministrativa, il sindacato del giudice, nel nostro ordinamento, continua a mantenere una posizione di prevalenza nell'assicurare tutela sostanziale ai consumatori" (RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644).

⁹² Difatti, "il provvedimento dell'Autorità – e l'eventuale conferma in sede di giustizia amministrativa – ha un'efficacia indubbiamente inferiore rispetto a quella dell'analogo provvedimento adottato dal giudice ordinario in sede di inibitoria collettiva" (PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 58).

⁹³ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 645.

⁹⁴ Sull'"interpello ordinario" previsto dall'art. 11 dello "Statuto del contribuente" (l. 27 luglio 2000, n. 212), PISTOLESI, F.: *Gli interpelli tributari*. Milano (2007), p. 45 ss.; DE MITA, E.: *Principi di diritto tributario*. Milano (6^a ed., 2011), p. 41 s.; VERSIGLIONI, M.: "Interpello (diritto di)", in CASSESE, S. (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, IV. Milano (2006), p. 3171 ss.

⁹⁵ Servendosi a pena di irricevibilità dell'apposito formulario (cfr. allegato 2 reg. proc.) da inoltrare, completato in ogni sua parte, in formato cartaceo o elettronico (PEC).

Sul versante oggettivo, occorre innanzitutto rimarcare che il controllo in sede di interpello risulta essere piú circoscritto rispetto a quello posto alla base della procedura “ordinaria”, riguardando soltanto le clausole calate in schemi negoziali non ancóra in uso. Non sembrano però cogliere nel segno le critiche – a dire il vero molto prudenti – mosse nei confronti di siffatta opzione normativa⁹⁶ posto che un’estensione del sindacato dell’Agcm a clausole di cui l’impresa già si avvale nelle relazioni contrattuali contrasterebbe con il carattere preventivo del procedimento de quo⁹⁷, oltre ad essere foriera di seri inconvenienti sul piano pratico-applicativo.

Sul versante soggettivo, il legislatore opera un ulteriore restraint, concentrando la legittimazione attiva unicamente in capo alle “imprese”. Non è chiaro se tale limitazione sia frutto di una volontà consapevole o di una cattiva tecnica redazionale, ma – in attesa che si affermi un indirizzo ermeneutico “ufficiale” – si ritiene piú coerente con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.) e con l’impianto sistematico della disciplina interpretare estensivamente tale riferimento⁹⁸, facendolo coincidere con l’intera categoria dei “professionisti” come definita nell’art. 3, comma 1, lett. c, c. cons.⁹⁹ (cui, tra l’altro, la legge ed il regolamento fanno costante richiamo in tutte le altre disposizioni).

Al fine di provocare un pronunciamento da parte dell’Autorità, chi agisce in interpello “deve indicare compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l’inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà anche in relazione all’eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende, nonché le modalità e circostanze in cui avverrà la negoziazione e conclusione del contratto” (art. 22, comma 2, reg. proc.). Emerge, quindi, in tutta evidenza il proposito di non ridurre l’istituto ad una semplice forma di consulenza giuridica, essendo riservato alla soluzione di casi concreti e

⁹⁶ Ad esempio, per PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 56, sarebbe “preferibile consentire ai professionisti di coinvolgere l’Autorità in merito a clausole già utilizzate, magari anche da molto tempo, per regolare i rapporti con i consumatori, anche se tale possibilità dovrà essere valutata attentamente, visti i riflessi di un eventuale parere negativo da parte dell’Autorità”.

⁹⁷ Che costituisce il *proprium* dello stesso interpello tributario “ordinario”, essendo il contribuente tenuto a presentare la relativa istanza prima di porre in essere il comportamento giuridicamente rilevante o di dare attuazione alla norma oggetto della istanza medesima [VERSIGLIONI, M.: “Interpello (diritto di)”, cit., p. 3176].

⁹⁸ Seguendo, tra l’altro, l’indicazione di metodo avanzata da MAZZONI, A.: “La nozione di impresa nel diritto *antitrust*”, in BARUCCI, P. e RABITTI BEDOGNI, C. (a cura di), *20 anni di Antitrust*, I, cit., p. 495 ss.

⁹⁹ Così PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 56; nonché MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 565, il quale, nel silenzio della norma, considera parimenti legittimate all’interpello le associazioni di professionisti (p. 566).

personali (e non di quesiti ipotetici e generici) che rechino obiettive condizioni di incertezza circa la legittimità della clausola segnalata¹⁰⁰.

L'Autorità – se del caso, sentito in audizione il richiedente (art. 22, comma 3, reg. proc.) – si pronuncia sull'interpello entro il termine di 120 giorni dalla data di ricezione del formulario¹⁰¹, a meno che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere: in simili ipotesi, come pure quando si renda necessaria un'estensione dell'oggetto dell'interpello, il responsabile del procedimento informa prontamente il Collegio e la parte ed il succitato termine decorrerà ex novo a far data dal ricevimento dei ragguagli che integrano l'interpello ovvero dell'istanza che ne amplia il thema decidendum (art. 22, comma 4, reg. proc.). Anche nel presente contesto, è previsto che il responsabile del procedimento possa – nelle medesime modalità illustrate in precedenza (e perciò ferme restando le perplessità manifestate¹⁰²) – chiedere alle autorità di regolazione o vigilanza dei settori interessati dalla clausola oggetto di interpello, nonché alle Camere di commercio o alle loro unioni, di esprimere entro 30 giorni dalla richiesta un parere.

Esaurita le verifiche istruttorie, là dove non sia ravvisata la vessatorietà della clausola, l'Autorità può anche astenersi dall'adottare una risposta formale e motivata: decorsi 120 giorni, infatti, la clausola sotto osservazione deve intendersi approvata.

Le componenti negoziali non disapprovate a séguito di interpello non possono essere successivamente sanzionate dall'Agcm ai sensi e per gli effetti dell'art. 37 bis, comma 2, c. cons., vale a dire a compimento di un procedimento “ordinario”¹⁰³, stante la doverosa cura dell'affidamento e della

¹⁰⁰ La differenza tra “interpello” e “consulenza giuridica” è ben illustrata in ambito tributario nella circ. 5 agosto 2011, n. 42/E dell'Agenzia delle Entrate, ove si legge che “[...] nelle istanze di interpello i contribuenti rappresentano una fattispecie concreta e riferita puntualmente alla propria posizione fiscale. Le richieste di consulenza giuridica riguardano, invece, come premesso, fattispecie di rilevanza generale, non immediatamente riferibili ad uno specifico soggetto”. L'attività svolta dall'Agcm in sede di interpello non presenta, quindi, i caratteri tipici dell'*advocacy* (in ordine ai quali, cfr. CATRICALÀ, A.: “L'Autorità garante”, cit., p. 327).

¹⁰¹ Tale scadenza temporale è stata introdotta in sede di conversione a riprova della crescente attenzione che l'ordinamento rivolge alla promozione della certezza e all'accelerazione dei tempi nella definizione dei rapporti fra cittadini e p.a. (ANGELONE, M.: *Inerzia della pubblica amministrazione*, cit., p. 81 s.).

¹⁰² Cfr., *retro*, § 7.

¹⁰³ Il tenore dell'art. 37 bis, comma 3, c. cons. sembra peraltro lasciare intendere non che l'Autorità non possa aprire un procedimento di accertamento “ordinario” (soprattutto se sollecitato da una segnalazione di parte) in relazione a clausole già valutate come conformi alla legge in sede di interpello [vi osterebbe infatti il principio di autotutela che consente alle pubbliche amministrazioni di riesaminare e – *re melius perpensa* – riconsiderare le proprie

buona fede del professionista che si sia fatto parte diligente nel richiedere in via precauzionale e anticipata l'opinione dell'Autorità. Ad ogni modo, l'eventuale verdetto favorevole (id est, di non vessatorietà¹⁰⁴) costituisce un precedente vincolante soltanto per l'Agcm e non produce un effetto "immunizzante" in senso assoluto, dacché non comporta l'esclusione della responsabilità verso i consumatori¹⁰⁵ del professionista il quale, ad esempio, non potrebbe trincerarsi dietro il placet (espreso o tacito) dell'amministrazione per sottrarsi ai propri impegni; né, pertanto, è in grado di precludere il promovimento di un'autonoma vertenza dinanzi al giudice civile, se non volendo sconfessare la tesi del c.d. "doppio binario" che pone su due piani differenti (ancorché complementari) la tutela amministrativa e quella giurisdizionale¹⁰⁶.

In modo alquanto singolare¹⁰⁷, la disciplina (tanto a livello primario quanto secondario) omette all'opposto di delineare gli effetti da ricondurre ad una pronuncia di vessatorietà delle clausole oggetto di interpello. La lacuna può trovare spiegazione nel fatto che la procedura in parola è – in sintonia con la natura preventiva del rimedio – finalizzata a valutare la validità di clausole inserite in schemi o bozze di regolamenti contrattuali non ancora utilizzati¹⁰⁸; di talché, in caso di giudizio sfavorevole, è ragionevole attendersi che il

determinazioni: su tale specifico aspetto, CHIEPPA, R. e LOPILATO, V.: *Manuale di diritto amministrativo*. Milano (2011), p. 497 s.; ANGELELLI, E.: "L'autotutela della pubblica amministrazione e le sue principali manifestazioni", *Amm. it.* (1981), p. 44 ss.], ma soltanto che non si possono addossare al professionista le corrispondenti sanzioni nel caso in cui la nuova verifica di vessatorietà dovesse condurre ad un esito difforme.

¹⁰⁴ Cfr. il provvedimento 15 marzo 2013, n. 24628, pubblicato sul Bollettino n. 11/2013, che ha dichiarato la non vessatorietà della clausola inserita nel contratto predisposto da una impresa assicurativa per l'assicurazione obbligatoria della r.c. auto e disciplinante una limitazione alla facoltà di cedere il credito relativo al risarcimento del danno da parte dell'assicurato danneggiato.

¹⁰⁵ Siffatta precisazione, esplicitata all'interno dello stesso comma 3 dell'art. 37 *bis* c, cons., sembra riecheggiare – quanto a tenore e portata – la locuzione "malgrado la buona fede" di cui all'art. 33, comma 1, c. cons. [nel significato ormai da tempo riconosciute dalla dottrina prevalente: per tutti, GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore*, cit., p. 177 ss.; ma già RIZZO, V.: "Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 *bis* c.c.: un collegamento "ambiguo" da chiarire", *Rass. dir. civ.* (1996), pp. 497 ss. e 519].

¹⁰⁶ "È opportuno precisare che [...] l'accertamento del giudice ordinario è del tutto autonomo rispetto al controllo di vessatorietà dell'AGCM, di talché un accertamento di conformità (o di non conformità) delle clausole contrattuali adottato dall'Autorità non preclude in alcun caso una diversa decisione dell'AGO non solo nel giudizio individuale [...] ma anche nel giudizio collettivo" (BARENGHI, A.: "Sub art. 37 *bis*", cit., p. 290).

¹⁰⁷ Registra questa "anomalia" anche PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 56.

¹⁰⁸ D'altronde, "La procedura di interpello non attribuisce di certo all'Autorità una funzione per così dire dirigistica, ma tende ad incentivare il passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione": ROSSI CARLEO, L.: "La tutela amministrativa", cit., p. 496.

professionista sarà spontaneamente e prudentemente indotto (sempre sulla spinta della “moral suasion”) a non impiegare la clausola in questione (espungendola dalle condizioni generali o dai moduli, modelli e formulari) ovvero a modificarla¹⁰⁹ per non incorrere in più pesanti censure all’esito dell’iter amministrativo “ordinario” ovvero di un processo civile.

Il regolamento di procedura lascia, infine, ampia discrezionalità all’Amministrazione che – a meno che il professionista interessato non adduca motivate esigenze di riservatezza – può decidere di pubblicare in apposita sezione del proprio sito internet e/o sul proprio bollettino le risposte (favorevoli o sfavorevoli che siano) alle domande di interpello (art. 22, comma 7, reg. proc.).

IX. RILIEVI CONCLUSIVI E DE IURE CONDENDO.

L’istituzione di una tutela di carattere amministrativo avverso l’impiego di clausole vessatorie costituisce un’indubbia conquista dell’ordinamento che amplia il carnet dei rimedi (civilistici) a disposizione dei consumatori per contrastare la diffusione di discipline contrattuali lesive dei loro interessi¹¹⁰.

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato – investita di tale compito – si fa carico di un’ulteriore funzione di enforcement¹¹¹ rivolta alla realizzazione di assetti “proconsumeristici” (“consumer oriented”)¹¹²; questa

¹⁰⁹ Se del caso allineandosi alle indicazioni additate dall’Autorità interpellata che, nella prassi, potrebbe adottare provvedimenti di tipo “correttivo”, indicando nella motivazione le modifiche cui il professionista interpellante deve dare corso al fine di emendare i profili di illegittimità messi in evidenza.

¹¹⁰ Per considerazioni di più ampio respiro sulla necessità di una disciplina del mercato imperniata sulla valorizzazione del profilo etico e della componente non meramente patrimoniale degli interessi in gioco, cfr. LASSO, A.: “Centralità della questione etica e rilevanza dell’interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato”, in MARTINEZ SICLUNA Y SEPULVEDA, C. (a cura di), *L’etica nel mercato*. Padova (2011), p. 116 ss.

¹¹¹ Come messo in luce dal giudice amministrativo, il *public enforcement* soddisfa “un’esigenza diversa, da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest’ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte per la tutela di un interesse privato, mentre l’Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l’interesse pubblico, primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale” (TAR Lazio, Roma, 7 marzo 2006, n. 1713, *Foro it.* (2007), III, c. 91 ss., con nota di FAELLA, G.: “Potere cautelare in materia di *antitrust*, rifiuto di licenza e certificati complementari di protezione”). Sulla necessità di una reciproca interazione tra *public* e *private enforcement* in vista “del raggiungimento dell’ottimo di deterrenza”, LONGOBUCCO, F.: *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*. Napoli (2010), p. 56 s.

¹¹² MIRONE, A.: “Verso la despecializzazione”, cit., p. 318 s.

funzione si iscrive perfettamente nella prospettiva assiologica tracciata dagli artt. 41 e 42 cost. che ammettono (e addirittura sollecitano) forme di controllo (sia giurisdizionali sia amministrative, purché nel rispetto della riserva di legge¹¹³) sull'autonomia contrattuale nel tentativo di rimediare alla posizione di inferiorità in cui versano i contraenti c.dd. “deboli” e a rendere quanto più effettiva ovvero “accessibile” tale autonomia in nome delle istanze personalistiche e solidaristiche che innervano la Costituzione repubblicana¹¹⁴.

Per l'effetto, i preconcetti che avevano in origine portato ad accantonare la strada di un sindacato accentrato di vessatorietà in sede amministrativa appaiono oggi superati, sebbene l'istituzione di un procedimento che non sfoci in una decisione in grado di incidere sulla validità delle clausole giudicate abusive sembra ancora subire gli influssi di una discutibile logica “passatista”. Oltre ai dubbi di legittimità costituzionale¹¹⁵, si fa largo il convincimento che il presidio introdotto dall'art. 37 bis c. cons. e imperniato sulla sola moral suasion – pur avendo il merito di promuovere, nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale¹¹⁶, una maggiore moralizzazione delle condotte imprenditoriali attraverso la diffusione di una corretta etica mercantile¹¹⁷ – pecchi di incisività¹¹⁸ (risentendo anche per questo di una certa

¹¹³ Sulla portata della riserva di legge, ANGELONE, M.: *Autorità indipendenti*, cit., pp. 191 ss., ma spec. 200 s.

¹¹⁴ L'intangibilità della autonomia contrattuale incontra il proprio limite nell'attuazione dei valori fondamentali della Costituzione gerarchicamente superiori. Difatti, le stesse libertà di iniziativa economica e di concorrenza (che ne costituiscono l'antecedente logico) hanno carattere strumentale, dacché “sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona [...]” (PERLINGIERI, P.: “Mercato, solidarietà e diritti umani”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 257).

¹¹⁵ Cfr., *retro*, § 8.

¹¹⁶ Del medesimo avviso, specie in relazione alla procedura di interpello tesa “ad incentivare l'autoregolamentazione e a prevenire l'intervento del giudice”, cfr. BATTELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 71.

¹¹⁷ A tal proposito, tra la grande messe di disposizioni che hanno trovato accoglienza nel decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012), spicca anche l'art. 5 *ter*, rubricato “Rating di legalità delle imprese”, che, proprio “Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali”, demanda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito “di procedere [...] alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un *rating* di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale” e del quale tenere conto “in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario”. L'Agcm, con propria delibera del 14 novembre 2012, ha altresì provveduto ad adottare il “Regolamento di attuazione dell'articolo 5-*ter* del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62”.

¹¹⁸ Senza con ciò voler sottovalutare l'insegnamento di autorevole dottrina secondo cui “L'incisività del controllo amministrativo [...] non deve tuttavia essere valutata in termini di

“sudditanza” rispetto al concorrente rimedio giurisdizionale) e debba essere perfezionato tramite il riconoscimento all’Agcm di poteri inibitori (e, perché no, cautelari) simili a quelli già concessi in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole, per evitare “che il nuovo sistema di controllo premi le imprese già “virtuose” [...] ma non costituisca un valido deterrente per la maggioranza delle imprese che, in assenza di sanzioni diverse dal semplice discredito “sociale”, derivante dalla pubblicazione del provvedimento dell’Autorità che accerti la vessatorietà delle clausole, non sono incentivate ad assumere comportamenti corretti”¹¹⁹.

effetti giuridici ma con riguardo all’intensa forza deterrente che di fatto può essere esercitata dagli accertamenti di un organo pubblico altamente qualificato e indipendente” (BIANCA, C.M.: “Le tecniche di controllo”, cit., p. 366).

¹¹⁹ RUMI, T.: “Il controllo amministrativo”, cit., p. 645.

INTERNET Y CONTRATO DE JUEGO. EL JUEGO ON LINE Y LA
REGULACION DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA EN EL
DERECHO ESPAÑOL

INTERNET AND BETTING CONTRACT.ON LINE GAMBLING
AND REGULATION OF BETTING AND GAMBLIING CONTRACT
IN SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 327-360.

Fecha entrega: 15/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ESTHER ALGARRA PRATS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
e.algarra@ua.es

JAVIER BARCELÓ DOMENECH
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante.
j.barcelo@ua.es

RESUMEN: El juego y la apuesta siempre han tenido interés para el Derecho y, particularmente, para el Derecho Civil. Los Códigos civiles han regulado el contrato de juego y apuesta atendiendo a la realidad de la época de la codificación. Internet ha supuesto una auténtica revolución en muchas materias del Derecho Civil y muy especialmente, en la concepción y práctica del juego y la apuesta. El juego y apuesta on line ha hecho necesaria una nueva regulación jurídica conforme a la realidad actual. La mencionada regulación tiene un importante componente privado, como es el contrato de juego y apuesta. El presente trabajo aborda el impacto de internet en los juegos y apuestas, el juego on line y la regulación del contrato de juego y apuesta en el Derecho español, interpretando el Código civil conforme a la Ley de Regulación del Juego española y su normativa de desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Juego y apuesta, internet, juego on line, contrato de juego y apuesta.

ABSTRACT: Gambling and betting always have had interest for the Law and, particularly, for the Civil law. The civil Codes have regulated the gambling and betting contract attending to the reality of the epoch of the codification. Internet has been an authentic revolution in many matters of the Civil law and very specially in the conception and practice of gambling and betting. The on-line gambling and betting has made necessary a new juridical regulation according to the current reality. The above mentioned regulation has an important private component, like is the gambling and betting contract. The present work approaches the impact of internet on gambling and betting, the on line gaming and the regulation of the gambling and betting contract in spanish Law, interpreting the civil Code according to the spanish Law of Game and Bett and its implementing regulations.

KEY WORDS: Gambling and betting, internet, on-line gambling and betting, gambling and betting contract.

SUMARIO: I. INTERNET Y CONTRATO DE JUEGO.- 1. El juego y la apuesta en el Derecho.- 2. Cambios en la concepción y en la regulación del juego.- II. LA REGULACIÓN DEL JUEGO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA LEY 13/2011, DE 27 DE MAYO, DE REGULACIÓN DEL JUEGO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO.- III. PRINCIPALES CUESTIONES DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL JUEGO ON LINE.- 1. Concepto de juego y apuesta.- 2. Concepto del contrato de juego y apuesta.- 3. Sujetos del contrato.- 4. Objeto del contrato.- 5. Requisitos de forma.- 6. Contenido del contrato. Derechos y obligaciones de las partes. IV. LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN ORDEN A JUEGOS Y APUESTAS PROHIBIDOS Y NO PROHIBIDOS EN EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL. ASPECTOS A CONSIDERAR TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DEL JUEGO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO.

I. INTERNET Y CONTRATO DE JUEGO.

1. El juego y la apuesta en el Derecho.

El juego es una manifestación del espíritu lúdico del ser humano, que en todas las épocas y en todos los lugares se ha practicado en mayor o menor medida y con distintas finalidades. Se ha señalado que el juego es más viejo que la cultura y la cultura humana brota del juego -como juego- y en él se desarrolla¹; además, reina una extraordinaria uniformidad en todas las culturas por lo que respecta a los usos agonales y la significación que se les presta, lo que demuestra lo arraigada que se halla la actitud lúdica en lo más hondo del alma y de la convivencia humanas². El juego es algo ligado inescindiblemente al ser humano, que prácticamente está presente en todas las etapas de su vida, incluso en alguna de ellas con una significación de vital importancia. Es verdad que la finalidad perseguida con el juego, la importancia que se le da, la asiduidad con la que se practica, son cuestiones que cambian a lo largo de la vida de la persona y también en función de las circunstancias individuales y sociales de cada cual; pero lo cierto es que el juego nunca desaparece del todo en la vida del ser humano, bien sea como medio de distracción o de diversión, bien sea con otras finalidades distintas de lo puramente lúdico, como el afán de competición y superación o el móvil económico, lo que pone de manifiesto que el juego y la apuesta pueden

¹ HUIZINGA, J.: *Homo ludens*, Madrid (1972): Alianza Editorial, pp. 8-11 y especialmente, pp. 63 y ss.

² HUIZINGA, J.: *Homo ludens*, cit., p. 129.

obedecer a objetivos distintos, lo que en sí mismo no prejuzga la consideración del juego.

Cabe señalar, pues, que el juego en sí mismo no es perjudicial siempre que se practique con moderación y como distracción, aunque hay que reconocer que con el tiempo, y desde luego, actualmente, el componente lúdico del juego se ha ido perdiendo o diluyendo, dejando paso a la práctica del juego con un componente más económico y menos relacional. En efecto, en algunos juegos, el componente de relación con otras personas no existe o existe apenas, y el objetivo que persigue quien juega no es la pura distracción o el entretenimiento, sino obtener unas ganancias. Esto se pone de manifiesto, especialmente, en los juegos practicados a través de Internet.

El juego y la apuesta, como fenómeno social, cultural y económico, interesa a distintas disciplinas (historia, filosofía, pedagogía, sociología, economía, estadística o psicología); y por supuesto, también tienen interés para el Derecho. Lo han tenido siempre, pues el fenómeno no es nuevo, aunque en la actualidad haya experimentado importantes cambios tanto en su consideración y en su práctica como en su regulación. Ahora bien, hay que tener muy presente que el interés del Derecho por el juego y la apuesta no se centra en el fenómeno en sí, sino en la consideración del mismo desde distintas perspectivas: en la medida en que dicho fenómeno necesita ser controlado y reglamentado en su práctica y desarrollo, sujetándolo a autorizaciones y licencias (perspectiva administrativa); en la medida en que dicho fenómeno sea susceptible de ser gravado con tasas e impuestos y ser fuente de ingresos para las arcas públicas (perspectiva fiscal) y en la medida en que pueda producir consecuencias patrimoniales para quienes participan en él, regulando las relaciones entre particulares que se originan con la práctica del mismo (perspectiva civil)³. Por eso, las normas jurídicas que regulan y disciplinan los juegos y apuestas no se ocupan de los mismos siempre y en cualquier caso, sino tan sólo en la medida en que haya esa necesidad de regulación, lo que sucede cuando se cruza dinero u otros bienes en cantidad o importe de cierta consideración⁴. De ahí que las normas

³ Desde la perspectiva penal, el juego y la apuesta son susceptibles de ser considerados delitos y faltas cuando atentan contra bienes jurídicos que se considera que deben merecer la protección del Derecho penal, como así ha sucedido en España durante muchos años. Ampliamente sobre el tema PINO ABAD, M.: *El delito de juegos prohibidos*, Madrid (2011): Dykinson. Actualmente, la perspectiva penal carece de interés, dado que el juego ha sido despenalizado.

⁴ GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), t. XXII, vol. 1º, Madrid (1982): Editorial Revista de Derecho Privado, p. 335; LLOBET AGUADO, J.: “El contrato de juego y apuesta”, *La Ley*, 1993, *La Ley* 7340/2001, p. 3; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de juego y apuesta*, Barcelona (1996): Bosch, p. 21; LÓPEZ MAZA, S.: *El contrato de juego y apuesta en el ámbito civil*, Navarra (2011): Aranzadi, pp. 23, 76-77 y 94.

administrativas hayan excluido de su ámbito de aplicación los juegos de puro ocio, pasatiempo o recreo que constituyan usos sociales, siempre que no produzcan transferencias económicas entre los jugadores, o éstas sean de escasa cuantía, y siempre que no se haga de estos juegos explotación lucrativa. De ahí también que el Código civil conceda acción para reclamar lo ganado en determinados juegos que no se consideran prohibidos y contemple la posibilidad de desestimar la demanda o reducir la obligación cuando las cantidades cruzadas se consideren excesivas.

Para el Derecho civil, el juego y la apuesta tienen importancia desde una doble perspectiva: por un lado, el acuerdo contractual, el contrato de juego y apuesta, y por otro lado, el cumplimiento una vez producido el resultado del juego o la apuesta. El juego es, sin duda, un tema de Derecho civil⁵, pero como señalan algunos civilistas, al Código civil el juego en sí es una actividad que no le interesa, más que como instrumento para la creación de una alea, que hará perder o ganar al jugador según el resultado⁶. El Código de lo que se ocupa es de las consecuencias patrimoniales del juego y de la apuesta⁷, pero, sin embargo, no regula el contrato de juego. Nos encontramos, pues, con que nuestro Código aborda sólo una de las perspectivas que interesan al Derecho civil (el cumplimiento una vez producido el resultado); la otra, no menos importante (el contrato de juego y apuesta), ha sido más o menos desarrollada por la doctrina civil y, actualmente, se encuentra regulada en parte por el legislador en la nueva normativa sobre el juego (Ley 13/2011 de 27 de mayo de Regulación del Juego y su normativa de desarrollo).

2. Cambios en la concepción y en la regulación del juego.

Tradicionalmente, el legislador ha mirado el juego con recelo, sobre todo, los juegos de azar. Ya en el Derecho Romano, los juegos de azar estuvieron prohibidos, aunque eran habitualmente practicados por la población

⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: “El juego y la apuesta en el Derecho civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1967), núm. 460, p. 720.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L.: “El juego”, cit., pp. 722-723; LLOBET AGUADO, J.: “El contrato de juego y apuesta”, cit., p. 3; CORBAL FERNÁNDEZ, J.: “Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.”, en *Comentario del Código civil* (coord. Sierra Gil de la Cuesta), t. 8, Barcelona (2006): Bosch, p. 655. En parecido sentido, LÓPEZ JACOISTE, J.J.: “El juego, contexto jurídico”, *Anuario de Derecho Civil* (1996), pp. 514-515.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: “El juego”, cit., pp. 722-723; LLOBET AGUADO, J.: “El contrato de juego y apuesta”, cit., p. 3; NIETO ALONSO, A.: “Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.”, en *Comentarios al Código civil* (dir. Domínguez Luélmo), Valladolid (2010): Lex Nova, p. 1946; DÍAZ GÓMEZ, M.J.: “Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.”, en *Código civil comentado*, vol. IV (dir. Cañizares Laso / De Pablo Contreras / Orduña Moreno / Valpuesta Fernández), Navarra (2011): Aranzadi, p. 1020; LÓPEZ MAZA, S.: *El contrato de juego y apuesta*, cit., p. 138.

romana⁸. La regulación del Código civil español responde a una mirada sospechosa y desfavorable hacia el juego, como venía siendo habitual en nuestro Derecho y también en otros ordenamientos. El juego y la apuesta siempre han planteado al legislador un delicado problema de política jurídica, que no ha sido fácil de resolver, por estar en juego (valga la expresión) intereses contrapuestos. Eso explica que históricamente, nuestras normas sobre el juego hayan sido prohibitivas y restrictivas. Conviene recordar que a la promulgación del Código civil, el juego estaba penalmente castigado y ello en buena medida explica la toma de postura en la legislación civil, desprotegiendo los juegos y apuestas prohibidos y protegiendo, aunque parcialmente, los no prohibidos, en una enumeración de estos últimos propia de la época. Con el tiempo, sin embargo, las cosas cambiaron profundamente, produciéndose importantes modificaciones legislativas y de tendencia en materia de juego, pero los preceptos del Código han permanecido inmodificados, recogiendo una foto fija de la situación que no se corresponde realmente con el estado de cosas actual. Parece como si el legislador hubiera ignorado la propia existencia del Código, dictando una serie de normas administrativas que se alejan de los principios que inspiraron la codificación civil⁹ y la situación legislativa de la época, como si las normas administrativas y las civiles fueran dos sistemas separados y sin relación entre sí.

Hemos de destacar, en primer lugar, los cambios sociales en la concepción del juego y la apuesta y en la práctica de los mismos. El juego y la apuesta se han convertido en fenómenos sociales de importancia creciente y de práctica habitual. No quiere esto decir que antes no se jugase, pues jugar y apostar es algo que se ha hecho siempre, sino que actualmente la tendencia al juego ha ido en aumento y no parece que la moral ni las costumbres imperantes reprobren el juego, al menos el que se practica sin excesos, juego en el que la Administración, por cierto, participa, reservándose la explotación de ciertos juegos de azar. Esto significó una progresiva apertura de la legislación administrativa hacia el juego y su definitiva despenalización en nuestro Derecho, regulándose también ampliamente el juego por las Comunidades Autónomas.

⁸ Sobre el juego y la apuesta en el Derecho Romano pueden verse DÍAZ GÓMEZ, M.J.: “El origen histórico del contrato de juego”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento* (2002), núm. 2, pp. 285 y ss.; ID.: “Contrato de juego I. Derecho romano”, *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law* (2009), núm. 37, pp. 207 y ss.; QUINTANA ORIVE, E.: “D. 11.5 (De aleatoribus) y C. 3.43 (De aleae lusu et aleatoribus): Precedentes romanos del contrato de juego”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* (2009), núm. XLII, pp. 17 y ss.

⁹ DÍAZ GÓMEZ, M.J.: “Comentario”, cit., p. 1032.

Estos cambios legislativos ya plantearon a la doctrina y a la jurisprudencia civil cuestiones de interpretación, por la incidencia que la normativa jurídico-pública pudiera tener en la interpretación y aplicación de las normas del Código civil sobre el juego. La aprobación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego y una serie de normas de desarrollo de la misma, nuevamente vuelven a poner sobre la mesa la necesidad de interpretar los artículos del Código civil en materia de juegos y apuestas, y, además, regulan cuestiones de claro carácter jurídico-privado. Y nuevamente parece que el legislador mantiene dos sistemas separados, como si no tuvieran nada que ver entre sí, lo cual es a todas luces erróneo.

Por otra parte, junto a las formas de jugar tradicionales, se han producido importantes cambios tecnológicos que han incidido en el juego y en la manera de jugar. Internet ha revolucionado este campo, como tantos otros, generando en materia de juego un ambiente transnacional y planteando nuevos retos jurídicos al legislador, pues el juego on-line, aparte de las cuestiones tradicionales que hay que regular en materia de juego, exige también la regulación de otras cuestiones técnicas y nuevas medidas de control y protección a quienes participan en el mismo. El juego a través de Internet, por su acceso relativamente fácil y permanente, por su gran oferta, muchas veces sin control y en una situación irregular, por el anonimato que favorece la red y el aislamiento de los participantes, era una materia que necesitaba de una especial regulación, para proteger todos los intereses en juego, tanto de los jugadores como de los operadores. Esos cambios tecnológicos han propiciado en buena medida la nueva legislación estatal sobre el juego, aparte de importantes razones fiscales.

Estos cambios hacen necesario un planteamiento actual de un tema clásico del Derecho civil, como es el juego y la apuesta, que necesita recibir adecuada respuesta, especialmente, cuando se trata de relaciones entre particulares que no pueden quedar sustraídas al Derecho civil con la excusa de que los preceptos que éste dedica a la materia han quedado superados por el devenir de las circunstancias y que la regulación de esta materia ha quedado enteramente en manos de la Administración. Antes al contrario, la propia Ley del Juego dispone que la relación entre las partes que intervienen en el juego (participante y operador habilitado) constituye una relación de carácter privado, pues así es, aunque el juego se practique a través de Internet.

La incidencia de Internet en el Derecho civil se ha reflejado en numerosas materias que deben ser ahora abordadas por los civilistas desde esta nueva perspectiva, dado que Internet ha modificado profundamente muchos aspectos de la vida y las relaciones de las personas, tanto personales como patrimoniales. Y el juego no es una excepción; antes al contrario, es quizá uno de los sectores que se ha visto más “revolucionado” por las posibilidades que ofrece el juego on line. Todo ello pone de manifiesto la necesidad de

interpretar la tradicional regulación del juego a la luz del actual panorama legislativo.

II. LA REGULACIÓN DEL JUEGO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LA LEY 13/2011, DE 27 DE MAYO, DE REGULACIÓN DEL JUEGO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO.

El panorama legislativo español en materia de juego es, en la actualidad, bastante complejo, siendo, además, una materia donde confluyen Derecho privado y Derecho público y legislación de las Comunidades Autónomas y del Estado. Centraremos nuestra atención en lo dispuesto en el Código civil y muy especialmente en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego y en su normativa de desarrollo.

El Código civil regula el juego y la apuesta en los arts. 1798 a 1801 CC, que establecen lo siguiente:

Art. 1798: “La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes”.

Art. 1799: “Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable a las apuestas. Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos”.

Art. 1800: “No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza”.

Art. 1801: “El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La Autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia”.

Estos preceptos no han sido modificados desde la promulgación del Código y no hace falta insistir en lo anacrónico y anticuado de su regulación. Conviene tener presente que, a la promulgación del Código civil, el juego de azar estaba penalmente castigado y no se produjo su despenalización definitiva hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. A partir de esta norma, el juego quedó sometido exclusivamente a control administrativo y a

las consiguientes sanciones administrativas en caso de infracción o incumplimiento de la normativa reguladora.

Con la promulgación de los Estatutos de Autonomía y la asunción y transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de juegos y apuestas, las Comunidades Autónomas han legislado sobre la materia, promulgando normas con rango de ley sobre los juegos y apuestas, así como normas de desarrollo, en sus respectivos ámbitos territoriales. Las normas estatales entonces vigentes, dispersas, anticuadas y de rango reglamentario, quedaron prácticamente superadas por esta legislación autonómica ¹⁰, pues dada su competencia en materia de juego, se van a aplicar las normas autonómicas correspondientes al juego presencial que se desarrolle en el ámbito de cada Comunidad Autónoma (salvo las apuestas mutuas deportivo-benéficas) y también a los juegos y apuestas a través de medios informáticos y telemáticos de ámbito autonómico en aquellas Comunidades que han legislado sobre la materia.

Precisamente, la ausencia de una Ley estatal integral y actual en materia de juego, hasta la promulgación de la Ley 13/2011, fue suplida por la legislación de las Comunidades Autónomas, legislación que sigue siendo de aplicación en sus respectivos ámbitos territoriales, en la medida en que la nueva Ley del Juego mantiene el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, respetando las competencias autonómicas. Esta doble regulación del juego, según su ámbito territorial, implicará la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de la normativa estatal. A la vista de la regulación autonómica, podemos afirmar que sigue habiendo juegos de azar prohibidos, pero no están prohibidos por ser de suerte, envite o azar, sino por no estar recogidos en la Ley y en el correspondiente Catálogo de juegos autorizados o, estándolo, por practicarse sin autorización o licencia, o en lugares no autorizados o por personas no autorizadas. Así lo disponen todas las leyes autonómicas.

La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego ¹¹, tiene su origen más inmediato en la Disposición adicional vigésima de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso a la Sociedad de la Información, que

¹⁰ LOZANO, B.: “La nueva Ley de Regulación del Juego: un panorama de incertidumbres”, *Diario La Ley* (2011), núm. 764, 3 de junio de 2011. *La Ley* 10505/2011, p. 1; CALONGE VELÁZQUEZ, A.: “Hacia un estatuto básico del participante en las actividades de juego. Derechos y prohibiciones subjetivas”, en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. Herráiz Serrano), Madrid (2012): La Ley, pp. 225.

¹¹ La Ley ha sido modificada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por lo que se refiere a la Comisión Nacional del Juego, y por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Comunicaciones, en lo que se refiere a la publicidad, patrocinio y promoción de las actividades de juego.

encomendaba al Gobierno presentar un Proyecto de Ley para regular las actividades de juegos y apuestas, incluidas las realizadas a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas, atribuyendo al Estado la competencia para la ordenación de las actividades de juegos y apuestas realizadas a través de sistemas interactivos cuando su ámbito sea el conjunto del territorio nacional.

La Ley del Juego tiene por objeto regular la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal, con el fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos. La Ley regula, en particular, la actividad de juego cuando se realice a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales deberán tener un carácter accesorio. La Ley se aplica también, con independencia del canal de comercialización, a los juegos desarrollados por las entidades que pueden realizar actividades sujetas a reserva (art. 1) (se refiere la Ley al juego de loterías de ámbito estatal, que se reserva en exclusiva a favor de la Sociedad Española de Loterías y Apuestas del Estado y de la Organización Nacional de Ciegos de España).

Encontramos, pues, dos tipos de actividades que quedan sujetas a la Ley del Juego¹²: por un lado, los juegos de lotería de ámbito estatal, que quedan reservados a los operadores que designa la propia norma (SELAE y ONCE); por otro lado, los demás juegos, que pueden ser explotados por quienes obtengan el correspondiente título habilitante. Partiendo de la necesidad de dotar de un nuevo marco jurídico a las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal, y particularmente a los juegos practicados on-line, la Ley del Juego establece nuevos mecanismos de regulación que ofrezcan seguridad jurídica a los operadores y participantes en los diferentes juegos.

Se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley, cuando la actividad desarrollada tenga ámbito estatal (art. 2.1): a) Las actividades de juego de loterías y apuestas y otras cualesquiera, en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma, sobre resultados futuros e inciertos, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. b) Las rifas y concursos, en los que la participación se realiza mediante una contraprestación económica. c) Los juegos de carácter

¹² GÓNZALEZ-ESPEJO, P. / LÓPEZ VELÁZQUEZ, D.: “La nueva Ley del Juego”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2011), núm. 30, p. 39.

ocasional, que se diferencian de los anteriores por su carácter esporádico. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (art. 2.2): a) Los juegos o competiciones de puro ocio, pasatiempo o recreo que constituyan usos sociales y se desarrollen en el ámbito estatal, siempre que éstas no produzcan transferencias económicamente evaluables, salvo el precio por la utilización de los medios precisos para su desarrollo y cuando éste no constituya en medida alguna beneficio económico para el promotor o los operadores. b) Las actividades de juegos realizadas a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos cuyo ámbito no sea estatal. c) Las combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales¹³.

La Ley del Juego regula, pues, las actividades de juego de ámbito estatal, tanto si se realizan de forma presencial como por medios electrónicos, informáticos o telemáticos¹⁴, pues la competencia para autorizar juegos de ámbito estatal corresponde al Estado¹⁵.

Se ha señalado en la doctrina que las actividades de juego on-line son las que tienen generalmente ámbito estatal, cuando no supra-estatal, por lo que a ellas se dirige fundamentalmente la Ley del Juego, pero la Ley resulta también aplicable a actividades de juego de ámbito estatal que no apliquen estas tecnologías¹⁶. Por contra, hay quien considera que no puede decirse que la Ley dota de un nuevo marco jurídico a las actividades de explotación y gestión de juegos de ámbito estatal, porque las actividades de regulación, explotación y gestión de todos los juegos son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas; los juegos presenciales que se comercializan en locales (casinos, bingos, salones de juegos y apuestas) requieren la autorización autonómica y la Administración estatal no puede autorizar estos locales ni los juegos que se comercializan en ellos¹⁷; por esto se critica que el sector del juego siga tan fragmentado en España, normativamente hablando, y que los usuarios presenciales puedan disfrutar de algunos productos de juego en unas Comunidades y en otras no¹⁸.

Interesa destacar que la Ley regula el juego en la medida en que existe un elemento patrimonial (se arriesgan cantidades de dinero u otros objetos) y

¹³ Aunque la Ley las excluye de su ámbito de aplicación, incluye, no obstante, disposiciones relevantes sobre su régimen jurídico: la definición de esta modalidad de juego, que no existía en ninguna otra norma de carácter estatal, y su régimen fiscal.

¹⁴ En este sentido, LOZANO, B.: “La nueva Ley de Regulación del Juego”, cit., p. 2.

¹⁵ STC 32/2012, de 15 de marzo (BOE 12 de abril de 2012); STC 35/2012, de 15 de marzo (BOE 12 de abril de 2012) y STC 83/2012, de 18 de abril (BOE 16 de mayo de 2012).

¹⁶ LOZANO, B.: “La nueva Ley de Regulación del Juego”, cit., p. 3.

¹⁷ ANDRÉS ALVEZ, R.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. Herraiz Serrano), Madrid (2012): La Ley, p. 707.

¹⁸ ANDRÉS ALVEZ, R.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*, cit., p. 716.

elimina las diferencias entre juegos puramente de azar y juegos de destreza, pues todos los juegos de ámbito estatal, siempre que medie ese elemento patrimonial, van a quedar sometidos a la Ley, con independencia de que predomine en ellos la destreza de los jugadores o sean exclusivamente de suerte o azar.

La Ley dedica un amplio artículo 3 a las definiciones de juego, loterías, apuestas, rifas, concursos y a la distinción entre juegos a través de medios presenciales y juegos por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos. Parece que la Ley no pretende ser exhaustiva en los juegos que regula ni hacer una enumeración cerrada de los mismos, pues en este apartado contempla la Ley “otros juegos”, que serían todos aquellos que no tienen cabida en las definiciones anteriores, siempre que exista un componente de aleatoriedad o azar y se arriesguen cantidades de dinero (a modo de ejemplo menciona la ley el póquer o la ruleta). De este modo, no hay un *numerus clausus* de juegos posibles que justificara la exclusión de otros por no estar mencionados expresamente en la ley. Este apartado residual permitiría incluir cualquier juego de azar que pudiera aparecer en un futuro¹⁹.

En la regulación de los juegos, el art. 5.1 señala que se establecerá la reglamentación básica para el desarrollo de cada juego. El art. 5.2 dispone expresamente que cualquier modalidad de juego no regulada se considerará prohibida. Para poder realizar actividades de juego, hay que obtener el correspondiente título habilitante (licencias y autorizaciones de actividades de juego). Toda actividad que se realice sin el preceptivo título habilitante o incumpliendo las condiciones y requisitos establecidos en el mismo, tendrá la consideración legal de prohibida (art. 9.2). Sigue existiendo, pues, la categoría de juegos prohibidos, que serán todos aquellos no autorizados o que, estando autorizados, se lleven a cabo incumpliendo la normativa.

La Ley establece prohibiciones de juego por razones objetivas y subjetivas (art. 6) y establece también prohibiciones a los operadores de juego (art. 13). El art. 15 recoge los derechos y obligaciones de los participantes en los juegos. Fundamentalmente en estos preceptos se recogen las disposiciones relativas a los sujetos que intervienen en el juego, especialmente en los arts. 6 y 15 por lo que se refiere a los jugadores. En este punto, se ha criticado la ley por prestar escasa atención a los jugadores o apostantes, que es una de las partes fundamentales del juego, y por su falta de sistemática, aunque sin dejar de reconocer que se ha dado un paso importante en la protección de los

¹⁹ LALANDA FERNÁNDEZ, G.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. Herraiz Serrano), Madrid (2012): La Ley, pp. 182-183.

intereses de los jugadores y apostantes, que legalmente están más protegidos con la actual ley²⁰.

En el marco de protección de los consumidores y políticas de juego responsable, el art. 8.1 establece que las acciones preventivas se dirigirán a la sensibilización, información y difusión de las buenas prácticas de juego, así como de los posibles efectos que una práctica no adecuada del juego puede producir. El precepto obliga a los operadores a adoptar un plan de medidas para mitigar los posibles efectos perjudiciales que pueda producir el juego sobre las personas y a incorporar las reglas básicas de política de juego responsable. Por lo que se refiere a la protección de los consumidores: a) Prestar la debida atención a los grupos de riesgo. b) Promocionar actitudes de juego moderado, no compulsivo y responsable. c) Informar de la prohibición de participar a los menores de edad o a las personas incluidas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego (en el art. 22 b) se regula este Registro). El art. 8.2 dispone expresamente que los operadores no podrán conceder préstamos ni cualquier otra modalidad de crédito o asistencia financiera a los participantes. Las políticas de juego responsable cobran especial importancia en relación con el juego on line, donde el riesgo de adicción es mayor, según advierten los especialistas²¹.

El art. 15.3 señala expresamente que la relación entre el participante y el operador habilitado constituye una relación de carácter privado y que las disputas y controversias que pudieran surgir entre ellos están sujetas al orden jurisdiccional civil.

En orden a la protección de los consumidores, hay que señalar que la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre Protección de los Consumidores, ha excluido la actividad del juego de su ámbito de aplicación. Como señala la propia Directiva, “las actividades de juego por dinero son aquellas que implican apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, el juego en los casinos y las apuestas. En relación con dichas actividades, los Estados miembros deben poder adoptar medidas diferentes, incluso más estrictas, de protección de los consumidores” (Considerando 31). En consecuencia, el art. 3.3 c) de la Directiva dispone que la misma no se aplicará a los contratos de

²⁰ CALONGE VELÁZQUEZ, A.: “Hacia un estatuto básico”, cit., pp. 209 y ss. En esta misma línea, GARCÍA QUINTAS, M.M.: “La protección de los jugadores en el ámbito administrativo: la protección de los consumidores y usuarios”, en *El juego on line* (dir. Palomar Olmeda), Navarra (2011): Thomson Reuters Aranzadi, p. 450.

²¹ Puede verse sobre el tema CHOLIZ MONTAÑÉS, M.: “¿De quién es la responsabilidad del juego responsable?”, en *Seis cuestiones sobre el juego de azar* (dir. Cases Méndez), Navarra (2014): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 59 y ss.

actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas.

La Ley del Juego contiene una Disposición derogatoria general (“quedan derogadas todas aquellas normas que se opongan a lo preceptuado en esta Ley y cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan lo establecido en la misma”) y deroga expresamente una serie de normas. Cabe plantear la duda de si la Ley del Juego ha derogado tácitamente los preceptos del Código civil, cuestión de la que nos ocuparemos posteriormente, aunque cabe adelantar aquí que consideramos que la Ley del Juego no ha derogado los preceptos del Código civil, pero sí debe tenerse muy presente para la interpretación de los mismos. Precisamente al hilo de lo señalado, la Ley del Juego ha perdido la oportunidad de clarificar definitivamente esta materia y de haber modificado en lo necesario los artículos del Código civil en materia de juegos y apuestas, para armonizar de una vez por todas las normas administrativas y las normas civiles y lograr de este modo una regulación coherente en todos los ámbitos. Perdida esta oportunidad, pero subsistiendo la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico en su conjunto y con un resultado coherente de sus disposiciones, que no pueden mantenerse como compartimentos estancos, cobra todavía más fuerza la necesidad de reinterpretar los preceptos del Código civil, teniendo presente la actual regulación del juego.

Junto a la Ley del Juego se ha promulgado también una normativa de desarrollo, de entre la que cabe mencionar especialmente el Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego (corrección de errores BOE de 11 de enero de 2012) y el Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego (corrección de errores BOE de 11 de enero de 2012). Por lo que a nuestro tema interesa, el Real Decreto 1613 regula el tema de la identificación de los participantes y el control de las prohibiciones subjetivas de participación en los juegos; el Real Decreto 1614 se ocupa de las relaciones entre los operadores y los participantes y regula el contrato de juego y el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego.

III. PRINCIPALES CUESTIONES DEL CONTRATO DE JUEGO Y APUESTA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL JUEGO ON LINE.

Falta en nuestro Código civil una verdadera regulación del contrato de juego y apuesta (el Código de lo que realmente se ocupa es de las consecuencias patrimoniales del juego y de la apuesta), y a falta de esa regulación particular, hay que aplicar las reglas de la teoría general del contrato y las específicas

normas administrativas. Hay que tener en cuenta que actualmente, tenemos una regulación del contrato de juego en el Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre (arts. 31 y siguientes). Como señala el propio Real Decreto 1614/2011, es una regulación básica del contrato de juego, en desarrollo de la Ley del Juego, y se incluyen en el ámbito de aplicación del Real Decreto las actividades de juego que sean desarrolladas en el ámbito estatal, en particular, cuando estas actividades se realicen a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, en la que los medios presenciales tengan carácter accesorio (art. 1). Aunque en principio pudiera parecer que la regulación pretende ser general para todos los supuestos que caen bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Juego (actividades de juego de ámbito estatal, tanto si se realizan de forma presencial como por medios electrónicos, informáticos o telemáticos), realmente, esta regulación del contrato de juego parece estar pensando sólo en el juego on-line, que suele organizarse mediante la apertura de una cuenta en la que el participante deposita una determinada cantidad de dinero y realiza apuestas a partir de esa cuenta, donde recibe también los abonos de los premios, que es, en resumidas cuentas, lo que viene a regular este Real Decreto.

La Ley del Juego se dirige fundamentalmente a las actividades de juego on-line, porque son estas actividades las que generalmente tienen ámbito estatal y sobre las que tiene competencias el Estado, pues por la distribución de competencias en materia de juego en nuestro país, las Comunidades Autónomas tienen competencia sobre el juego que se desarrolle en sus respectivos territorios. Por eso en el Preámbulo de la Ley del Juego se señala que la Ley ha de ser la norma sectorial de referencia en materia de explotación de juegos a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos en el ámbito estatal, procurando al mismo tiempo la coordinación o integración de la regulación que ahora se aprueba con el marco normativo general de la actividad del juego en nuestro país. Sin duda, la regulación del juego on-line era necesaria, especialmente, por la peculiaridad de los medios empleados en su desarrollo y por los particulares problemas que esos medios pueden plantear; pero el juego on-line no difiere de la realidad subyacente que existe también en el juego presencial, y que no es otra que la práctica de juegos y apuestas. Y esa práctica, y la consiguiente relación contractual entre las partes, sigue existiendo y se sigue realizando junto al juego on-line, que no ha hecho desaparecer el juego presencial, sino que se coloca junto al mismo con la diferencia del medio empleado.

La normativa de desarrollo de la Ley del Juego se ha ocupado de regular el contrato de juego on-line, aunque con una regulación básica, que necesitará ser completada con las normas del Derecho civil, dado que es una relación contractual privada. Junto a ella, sigue existiendo el contrato de juego y apuesta presencial (donde se incluirían los clásicos supuestos de acudir a un bingo, a un casino, comprar un décimo de lotería, un cupón de la once, hacer

una quiniela, una apuesta, y cualquier otro supuesto en que las partes celebran un contrato de juego y apuesta), que es el que hasta la fecha había recibido la atención de la doctrina y de la jurisprudencia civil y de cuyas consecuencias patrimoniales se ocupan los arts. 1798 a 1801 CC. Esos preceptos del Código civil siguen vigentes y se van a seguir aplicando, bien es cierto que profundamente reinterpretados, al contrato de juego, cualquiera que sea su modalidad, pues se trata de relaciones contractuales privadas; habrá que tener en cuenta las normas administrativas que tienen incidencia sobre la materia, la teoría general del contrato, las reglas particulares de cada juego; en fin, como venía siendo hasta ahora, y con esa labor de integración realizada por la doctrina y la jurisprudencia. Lo que sucede con el nuevo panorama legislativo es que si el juego se practica a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos y en el ámbito estatal, tenemos una regulación del contrato de juego.

De este modo, conviven ahora el clásico contrato de juego presencial, con una regulación incompleta y anticuada, que debe integrarse con la normativa autonómica sobre el juego, dado que la competencia sobre juego está residenciada en las Comunidades Autónomas, salvo que sea de ámbito estatal; los preceptos del Código civil específicos sobre el juego y la apuesta, que prevén las consecuencias patrimoniales de los mismos, igualmente con una regulación desfasada de la actual realidad en torno al juego y la apuesta; y una regulación básica del contrato de juego on-line. El legislador español ha perdido la oportunidad de hacer una regulación completa del contrato de juego en su totalidad, para lo cual sí tiene competencias, modificando el Código civil para actualizarlo y adaptarlo a la realidad social y jurídica y regular también, porque era necesario y conveniente, las especificidades del contrato de juego on-line, lo que incluso se podía haber hecho dentro del mismo Código.

1. Concepto de juego y apuesta.

El Código civil no da un concepto de juego ni de apuesta. De su articulado, puede deducirse que son dos realidades diferentes, si bien esto no tiene trascendencia jurídica dado que el art. 1799 CC las equipara en cuanto a sus consecuencias. La Ley del Juego sí da un concepto de juego y un concepto de apuesta. El art. 3 a) define el juego como “toda actividad en la que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma sobre resultados futuros e inciertos, dependientes en alguna medida del azar, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. Los premios podrán ser en metálico o especie dependiendo de la modalidad de juego”.

Se ha señalado que conforme a esta definición, para que haya juego, es necesaria la existencia de tres elementos: 1.- riesgo económico transferible entre los participantes; 2.- resultados futuros (excluye los pasados ignorados) e inciertos; 3.- intervención del azar, que no debe ser necesariamente predominante²². Hay quien opina que lo importante en la definición del juego de azar que se somete a la Ley está en la existencia de un posible “premio”²³. Consideramos que esto no es especialmente diferenciador del juego y otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la ley, como las combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, donde también hay premio (art. 3 i).

El art. 3 c) de la Ley del Juego define la apuesta como “aquella actividad de juego en la que se arriesgan cantidades de dinero sobre los resultados de un acontecimiento previamente determinado cuyo desenlace es incierto y ajeno a los participantes, determinándose la cuantía del premio que se otorga en función de las cantidades arriesgadas u otros factores fijados previamente en la regulación de la concreta modalidad de apuesta”. En cualquier caso, aún distinguiendo la legislación sobre el juego entre juego y apuesta, lo cierto es que ambos reciben el mismo tratamiento legal y que incluso, se ha generalizado la expresión juego para referirse con carácter general a esta actividad, incluyendo las apuestas y otras modalidades. De hecho, bastantes leyes autonómicas se denominan sin más Ley del Juego y la Ley estatal 13/2011, de 27 de mayo, lo es de Regulación del Juego, sin hacer mención en su título a las apuestas.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley del Juego las combinaciones aleatorias y los concursos en los que el concursante no realice ningún tipo de desembolso económico para participar (arts. 2.2 c) y 3 e)). La diferencia entre estos supuestos y el contrato de juego y apuesta propiamente dicho es que en el contrato de juego y apuesta debe darse siempre el binomio ganar-perder, es decir, quien celebra un contrato de juego o apuesta, cualquiera que sea su modalidad, entra necesariamente en la eventualidad de ganar el premio o perder la cantidad aportada para el juego o la apuesta. En cambio, en otro tipo de figuras en las que no se hace ningún tipo de desembolso económico, el binomio no es el de ganar-perder, sino el de ganar-no ganar, ya que como no ha habido ninguna aportación económica, nada pierde el que participa, pero en su caso puede ganar lo que se ofrece como regalo o premio. Además, especialmente en las combinaciones aleatorias, el obtener lo que se ofrece como regalo o premio no es el objetivo principal ni es el objeto del contrato, sino que la combinación aleatoria es accesoria a otro contrato, cuya celebración es la que permite participar en el

²² GÓNZALEZ-ESPEJO, P. / LÓPEZ VELÁZQUEZ, D.: “La nueva Ley del Juego”, cit., p. 39.

²³ LALANDA FERNÁNDEZ, G.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*, cit., p. 169.

sorteo. Normalmente, este tipo de promociones suelen hacerse para potenciar el consumo de productos o servicios y obtener así mayores beneficios²⁴.

2. Concepto del contrato de juego y apuesta.

En el ámbito civil, había sido hasta ahora la doctrina la que ofrecía diversos conceptos del contrato de juego y apuesta, pues no existía en el Código ni en ninguna otra norma un concepto del mismo. El Real Decreto 1614/2011 sí recoge un concepto de contrato de juego en su art. 2, pero es un concepto limitado a la modalidad del juego on-line y que realmente poco aporta a la construcción del concepto del contrato de juego y apuesta globalmente considerado, siendo, por tanto, incompleto el “concepto” legal. Conforme al art. 2.3 del Real Decreto 1614/2011, se entiende por contrato de juego “el negocio jurídico bilateral celebrado entre el participante y un determinado operador de juego y al que quedan vinculados los registros de usuario y las cuentas de juego”. El art. 2.4 define lo que se entiende por registro de usuario, que es “el registro único que permite al participante acceder a las actividades de juego de un determinado operador y en el que se recogen, entre otros, los datos que permiten la identificación del participante y los que posibilitan la realización de transacciones económicas entre éste y el operador de juego”, que es la persona física o jurídica que haya obtenido un título habilitante conforme a lo establecido en la normativa. La cuenta de juego es “la cuenta abierta por el participante y vinculada a su registro de usuario en el que se cargan los ingresos de las cantidades económicas destinadas por éste al pago de la participación en las actividades de juego y se abonan los importes de la participación. La cuenta de juego no puede presentar en ningún caso saldo acreedor” (art. 2.5). Hay límites a los depósitos que los jugadores pueden realizar en sus cuentas de juego, pero esos límites pueden ser incrementados por los propios jugadores (art. 36). El art. 35 concreta que para la participación en aquellos juegos en los que se requiera la identificación del participante, éste deberá haber aceptado el correspondiente contrato de juego y ser titular de un registro de usuario vinculado al mismo.

3. Sujetos del contrato.

La Ley del Juego se ocupa de tres grupos de sujetos: los jugadores, a los que la Ley llama participantes en las actividades de juego, los que organizan y explotan las actividades de juego (a los que la Ley llama operadores) y los que

²⁴ *Vid.* en este sentido LLOBET AGUADO, J.: “El contrato de juego y apuesta”, cit., p. 22 y la STS 12 junio 1997 (RAJ, 1997, 4771).

integran la Administración del Juego a los efectos de la Ley. De estos tres grupos, nos interesa la regulación de los dos primeros.

En materia de capacidad para celebrar el contrato de juego y apuesta rigen las reglas sobre la capacidad general para contratar (reglas generales en materia de incapacidad contractual) y las prohibiciones recogidas en la Ley del Juego. Por aplicación del art. 1263 CC, no pueden celebrar este contrato los menores de edad no emancipados y los incapacitados; entendemos que tampoco puede celebrar este contrato el menor emancipado (la Ley del Juego no se refiere al menor emancipado, limitándose a prohibir participar en los juegos a los menores de edad, regla que debe prevalecer por la finalidad tuitiva y protectora de las personas y de su patrimonio)²⁵. El art. 6.2 de la Ley del Juego prohíbe la participación en los juegos objeto de la Ley a las siguientes personas: a) Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil. b) Las personas que voluntariamente hubieren solicitado que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme. c) Los accionistas, propietarios, partícipes o titulares significativos del operador de juego, su personal directivo y empleados directamente involucrados en el desarrollo de los juegos, así como sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado, en los juegos que gestionen o exploten aquéllos, con independencia de que la participación en los juegos, por parte de cualquiera de los anteriores, se produzca de manera directa o indirecta, a través de terceras personas físicas o jurídicas. d) Los deportistas, entrenadores u otros participantes directos en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta. e) Los directivos de las entidades deportivas participantes u organizadores respecto del acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta. f) Los jueces o árbitros que ejerzan sus funciones en el acontecimiento o actividad deportiva sobre la que se realiza la apuesta, así como las personas que resuelvan los recursos contra las decisiones de aquéllos. g) El Presidente, los consejeros y directores de la Comisión Nacional del Juego, así como a sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado y a todo el personal de la Comisión Nacional del Juego que tengan atribuidas funciones de inspección y control en materia de juego. h) Cualesquiera otras personas que una norma pueda establecer.

Uno de los principales problemas que plantea el juego on-line es la identificación y el control de los participantes, para evitar posibles suplantaciones de identidad y, especialmente, que personas que están incursas

²⁵ En el mismo sentido, PEÑA LÓPEZ, F.: “Juego y apuesta. Peñas y participaciones de lotería”, en *Tratado de contratos* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), t. III, Valencia (2009): Tirant lo Blanch, pp. 3664-3665.

en una prohibición subjetiva puedan acabar teniendo acceso al juego. El control de las prohibiciones subjetivas es uno de los puntos críticos para los operadores²⁶. Hay distintas posibilidades de identificación y control, como la firma electrónica otorgada por una entidad reconocida, el dni electrónico, el número de afiliación a la Seguridad Social, el número de teléfono o la posibilidad de comprobar los datos a través de la entidad bancaria²⁷. La Ley del Juego (art. 22.1 b) prevé la creación del Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego, en el que se inscribirá la información relativa a aquellas personas que por resolución judicial tengan prohibido el acceso al juego o estén incapacitadas legalmente y aquellos ciudadanos que quieren que les sea prohibida la participación en actividades de juego, en los casos en que sea necesaria la identificación para la participación en las mismas. La información de este Registro se facilitará a los operadores de juego con la finalidad de impedir el acceso al juego de las personas inscritas en el mismo; pero el contenido del Registro no es público, quedando limitada la comunicación de los datos contenidos en el mismo única y exclusivamente a las finalidades previstas en la Ley. Así lo señala también el art. 46.2 del Real Decreto 1614/2011. La normativa de desarrollo de la Ley prevé el control de los participantes en los juegos on-line a través de su registro de usuario y de las inscripciones que figuren en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego. El Real Decreto 1613/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley del Juego en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego se ocupa, por lo que aquí interesa, del control de los participantes (arts. 26 y 27), concretamente de su identificación y del control de las prohibiciones subjetivas que establece la ley. Se excluyen los requisitos técnicos de los operadores autorizados para la comercialización de Loterías, que se regularán en una normativa específica y diferenciada dada la especificidad de este producto de juego. Conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1613/2011, los operadores de juego deben establecer los sistemas y mecanismos que faciliten la identificación de los participantes en los juegos. Excepcionalmente, atendiendo a las especiales condiciones de los medios empleados para la comercialización y desarrollo de los juegos, sobre la base de criterios de proporcionalidad y a solicitud motivada del operador, se podrá autorizar la participación sin la previa identificación de los participantes. En todo caso, la identificación del participante y la comprobación de que no está incurso en ninguna de las prohibiciones subjetivas recogidas en el art. 6.2 letras a), b) y c) de la Ley del Juego será condición indispensable para el cobro de los premios obtenidos cualquiera que sea su importe y naturaleza. La identificación del participante se realizará a través de un registro de usuario activo único en el que figurarán al menos los datos de identificación

²⁶ MARTÍN MARTÍN, F.A.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar* (coord. Herraiz Serrano), Madrid (2012): La Ley, p. 527.

²⁷ *Vid.* MARTÍN MARTÍN, F.A.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*, cit., p. 524.

necesarios para la comprobación de que no está incurso en ninguna de las prohibiciones subjetivas recogidas en el art. 6.2 letras a), b) y c). El registro de usuario recogerá también los datos de identificación fiscal y de residencia del participante y aquellos otros que permitan la realización de las transacciones económicas. La apertura de un registro de usuario requiere que el participante aporte los datos señalados y que el operador compruebe la veracidad de los mismos. El operador es responsable de la veracidad y del contraste periódico de los datos que figuren en sus registros de usuario. Se ha señalado por algún jurista práctico que de exigirse esta obligación, pesará como una losa sobre el operador y que habría que suavizar los requisitos referidos a las cuentas si no se quiere estrangular la gestión de las casas de apuestas²⁸, cuyos sistemas, al menos los que están actualmente en funcionamiento, no están pensados para que la identificación del apostante sea real y auténtica, lo que dificulta, por ejemplo, la comprobación de la edad²⁹. Consideramos, sin embargo, que no deben rebajarse las exigencias de control en orden a la identificación y prohibiciones subjetivas del juego online, donde precisamente son necesarias más garantías para dicho control, dado que nunca se va a poder realizar una comprobación física, como en el juego presencial. El operador establecerá los procedimientos y mecanismos necesarios para garantizar que un mismo jugador no dispone de varios registros de usuario activos. También corresponde a los operadores el control de las prohibiciones subjetivas de participación en los juegos, concretamente, las recogidas en el art. 6.2 letras a), b) y c). En todo caso, antes de la activación del registro de usuario y antes del pago de los premios, el operador deberá contrastar los datos contenidos en el registro de usuario con los que figuren inscritos en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego, para verificar que el participante no figura inscrito en el citado Registro. Los operadores deberán verificar periódicamente los datos de sus registros de usuario. La Comisión Nacional del Juego dispondrá los medios necesarios para la verificación de la mayoría de edad de los participantes con el número del documento nacional de identidad o de identificación de extranjeros. El Real Decreto 1614/2011 desarrolla lo dispuesto en la Ley respecto al Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego (arts. 55 a 62), cuya información se facilitará a los operadores de juego para impedir el acceso al juego de las personas inscritas en dicho Registro³⁰.

²⁸ MARTÍN MARTÍN, F.A.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*, cit., p. 526.

²⁹ MARTÍN MARTÍN, F.A.: en *El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar*, cit., p. 523.

³⁰ Puede verse la reciente Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que se aprueba la disposición por la que se desarrollan las especificaciones técnicas de juego, trazabilidad y seguridad que deben cumplir los sistemas técnicos de juego de carácter no reservado objeto de licencias otorgadas al amparo de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en la que se establecen especificaciones en relación con la identificación de los participantes, los registros de usuarios, cuentas, pagos y la protección de datos.

Respecto a los organizadores y operadores del juego, sin perjuicio de que les sea de aplicación la prohibición subjetiva anteriormente vista, la Ley del Juego establece las condiciones para poder ser operador de juego y las circunstancias que impiden ser titular de las licencias y autorizaciones previstas en la Ley (art. 13).

4. Objeto del contrato.

Aunque teóricamente, el objeto del contrato pueda consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer³¹, lo cierto es que en la práctica, el objeto del contrato consistirá normalmente en la entrega de cantidades de dinero o bienes. Así se contempla también en la Ley de Regulación del Juego (y en las Leyes del Juego de las distintas Comunidades Autónomas), que señalan que lo que se arriesga en los juegos y apuestas son cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables. Igualmente, dispone la Ley del Juego que los premios podrán ser en metálico o en especie, dependiendo de la modalidad de juego.

Cuando se juegan o apuestan cantidades de dinero, por aplicación del principio de autonomía privada, las partes son libres para determinar las cantidades jugadas o apostadas³²; sin embargo, en materia de juego quiebra este principio porque tanto el Código civil como la Ley del Juego y su normativa de desarrollo limitan la autonomía de la voluntad en este punto. El art. 1801 CC introduce indirectamente una limitación si la cantidad jugada o apostada es excesiva, en la medida en que permite al Juez rechazar la demanda o reducir la obligación. Por su parte, el art. 36 del Real Decreto 1614/2011 establece límites a los depósitos, disponiendo que los operadores deberán establecer límites económicos para los depósitos que puedan recibir diaria, semanal o mensualmente de cada uno de los participantes en los distintos juegos. Los operadores de juego también deberán ofrecer a los participantes la posibilidad de establecer voluntariamente límites a sus propios depósitos, por importes inferiores a los establecidos con carácter general. Ahora bien, a pesar de estas limitaciones y autolimitaciones, el propio art. 36 prevé que cada participante, de forma expresa e individualizada, podrá solicitar a los operadores de juego el incremento de los límites de depósito generales o la desaparición de cualquier límite que tenga establecido para su cuenta. Para que no quiebre por completo el control que pretende hacer la norma, se establecen unos requisitos: cuando se trate de la primera petición de aumento de límites o la desaparición de cualquier limitación, hay que superar las pruebas de prevención de conductas adictivas

³¹ En este sentido, LÓPEZ MAZA. S.: *El contrato de juego y apuesta*, cit., p. 181.

³² ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de juego y apuesta*, cit., p. 121.

al juego, lo que se denomina un “test de juego responsable”. Cuando se trate de la segunda o ulteriores peticiones de aumento de límites, el operador deberá realizar un análisis histórico de la trayectoria del participante en base a los aspectos que establezca la Comisión Nacional del Juego, y que estarán relacionados con su perfil, su forma de participar en los juegos y su comportamiento alejado de conductas adictivas del juego. No podrá solicitarse un nuevo aumento de los límites si no han transcurrido tres meses desde la última modificación.

Cabe plantear, finalmente, que lo que sea ilícito no sea lo jugado o apostado en el juego o apuesta, sino el evento contemplado, es decir, aquello sobre lo que se juega o apuesta una cantidad de dinero. En este sentido, el art. 6.1 de la Ley del Juego recoge unas prohibiciones objetivas que se refieren a posibles manifestaciones o contenidos de determinados juegos, cuya actividad se prohíbe: así, queda prohibida toda actividad relacionada con la organización, explotación y desarrollo de los juegos objeto de esta Ley que por su naturaleza o por razón del objeto sobre el que versen: a) Atenten contra la dignidad de las personas, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, contra los derechos de la juventud y de la infancia o contra cualquier derecho o libertad reconocido constitucionalmente. b) Se fundamenten en la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas. c) Reaigan sobre eventos prohibidos por la legislación vigente.

5. Requisitos de forma.

En el régimen del Código civil, existe libertad de forma para celebrar los contratos de juego y apuesta, lo que se traduce en que el acuerdo de las partes puede expresarse de cualquier modo. No obstante, en la práctica habitual, es frecuente que el contrato se celebre exigiendo ciertas formalidades o prácticas. En este sentido, el art. 3 g) de la Ley de Regulación del Juego, al definir el juego a través de medios presenciales, establece que el terminal expedirá uno o varios resguardos en los que constarán, al menos, los siguientes datos: tipo de juego y detalle de la forma en que el participante puede acceder u obtener las normas o bases del mismo, pronósticos efectuados, fecha de la jornada, evento o período en el que participa, número de apuestas o combinaciones jugadas y número de control. Aparte de éstos, señala la Ley que existirá un resguardo único expedido por el terminal ubicado en el punto de venta autorizado en el que constarán los datos antes citados y que constituye el único instrumento válido para solicitar el pago de premios y la única prueba de participación en los concursos.

En la regulación del contrato de juego que hace el Real Decreto 1614/2011, parece que se exige la forma escrita, pues el art. 31.4 establece que el

operador deberá poner a disposición del jugador a través de su registro de usuario una copia del contrato de juego inicialmente suscrito y de las eventuales modificaciones del mismo, así como los instrumentos de firma electrónica precisos para su formalización y para el posterior desenvolvimiento de la relación jurídica. Por su parte, el art. 32 se refiere al documento que recoja el contrato de juego, que en todo caso, debe recoger los contenidos que marca el precepto, que no se refieren sólo a los derechos y obligaciones de las partes, sino al clausulado mínimo del contrato: datos identificativos del participante; objeto del contrato; procedimiento de activación del registro de usuario y de juego; operaciones que pueden ser realizadas en el registro de usuario y de juego; relación de los servicios accesorios ofrecidos al participante, precio y forma de pago de los mismos; derechos y obligaciones del participante; obligaciones, responsabilidad y derechos del operador; formas de cancelación, resolución o, en su caso, suspensión del contrato de juego y efectos de la cancelación, resolución o suspensión en los registros de usuario y las cuentas de juego; eficacia y duración del contrato; tratamiento de los datos personales; tratamiento de los registros de usuario inactivos y procedimientos para su activación en los supuestos de suspensión.

6. Contenido del contrato. Derechos y obligaciones de las partes.

La obligación principal de las partes es pagar lo perdido en el juego o apuesta, lo que supone el correlativo derecho del ganador de cobrar lo ganado. Por lo demás, a falta de una regulación particular en el contrato de juego y apuesta, hay que aplicar las reglas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones que asuman las partes (tiempo y lugar del cumplimiento, garantías que deben prestar, etc.). En el ámbito estatal, el art. 15.1 de la Ley del Juego recoge los derechos de los jugadores y apostantes (participantes en los juegos), que son los siguientes: a) Obtener información clara y veraz sobre las reglas del juego en el que deseen participar. b) Cobrar los premios que les pudieran corresponder en el tiempo y forma establecidos, de conformidad con la normativa específica de cada juego. c) Formular contra la Comisión Nacional del Juego las reclamaciones contra las decisiones del operador que afectan a sus intereses. d) El tiempo de uso correspondiente al precio de la partida de que se trate. e) Jugar libremente, sin coacciones o amenazas provenientes de otros jugadores o de cualquier otra tercera persona. f) Conocer en cualquier momento el importe que ha jugado o apostado, así como en el caso de disponer de una cuenta de usuario abierta en el operador de juego, conocer el saldo de la misma. g) Identificarse de modo seguro mediante el documento nacional de identidad, pasaporte o documento equivalente o mediante sistema de firma electrónica reconocida, así como a la protección de sus datos personales conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Carácter Personal y su normativa de desarrollo. En garantía de este derecho, los operadores deben establecer los procedimientos adecuados para mantener la privacidad de los datos de los usuarios, conforme a la normativa de protección de datos y únicamente tratarán los datos que fueran necesarios para el adecuado desarrollo de la actividad de juego y para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley, informando de ello a los usuarios (art. 15.4). h) Conocer en todo momento la identidad del operador de juego, especialmente en el caso de juegos telemáticos, así como a conocer, en el caso de reclamaciones o posibles infracciones, la identidad del personal que interactúe con los participantes. i) Recibir información sobre la práctica responsable del juego.

El art. 5.2 de la Ley del Juego recoge las obligaciones de los participantes en los juegos: a) Identificarse ante los operadores de juego en los términos que reglamentariamente se establezcan. b) Cumplir las normas y reglas que, en relación con los participantes, se establezcan en las órdenes ministeriales. c) No alterar el normal desarrollo de los juegos. Estas obligaciones se reiteran en el art. 34 del Real Decreto 1614/2011.

De toda esta normativa, cabe concluir que ha habido una mejora en el reconocimiento de derechos a los jugadores y apostantes, y un mayor control de la actividad de los organizadores y operadores de juego; pero por lo que al contenido del contrato se refiere, que es lo que aquí interesa, todos esos derechos y obligaciones pueden reconducirse a los dos inicialmente apuntados: obligación de cumplir las reglas del juego o apuesta y obligación de pagar lo perdido o derecho a cobrar lo ganado en el juego o apuesta.

En todo juego o apuesta existen unas reglas que las partes están obligadas a cumplir. En caso de incumplimiento de las reglas, hay un incumplimiento del contrato, que determina para el incumplidor la pérdida del derecho a cobrar la ganancia obtenida (STS 12 diciembre 2003³³). Respecto a los juegos de ámbito estatal y en particular los desarrollados a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, las normas por las que se rigen las relaciones entre participante y operador y que determinan parte de sus derechos y obligaciones son las reglas generales de la Ley del Juego, las normas básicas establecidas en las Órdenes Ministeriales para cada juego, las normas que establezca la Comisión Nacional del Juego y las reglas particulares de carácter privado que los distintos operadores deberán elaborar y proponer junto a su solicitud de licencia singular y que regirán finalmente el desarrollo del juego y las relaciones del operador con los participantes.

³³ STS 12 diciembre 2003 (RAJ, 2003, 8659).

La obligación de pagar lo perdido y el derecho a cobrar lo ganado en el juego o apuesta es la principal obligación o el principal derecho de las partes que intervienen en el contrato de juego y apuesta. Sin embargo, actualmente, por el modo en que se desarrollan los juegos organizados, sometidos a un fuerte control administrativo y con unas reglas muy garantistas en cuanto al pago de los premios, los problemas de impagos de las partes prácticamente no existen. En los juegos organizados, el pago de lo que se puede perder se hace por adelantado, con lo cual, la eventualidad de que el perdedor no pague prácticamente desaparece, pues ya pagó todo lo que estaba dispuesto a jugar o, mejor dicho, lo que le permitía jugar la normativa del juego en cuestión. La obligación de la otra parte no es simultánea o inmediata, sino que, en su caso, se llevará a cabo cuando se produzca el resultado del juego o la apuesta de que se trate, lo que podrá ser más o menos diferido en el tiempo. Mención especial hay que hacer de la regulación del pago para la participación en los juegos y del abono de los premios en la normativa de desarrollo de la Ley del Juego, concretamente en el Real Decreto 1614/2011, que regula esta cuestión en sus arts. 37 y 38. El pago que han de satisfacer los jugadores para participar en los juegos, así como el depósito en los registros de usuario, se efectuará en la forma establecida por el operador en las reglas particulares de cada juego. El operador informará claramente de los medios de pago admitidos para la realización de depósitos y pagos. Se prohíbe expresamente la concesión de préstamos y de cualquier otra modalidad de crédito, señalando que las formas de pago establecidas por el operador en las reglas particulares no podrán encubrir la concesión de préstamos de ninguna clase ni de cualquier otra modalidad de crédito. Si el operador tuviera que devolver las cantidades pagadas por los participantes, por suspensión del juego o por cualquier otra causa que impidiera su desarrollo, dicha devolución se realizará por el mismo medio de pago empleado por el participante, salvo que las mismas normas o condiciones aplicadas por el correspondiente medio de pago no le permitieran hacer la devolución; por ello, el operador debe informar a los participantes de las limitaciones que afectan al medio de pago empleado en relación con las cantidades pagadas. En cualquier caso, el medio empleado para la devolución de las cantidades pagadas por los participantes no podrá suponer para ellos ningún coste u obligación adicional.

En orden al pago o abono de los premios, se establece que el operador abonará los premios por el procedimiento y medios de pago que hubiera establecido en las reglas particulares del juego y pondrá a disposición de los participantes el abono de los premios por el mismo medio que aquéllos hubieran empleado para el pago de la participación en el juego, salvo que las normas o condiciones aplicadas por el correspondiente medio de pago no le permitieran realizar el abono. En tales casos, el operador deberá informar a los participantes de las limitaciones que afecten al medio de pago empleado en relación con el abono de los premios. En todo caso, el abono de los premios no podrá suponer ningún coste ni obligación adicional para el

participante premiado. El operador sólo podrá abonar los premios obtenidos por los participantes que no estuvieran incurso en una prohibición subjetiva. Por ello, previo al abono de los premios obtenidos por los participantes en aquellos casos en los que no se haya utilizado la cuenta de juego y efectuado los controles derivados de su apertura, el operador deberá constatar que los participantes no están incurso en ninguna de las siguientes causas de prohibición subjetiva: ser menor de edad o estar incapacitado legalmente o por resolución judicial; haber solicitado voluntariamente que les sea prohibido el acceso al juego o que lo tengan prohibido por resolución judicial firme; los accionistas, propietarios, partícipes o titulares significativos del operador de juego, su personal directivo y empleados directamente involucrados en el desarrollo de los juegos, así como sus cónyuges o personas con las que convivan, ascendientes y descendientes en primer grado, en los juegos que gestionen o exploten aquéllos, con independencia de que la participación en los juegos, por parte de cualquiera de los anteriores, se produzca de manera directa o indirecta, a través de terceras personas físicas o jurídicas (son las prohibiciones recogidas en el art. 6.2 a), b) y c) de la Ley del Juego). Así pues, ante la eventualidad de que pudiera participar en el juego una persona incurso en las causas de prohibición indicadas, parece que la Ley establece un segundo nivel de “protección”, que es comprobar que no existe causa de prohibición antes de abonar el premio; de este modo, aunque no se haya podido evitar que jueguen, se evita al menos que cobren el premio, lo que podría ser una medida disuasoria en un intento posterior de participación en juegos y apuestas.

Todas las transacciones económicas vinculadas a las actividades de juego se reflejan en la cuenta de juego, que está vinculada al registro de usuario (para la participación en aquellos juegos en los que se requiera la identificación del participante, éste deberá haber aceptado el correspondiente contrato de juego y ser titular de un registro de usuario vinculado al mismo, art. 35.1 del Real Decreto 1614/2011). Es una cuenta denominada en euros y que no devenga intereses; en ella se reflejan los depósitos realizados por el participante, los cargos por el importe de la participación en los juegos, el abono de los eventuales bonos ofrecidos por el operador, los derechos de crédito sobre el importe de los premios obtenidos por el participante y, en su caso, los cargos por servicios adicionales que pudiera prestar el operador (art. 35.2).

En cuanto a las obligaciones propias del organizador del juego o apuesta, respecto a los juegos y apuestas estatales y los desarrollados por medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, el Real Decreto 1614/2011 recoge sus obligaciones en relación con los participantes, en relación con los fondos que los participantes depositan en las cuentas de juego y la obligación de constituir las garantías que exige la Ley (arts. 33 y ss.). En relación con los participantes, el operador debe: a) Verificar, con la periodicidad, que como mínimo será anual, y de conformidad con los

procedimientos establecidos a estos efectos por la Comisión Nacional del Juego, que los participantes titulares de los registros de usuario no figuran inscritos en el Registro General de Interdicciones del Juego. Asimismo, el operador adoptará las medidas específicas de control respecto de aquellos participantes que hubieran solicitado que le fuera prohibida la práctica de un determinado juego. b) Conservar el contrato de juego por un plazo de seis años desde la cancelación del registro de usuario y adoptar todas las medidas necesarias para la protección de los datos del participante. c) Solicitar el consentimiento expreso del participante para la prórroga de la relación contractual en los supuestos de modificación unilateral del contrato o novación subjetiva del operador. d) Conservar el detalle analítico de los movimientos en relación con la cuenta de juego del jugador y de las jugadas efectuadas durante un período de seis años. e) Realizar, con la frecuencia que establezca la Comisión Nacional del Juego, verificaciones periódicas de la correcta utilización de la cuenta de juego, notificando a la Comisión Nacional del Juego y al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias las posibles violaciones o las anomalías detectadas en su uso en el momento en que tenga conocimiento de ello. f) Registrar de manera inmediata en la cuenta de juego, mediante cargos y abonos, todas las operaciones, incluyendo los elementos identificativos completos de las mismas y, en particular, los relativos a jugadas, ganancias, devoluciones, ingresos, reintegros o bonus recibidos. g) Realizar el abono de los premios de conformidad con lo dispuesto en el art. 38. h) Poner en conocimiento de la Comisión Nacional del Juego los datos identificativos de aquellos participantes que pudieran suponer un riesgo de colusión o que hayan utilizado fraudulentamente en la cuenta de juego tarjetas de crédito. En estos casos, así como cuando el participante haya permitido la utilización de su registro de usuario por terceros, el operador puede suspender cautelarmente al participante hasta que se demuestren los hechos. Contrastados los hechos, si el operador tuviera elementos de juicio suficientes para poder considerar probado el fraude, la colusión o la puesta a disposición de terceros de su propia cuenta, el contrato será resuelto unilateralmente y notificado este hecho, junto con los elementos de juicio recabados, a la Comisión Nacional del Juego (art. 33.2). En relación con los fondos que los participantes depositan en las cuentas de juego, el operador debe: a) Disponer de una o varias cuentas corrientes bancarias en España en las que ingresará los importes depositados para la participación en los juegos. Las cuentas serán exclusivas y diferenciadas del resto de cuentas de las que pudiera disponer el operador. b) No realizar ningún acto de disposición de los importes depositados en la cuenta referida para fines distintos al desarrollo ordinario de los juegos. c) Limitar los poderes para la disposición de los fondos de la referida cuenta y notificar a la Comisión Nacional del Juego los datos de identificación de los apoderados, estableciendo los porcentajes máximos de disposición diaria.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN ORDEN A JUEGOS Y APUESTAS PROHIBIDOS Y NO PROHIBIDOS EN EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL. ASPECTOS A CONSIDERAR TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DEL JUEGO Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO.

Nuestro Código civil parte de la distinción entre juegos y apuestas prohibidos y no prohibidos, atendiendo únicamente a la naturaleza del juego: se consideran prohibidos los de suerte, envite o azar y se consideran no prohibidos los que contribuyen a la destreza del cuerpo. En esta distinción, se contraponen estas dos clases de juegos, sin tener en cuenta otros aspectos, como pueda ser que siendo juegos de suerte, envite o azar, pudieran estar autorizados por la legislación vigente; que se trate de juegos que no son de suerte, envite o azar, pero que tampoco contribuyen a la destreza del cuerpo, sino más bien al desarrollo de capacidades intelectuales; que se trate de juegos mixtos, en los que confluyen el azar y la destreza; que en los juegos permitidos se crucen cantidades excesivas. Este planteamiento, aunque incompleto, tenía en el momento de la promulgación del Código cierta lógica, teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico, la regulación del juego fuera del orden civil, y el tradicional disfavor del Derecho hacia el juego, especialmente, el de azar. En este sentido, no hay que olvidar que cuando se promulga el Código civil, el Código penal vigente consideraba delito los juegos de azar y parece lógico pensar que estando penalmente castigados los juegos de suerte, envite o azar, el Código civil no concediera acción para reclamar lo ganado en un juego de esta naturaleza y sí lo hiciera para los juegos que contribuyen al desarrollo de las destrezas corporales, que tradicionalmente habían estado permitidos; es decir, que cuando el Código civil se refiere a juegos prohibidos, en aquel momento, está tomando en consideración los que tenían ese carácter conforme al Código penal entonces vigente ³⁴.

Con la regulación administrativa y la despenalización del juego, cambia radicalmente el escenario normativo de la regulación del juego existente hasta ese momento en España, sin que se modificasen o derogasen formalmente los arts. 1798 a 1801 CC. Esta circunstancia planteó inmediatamente a la doctrina y a la jurisprudencia la cuestión de resolver la incidencia de las normas administrativas en la interpretación de los artículos del Código civil en materia de juego. La cuestión se centraba, fundamentalmente, en determinar si, una vez autorizados administrativamente y despenalizados los juegos de azar, desde el punto de vista civil debían seguir considerándose

³⁴ GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentario”, cit., p. 349; MARÍN LÓPEZ, J.J.: “Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.”, en *Comentarios al Código civil* (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra (2009): Aranzadi, p. 2062; NIETO ALONSO, A.: “Comentario”, cit., p. 1946; PEÑA LÓPEZ, F.: “Juego y apuesta”, cit., p. 3653.

juegos prohibidos o si, por el contrario, aquella regulación había de influir necesariamente en la legislación civil, debiendo entenderse que, desde el punto de vista civil, ya no estaban prohibidos los juegos de suerte, envite o azar autorizados administrativamente y practicados en los lugares autorizados y cumpliendo las exigencias administrativas.

Lo que se plantea es si en la interpretación de las normas del Código para considerar un juego o apuesta como prohibido o no prohibido debe haber o no un desplazamiento del criterio de la naturaleza del juego a la autorización del juego. En este punto se ha centrado el debate en la doctrina y en la jurisprudencia, surgiendo dos corrientes de opinión contradictorias: por un lado, algunos autores mantienen que desde la perspectiva civil siguen estando desprotegidos los juegos de suerte, envite o azar, aunque estén permitidos administrativamente, es decir, que la regulación administrativa del juego no tiene ninguna incidencia en el régimen civil del juego, que sigue siendo el mismo ³⁵; por otro lado, la opinión doctrinal mayoritaria ³⁶ y una jurisprudencia consolidada que consideran que ya no puede mantenerse sin más el principio de prohibición y desprotección de los juegos de azar recogido en el Código y que sus disposiciones deben interpretarse en el sentido de entender no prohibidos los juegos de suerte, envite o azar autorizados y que se practiquen en lugares autorizados, es decir, que la regulación administrativa del juego sí tiene incidencia en la interpretación de los preceptos del Código civil, que deben interpretarse a la luz de la nueva realidad social y jurídica del juego. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa en las SSTS 19 noviembre 1986³⁷, 23 febrero 1988 ³⁸, 30 enero 1995 ³⁹ y 10 octubre 2008 ⁴⁰.

Tras la promulgación de la Ley de Juego, es obligado tomar partido por una de las dos posiciones, y nuestra opinión ha de tener muy presente el nuevo escenario normativo representado por la Ley de Regulación del Juego y su normativa de desarrollo. La distinción en la que se basó el Código civil,

³⁵ GUILARTE ZAPATERO, V.: "Comentario", cit., pp. 348 y ss.; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *Los contratos de juego y apuesta*, cit., pp. 144 y ss.

³⁶ Entre otros, GITRAMA GÓNZALEZ, M.: "Comentario a los arts. 1798 a 1801 C.c.", en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid (1991), pp. 1739 y ss.; GAYA SICILIA, R.: "Comentario a la sentencia de 23 de febrero de 1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (1988), núm. 16, pp. 140-141; MARÍN LÓPEZ, J.J.: "Comentario", cit., pp. 2061-2062; DELGADO ECHEVARRÍA, J. / PARRA LUCÁN, M.A.: "Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2008", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2010), núm. 82, p. 42.; PEÑA LÓPEZ, F.: "Juego y apuesta", cit., pp. 3655 y ss.; LÓPEZ MAZA, S.: "El contrato de juego y apuesta", cit., pp. 65 y ss.

³⁷ STS 19 noviembre 1986 (RAJ, 1986, 6443).

³⁸ STS 23 febrero 1988 (RAJ, 1988, 1275).

³⁹ STS 30 enero 1995 (RAJ, 1995, 180).

⁴⁰ STS 10 octubre 2008 (RAJ, 2008, 5687).

atendiendo exclusivamente a la naturaleza del juego, para considerar prohibidos los de suerte, envite o azar, y no prohibidos los que contribuyen al ejercicio del cuerpo, debe considerarse hoy definitivamente superada. En su momento, ese criterio de distinción era correcto, habida cuenta de la situación jurídica de entonces; pero esa situación cambió con la despenalización y legalización de los juegos de azar y se ha confirmado definitivamente con la Ley del Juego y su normativa de desarrollo. La Ley del Juego (y en el mismo sentido las Leyes de Juego de las Comunidades Autónomas), se aplica a las actividades de juego de loterías y apuestas y otras cualesquiera en las que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma, sobre resultados futuros e inciertos, y que permitan su transferencia entre los participantes, “con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar”.

La distinción entre juegos prohibidos y no prohibidos se ha trasladado en la actualidad al campo de la autorización y práctica de los mismos conforme a las normas que los regulan, considerando juegos prohibidos todos aquellos que se realicen sin autorización o que, estando autorizados, se lleven a cabo incumpliendo la normativa que los regula. De hecho, la propia Ley del Juego dispone que toda actividad que se realice sin el preceptivo título habilitante o incumpliendo las condiciones y requisitos establecidos en el mismo tendrá la consideración legal de prohibida. Este planteamiento, necesariamente ha de incidir en la regulación del Código civil, donde es perfectamente posible seguir manteniendo la distinción entre juegos prohibidos y no prohibidos, pero atendiendo ahora a la regulación y práctica del juego que sea, no a su naturaleza.

No puede mantenerse en la actualidad el argumento de que las normas reguladoras del juego fuera del Código civil eran normas penales, administrativas y fiscales, que ciertamente lo fueron y que por eso mismo no incidían en la regulación civil del juego. La Ley del Juego ya no es una ley de medidas concretas, es una ley integral (aunque no completa), que contempla también aspectos civiles y que, por tanto, va a tener incidencia en el ámbito civil; de hecho, la propia Ley considera que la relación entre participantes y operadores es una relación de carácter privado, de manera que van a quedar sujetas al orden jurisdiccional civil. Y será de aplicación el conjunto de normas del ordenamiento jurídico, también las del Código civil y las que en concreto regulan el juego y la apuesta, en cuanto a las consecuencias patrimoniales.

Tampoco puede mantenerse en la actualidad que el juego es socialmente peligroso e inmoral. Ciertamente, la legislación del juego no descuida las medidas preventivas y de sensibilización y control en el marco de una política de juego responsable, especialmente dirigida a los grupos de riesgo, pero la

contemplación legal del juego no es negativa. Tampoco la percepción social que actualmente se tiene del juego es negativa, sino más bien al contrario: el juego es generalmente tolerado, aceptado, practicado y bien visto, en general, siempre que no degenera en conductas adictivas o patológicas.

Es necesaria, pues, una interpretación conjunta y sistemática del ordenamiento jurídico, que permita entender las disposiciones del Código en un sentido que no contradiga la legislación sobre el juego, pues si antes de la Ley del Juego y su normativa de desarrollo era difícil sostener que las normas administrativas no tenían incidencia en el ámbito civil, en el nuevo escenario normativo no se puede ya seguir manteniendo una independencia total entre el Código civil y otras normas: incidiendo ambas sobre una misma realidad, los juegos y apuestas, su aplicación tiene que ser compatible.

La Ley del Juego no deroga los preceptos del Código civil, sino que obliga a interpretarlos de conformidad al conjunto del ordenamiento jurídico y en ese conjunto se ha confirmado un cambio de valoración respecto al criterio de distinción entre juegos prohibidos y no prohibidos, pero no se ha cambiado el régimen de los mismos en orden a sus consecuencias patrimoniales, que siguen estando recogidas en el Código: ese régimen sigue siendo el mismo, lo que varía es a qué juegos se aplica. El régimen del Código es que no se concede acción para reclamar lo que se gana en un juego prohibido, pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente (salvo que hubiera mediado dolo, fuera menor o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes) y que el que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente (sin perjuicio de las facultades reconocidas a la autoridad judicial para no estimar la demanda o reducir la obligación).

El Código dice que no se concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, pues como hemos apuntado, el Código considera prohibidos estos juegos, pero ese régimen de no conceder acción debe entenderse aplicable a los juegos prohibidos y actualmente son juegos prohibidos los no autorizados o los practicados contraviniendo sus reglas, cualquiera que sea la naturaleza del juego. Del mismo modo, el Código dice que no se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo y para ellos establece que el que pierde queda obligado civilmente, pero ese régimen debe entenderse aplicable a los juegos no prohibidos, cualquiera que sea su naturaleza.

La legislación del juego sigue manteniendo la categoría de juegos prohibidos, pero estos no son ya sólo los de suerte, envite o azar, que fueron despenalizados, autorizados y regulados, sino los juegos y apuestas no autorizados o practicados sin cumplir las reglas de su regulación. Y en la medida en que sigue existiendo esa categoría de juegos prohibidos, sus

consecuencias patrimoniales van a ser las previstas en el Código civil, aplicándose lo dispuesto en el art. 1798 CC.

Ciertamente, el legislador podría haber aprovechado la Ley del Juego para modificar los preceptos del Código civil y adaptarlos definitivamente a la realidad actual, pero no lo ha hecho y ello obliga a hacer una interpretación de los mismos que permita su aplicación conforme a la realidad social y jurídica actual. No se trata de hacer una interpretación derogatoria del Código civil, sino una interpretación conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo al nuevo panorama legislativo y a la totalidad del ordenamiento jurídico, pues el régimen civil del juego, tal cual quedó plasmado en el Código, es actualmente incompatible con la regulación del juego en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina no ha tenido problemas en ampliar el ámbito de aplicación de preceptos del Código para entender incluidos otros supuestos, como el caso del art. 1800, que se ha interpretado extensivamente, para considerar incluidos los juegos que contribuyen al desarrollo de la inteligencia y los mixtos, donde confluyen tanto la destreza como el azar.

En definitiva, atendiendo a todos los argumentos apuntados, podemos considerar juegos y apuestas prohibidos los juegos no regulados o no autorizados y los que, estando autorizados, no se practican en los lugares autorizados y conforme a las reglas que los regulan. Serán juegos y apuestas no prohibidos o permitidos los autorizados y practicados en los lugares autorizados y cumpliendo las reglas que los regulan, así como aquellos que no necesitan autorización por ser juegos y apuestas practicados entre particulares, de conformidad con los usos sociales, de carácter tradicional o familiar, en los que no hay consecuencias patrimoniales o son de escasa importancia. La ley no concede acción a quienes participan en juegos prohibidos. Los que participan en juegos permitidos quedan obligados civilmente.

AMBIENTE E PLURALITÀ DI INTERESSI COINVOLTI
THE ENVIRONMENTAL CONSERVATION AND THE VARIETY OF
INVOLVED INTERESTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 361-380.

Fecha entrega: 07/02/2014
Fecha aceptación: 09/09/2014

ANNA MALOMO
Ricercatore
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Salerno
amalomo@unisa.it

RESUMEN: Ponendosi nell'ottica di una primaria tutela dell'ambiente, si affrontano taluni possibili conflitti che ad ogni livello si possono scatenare, in virtù della pluralità di interessi in gioco, al fine di prospettare una loro soluzione in maniera preventiva.

PALABRAS CLAVE: tutela dell'ambiente, valori, principi, interessi coinvolti.

ABSTRACT: From the environmental conservation as a primary objective perspective, this paper deals with some possible conflicts that can arise from all the various involved interests, in order to propose a preventive solution.

KEY WORDS: environmental conservation, values, principles, involved interests.

SUMARIO: I. PREMESSA. – II. PLURALITÀ DI INTERESSI IN GIOCO. RUOLO DEL GIUDICE DELLE LEGGI. – III. ...E DEGLI ALTRI GIUDICI. – IV. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA.

Salvaguardare l'ambiente significa garantire una qualità della vita secondo quello *standard* "elevato di tutela", prefissato, ormai da tempo, nei trattati istitutivi dell'Unione europea¹ e che trova conferma, da ultimo, nel Trattato di Lisbona²; e ciò è quanto più necessario se si riflette sul fatto che la tutela dell'ambiente fa parte integrante di quell'adeguato ed armonioso sviluppo

¹ Il termine "ambiente", in vero, non trovava espressa menzione nel trattato istitutivo del Mercato Comune europeo del 1957. Tuttavia la protezione in campo ambientale si rivela ben presto un obiettivo essenziale, tanto che viene fissata fin dal 1972 nei c.dd. programmi di azione ambientale. Questi, infatti, oltre a fissare ulteriori obiettivi e principi, stabilivano anche settori bisognosi di peculiari interventi al fine di integrare gli aspetti ecologici e ambientali in tutte le politiche comunitarie. Così con l'utilizzo delle disposizioni sul mercato interno (ora art. 114 Tratt. FUE), via via sono state introdotte misure in grado di regolare in materia di inquinamento delle acque e dell'aria. Imprescindibile, tuttavia, si imponeva un'armonizzazione in campo ambientale delle legislazioni dei diversi Stati membri al fine di agevolare gli scambi commerciali, di prevenire regole di concorrenza inique e di salvaguardare la protezione della salute umana e dell'ambiente stesso. Così, con l'adozione di ulteriori misure, incidenti in maniera capillare su quasi tutti le materie concernenti la tutela dell'ambiente, le diverse normative interne in materia di ambiente sono state influenzate se non "imposte" dall'Unione Europea. Da ultimo, si segnala il VI Programma d'azione ambientale per l'ambiente, adottato nel luglio 2002, che definisce le priorità ambientali dell'Unione europea rinvenute in quattro settori d'intervento prioritari (cambiamenti climatici, natura e biodiversità, ambiente e salute, gestione delle risorse naturali e dei rifiuti). Sul punto, v. G. GOLINI, "Il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente", *Ambiente* (2002), p. 1139 ss. Per un'articolata disamina delle soluzioni europee e internazionali, cfr.: AMIRANTE, D. (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*. Milano (2001), *passim*; CASTELLANETA, M., "L'individuo e la protezione dell'ambiente nel diritto internazionale", *Riv. dir. internaz.* (2000), p. 913 ss.

² Ove all'art. 191, par. 2, Tratt. FUE si prescrive "un alto livello di protezione della qualità dell'ambiente". In vero, sebbene la tutela dell'ambiente si rinvenga già negli obiettivi dei precedenti trattati, il Trattato FUE ne dà una definizione più precisa con il precipuo intento di rafforzare l'azione dell'Unione Europea in questo campo. In particolare, sul valore ambiente quale "strumento privilegiato per lo sviluppo della persona", si rinvia alle pagine di PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed. Napoli (2006), p. 751 ss., ove, peraltro, si sottolinea che "la protezione dell'ambiente" consta in un'elevata "tutela della qualità della vita in quanto diritto che si collega direttamente allo *status personae*" (p. 753).

della persona umana che richiede l'art. 2 cost., da leggere in maniera congiunta con gli artt. 9 e 32 cost.³

Il termine “ambiente”, oggi, non assume lo stesso significato che poteva avere nella prima metà del secolo scorso⁴, allorquando esigenze di tutela ambientale non erano rinvenibili al cospetto dell'emergenza cogente di risollevere le sorti dell'umanità dagli ingenti disastri derivati dai due conflitti mondiali.

Dagli anni '60 in poi, con la rinascita economica – sono i c.dd. anni del “boom economico” – affiorano le prime problematiche ambientali, dovute ad un intenso sviluppo industriale e ad una massiccia cementificazione: così si manifestano, via via, le prime forme di inquinamento ambientale da smog, da diossina, da scarichi e rilascio di veleni e sostanze tossiche nell'ambiente.

Sí che si comprende come negli anni '70, in dottrina⁵, ci si orientasse verso una tripartizione della tutela ambientale in ragione della visione naturalistica che se ne dava, in aderenza alla nozione di paesaggio rinvenibile nell'art. 9 cost. (della sua visione “spaziale” in relazione alla protezione delle risorse ambientali dal degrado e dall'inquinamento in genere provocato dalle attività industriali e manipolative dell'uomo; e, ancóra, in coincidenza con la nozione di urbanistica con riguardo alla gestione del territorio).

A seguire, si giunge a cogliere nella nozione di ambiente il connubio tra territorio e salute⁶, da intendere come idoneità a garantire una gestione

³ Per una disamina di siffatti principi costituzionali, v. PERLINGIERI, P., *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed. Napoli (2001), pp. 6 ss., 13 ss. e 202 ss. Si richiama, altresí, quanto precisato sempre da ID., “Conclusione dei lavori”, in ALCARO, F., FENGA, C., MOSCATI, E., PERNICE, F. e TOMMASINI, R. (a cura di), *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici. Esperienze a confronto*. Firenze (2008), p. 253, secondo il quale per “preservare l'identità psicofisica e biologica di ogni persona e garantire il suo sviluppo, la biodiversità”, quale componente essenziale di un'adeguata tutela ambientale, “si connota come diversità non soltanto biologica ma anche culturale”. Sí che risulta “fondamentale [...] aspirare ad una qualità della vita rispondente a siffatta esigenza”.

⁴ Non a caso il Costituente del '48 non ha avvertito l'esigenza di richiamare l'ambiente tra i valori da tutelare, in quanto allora non se ne aveva contezza.

⁵ GIANNINI, M.S., “Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici”, *Riv. trim. dir. pubbl.* (1973), p. 15 ss.; ID., “Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e del territorio”, *ivi* (1975), p. 479 ss.; CARAVITA, B., *Diritto dell'ambiente*. Bologna (2005), p. 16.

⁶ PREDIERI, A., “Aspetti della legislazione vigente in materia di gestione del territorio e delle risorse e prospettive di riforma”, Relazione al Convegno di Firenze 1974, in *Regione Toscana*, Atti del Convegno “Politica regionale dell'ambiente”, I. Firenze (1975), p. 55 ss.; ID., “Paesaggio” (voce), *Enc. dir.*, XXXI. Milano (1981), p. 507 ss.

rispondente di questi due elementi tra interessi pubblici e privati *ivi* sottesi onde realizzare praticamente risultati ed interessi in ambiente salubre⁷.

Da allora, tuttavia, la visione in tema di tutela dell'ambiente è notevolmente mutata, in virtù soprattutto degli sconvolgimenti repentini e, talora, disastrosi innescati in natura dall'agire sconsiderato dell'essere umano, a danno dell'ecosistema mondiale, da esigere una coesione di interventi e di scelte politiche a livello internazionale.

Di fatti, nell'arco di un quarantennio, con la crescita esponenziale dell'economia e del progresso tecnologico e industriale a livello mondiale, in grado di travolgere anche le tradizionali modalità di produzione agricola, lo scenario di riferimento sul quale dover intervenire si presenta in maniera diversificata.

Al fine di far fronte a siffatto mutato scenario, tra i tanti *input* pervenuti in tempi più recenti e strettamente connessi a quanto si affermerà innanzi, è da segnalare la Convenzione di Rio de Janeiro sulla diversità biologica⁸. Non casuale, peraltro, è stata la scelta di quella città, quale sede di definizione della Convenzione, al fine di focalizzare l'attenzione mondiale su un'area nevralgica, la Foresta Amazzonica, che si estende ampiamente in Brasile, ma anche in Venezuela, Colombia, Ecuador, Perù, Bolivia, Suriname e Guyana Francese. Essa è la foresta più vasta del pianeta – basti pensare che la sola porzione brasiliana ricopre un'area estesa quanto gli Stati Uniti d'America – e

⁷ In particolare, v. Cass., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 464, con note di PATTI, S., “Diritto all'ambiente e tutela della persona”, *ivi*, c. 859 e di SALVI, C., “La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?”, *ivi*, c. 868. Cfr. anche PATTI, S., “Ambiente (tutela dell') nel diritto civile”, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I. Torino (1987), p. 286 ss. In merito, per una puntuale ricostruzione, cfr. D'ALFONSO, G., “La tutela dell'ambiente quale ‘valore costituzionale primario’ prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione”, in LUCARELLI, F. (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale, Collana: Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*. Napoli (2006), p. 20 ss.

⁸ V. Conv. di Rio de Janeiro sulla biodiversità, in *Riv. giur. amb.*, 1992, p. 713 ss. Per ciò che concerne l'impegno dell'Unione Europea in tema di biodiversità, cfr. altresì l'art. 1, comma 4, Decisione Ce 22 luglio 2002, n. 1600, *Istituzione del sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente*, in G.U.C.E. n. L 142 del 10 settembre 2002, art. 1 (*Campo d'applicazione del programma*, dal quale si evince che tra “[l]e principali priorità ambientali che la Comunità deve affrontare” vi sono la “natura e [la] biodiversità”. Parimenti, a livello nazionale, nell'art. 2, delib. CIPE 2 agosto 2002, n. 57, *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, in S.O. n. 205 a G.U. 30 ottobre 2002, n. 255, si sottolinea la necessità di procedere alla “[p]rotezione della biodiversità e [al] ripristino delle situazioni ottimali negli ecosistemi per contrastare la scomparsa delle specie animali e vegetali e la minaccia agli habitat”, proprio in quanto “natura e biodiversità” costituiscono “[i] principali obiettivi individuati e articolati [ne]lle aree tematiche della Strategia” d'azione ambientale a livello nazionale e comunitario.

putroppo, da anni, è messa a repentaglio da una deforestazione selvaggia e da altri scempi ambientali, perpetrati, con l'avallo delle amministrazioni locali, da società multinazionali, prive di scrupoli e intente primariamente a realizzare lauti profitti⁹, mettendo a rischio di sopravvivenza diverse specie della fauna e della flora, oltre che le popolazioni indigene *ivi* stanziati e costrette ad emigrare. Invasioni, queste, ingiustificabili che danneggiano quell'area, la quale costituisce il c.d. "polmone della terra", con preoccupanti e pesanti ripercussioni sul cambiamento climatico del globo terrestre.

Del pari, non può non menzionarsi il Protocollo di Kyoto¹⁰ e le traversie che sta conoscendo da più di un ventennio nelle potenze economiche sviluppate e in via di sviluppo al fine di trovare adeguata attuazione con la diminuzione dei sei gas serra ritenuti responsabili del buco dell'ozono. Il tutto al fine di rendere applicabile un principio fondamentale, fissato già nella Dichiarazione di principi emersi a Rio de Janeiro e universalmente riconosciuto: il principio dello sviluppo sostenibile, ove l'aggettivo "sostenibile" con riferimento all'ambiente si riferisce all'insieme "aria, acqua terra" nell'interesse dell'umanità¹¹.

Tale principio, che trova contezza nell'art. 11 Tratt. FUE, esprime la necessità di una crescita e di uno sviluppo tecnologico ed economico compatibile con la tutela dell'ambiente, la quale, secondo quanto prescrive l'Unione Europea, deve essere garantita in maniera "elevata"¹².

Ciò che si impone, pertanto, è un progresso tecnico-scientifico ed economico che garantisca per le generazioni future la salvaguardia delle risorse disponibili, improntando l'agire umano ad una solidarietà infragenerazionale.

⁹ Attraverso, ad es., la realizzazione di pascoli per l'allevamento di bestiame da macello.

¹⁰ V. il testo del Protocollo di Kyoto in www.unfccc.int. Per un'attenta disamina delle complesse vicende connesse all'attuazione del Protocollo, cfr. M. MONTINI, "La risposta istituzionale al problema dei cambiamenti climatici", in ID. (a cura di), *Il Protocollo di Kyoto e il clean development mechanism: aspetti giuridici e istituzionali. L'esperienza nei Balcani*. Milano (2008), p. 3 ss.

¹¹ In particolare, PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 526, pone in evidenza che "[sostenibilità significa, anche considerazione dell'impatto ambientale e, viceversa, l'impatto ambientale è condizione per la "sostenibilità" di ciascuna attività": ergo, "ogni attività deve sia produrre occupazione, sia garantire un progresso sociale ed economico sostenibile, nel rispetto dei valori e delle identità culturali preesistenti, del paesaggio e dell'ambiente".

¹² Così art. 191, par. 2, Tratt. FUE. In particolare, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pone in evidenza che "[sostenibilità significa, anche considerazione dell'impatto ambientale e, viceversa, l'impatto ambientale è condizione per la "sostenibilità" di ciascuna attività": sì che "ogni attività deve sia produrre occupazione, sia garantire un progresso sociale ed economico sostenibile, nel rispetto dei valori e delle identità culturali preesistenti, del paesaggio e dell'ambiente".

Quanto piú gravi e incombenti sono i rischi in campo ambientale, tanto piú gli Stati sono impegnati ad attuare una tutela dell'ambiente responsabile, coesa e condivisa.

II. PLURALITÀ DI INTERESSI IN GIOCO. RUOLO DEL GIUDICE DELLE LEGGI.

Le catastrofi degli ultimi tempi danno contezza di quanto sinora indicato: a mo' di esempi, è sufficiente menzionare la macchia di petrolio che nell'aprile del 2010 ha minacciato l'ecosistema oltre che l'economia ittica e turistica delle coste statunitensi inondate da una marea nera provocata da una disattenta gestione di una piattaforma petrolifera esplosa nel Golfo del Messico; ancor piú di recente, il terremoto di magnitudo elevatissima che ha innescato un disastro nucleare (imprevedibile?) in Giappone, con ripercussioni nefaste sulle popolazioni, sulle specie vegetali, animali (terrestri e marini) *ivi* residenti oltre che sull'economia di quelle aree; e, in generale, i dissesti idrogeologici che periodicamente mettono a rischio la vita umana nel mondo e, in particolare, in Italia¹³.

Questo scenario di riferimento globale deve spingere ciascuno Stato, in coesione con gli altri, ad attuare politiche forti in campo ambientale e spingere altresí a promuovere una sensibilità adeguata e diffusa sulle tematiche ambientali, sí da limitare l'insorgenza di conflitti in campo ambientale e soprattutto il verificarsi di ulteriori danni, in attuazione di altri importantissimi principi quali quelli di precauzione e prevenzione (art. 191 Tratt. FUE)¹⁴.

Tutto questo è pensabile, purché vi siano un'adeguata informazione e, prima ancora, un'idonea formazione in materia ambientale¹⁵ che, in maniera peculiare, faccia assimilare a ciascuno l'esigenza di una tutela elevata

¹³ Le cause del dissesto idrogeologico sono da ricercarsi nella fragilità del territorio, nella modificazione radicale degli equilibri idrogeologici lungo i corsi d'acqua e nella mancanza d'interventi manutentori da parte dell'uomo soprattutto nelle aree montane in abbandono dove non si esercitano piú le tradizionali attività agricole e forestali.

¹⁴ Al riguardo, PERLINGIERI, P. "Conclusione dei lavori", cit., p. 254, sottolinea come, ad es., l'attuazione di siffatti principi mediante l'inibizione di "determinate attività [... si possa] rivell[are] piú efficace rispetto a soluzioni rimediali postume, quali il risarcimento danni o l'esecuzione in forma specifica (per giunta non applicabile). Da qui", se ne deduce, "l'importanza, imposta dall'ordinamento comunitario, della valutazione di impatto ambientale nelle attività d'impresa *in fieri*", contestualmente ad una "piú moderna e ampia lettura della funzione statale di garanzia della sicurezza dei cittadini": cosí sempre ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 757.

¹⁵ Sul tema, cfr. PERLINGIERI, P., "Informazione, libertà di stampa e dignità della persona", *Rass. dir. civ.* (1986), p. 624 ss. e, ora, in ID., *La persona e i suoi diritti*. Napoli, 2005, p. 233 ss.

dell'ambiente: quanto più si radica questa esigenza, tanto meno conflitti si possono generare.

La tutela dell'ambiente costituisce un valore primario ed assoluto dell'ordinamento costituzionale e comunitario¹⁶ da dover proteggere e si connota come una materia trasversale che, in quanto tale, è in grado di incidere su diverse materie¹⁷. Da qui gli svariati conflitti che ad ogni livello si possono scatenare, in virtù della pluralità di interessi in gioco.

Ciò è stato ben messo in evidenza dalla Corte costituzionale, che, chiamata a dirimere più volte conflitti di competenza tra Stato e Regioni nell'esercizio della funzione legislativa in campo ambientale o in materie vicine alla tutela dell'ambiente dopo la riforma del Titolo V della Costituzione¹⁸, dal 2002¹⁹ ha chiarito che le competenze attribuite al legislatore statale talora sono idonee ad investire una pluralità di materie.

Proprio con riferimento all'ambiente, la Corte costituzionale ha precisato che "l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze".

In effetti, dalla giurisprudenza costituzionale che precede la nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale" (nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: dalla conservazione

¹⁶ V. rispettivamente, artt. 2, 9, 32 e 117 cost. e artt. 11 e 191-193 Tratt. FUE.

¹⁷ In tal senso, v. PERLINGIERI, P., "Spunti in tema di tutela dell'ambiente", *Legal. giust.* (1989), p. 136; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 471 ss. In maniera conforme, cfr. PARENTE, F., "La responsabilità civile per danni cagionati alla fauna selvatica omeoterma", *Rass. dir. civ.* (2006), p. 111, nota 22.

¹⁸ Cfr. art. 117, comma 2, lett. s), cost. ove si attribuisce la competenza esclusiva allo Stato in tema di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. "Tuttavia", precisa PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 752, "la riforma si è limitata ad inserire" tale materia tra quelle di sua competenza, sí che "è necessario continuare a valersi della precedente elaborazione giurisprudenziale e dottrinale condotta facendo riferimento, in via interpretativa, ad altre norme costituzionali", quali gli artt. 2, 9, 32, 41 e 42 cost. Da qui il ruolo strategico e propulsivo svolto dal 2002 in poi dalla Corte costituzionale.

¹⁹ Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Foro it.*, 2003, I, c. 688 ss. Sul punto, v. CECCHETTI, M., "Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?", *Regioni* (2003), p. 337 ss.

dell'ambiente a quelli inerenti alle sue utilizzazioni), in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni rispondenti ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale²⁰.

Sí che spetta allo "Stato il potere di fissare *standards* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali". Le regioni "possono restringere le maglie di tutela ma mai ampliarle, là dove si tratta di soddisfare contestualmente, nell'ambito delle competenze [loro] proprie [...], ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato".

Nel caso appena menzionato, il Giudice delle leggi ha ritenuto legittima una norma della regione Lombardia volta a prevedere maggiori oneri e costi di prevenzione da possibili incidenti in capo ad attività di imprese presenti sul territorio lombardo e intente a svolgere attività a rischio di incidenti rilevanti: scelta politica, questa, della stessa regione, che rende sicuramente piú costosa la produzione industriale di quelle attività industriali con sede in quel contesto territoriale rispetto a similari realizzate da altro stabilimento industriale in regioni anche limitrofi, ma con una normativa regionale in materia non cosí rigida.

Ma la normativa regionale lombarda piú restrittiva e, quindi, piú garantista a fronte del possibile ingenerarsi di disastri ambientali, si giustifica in virtú dell'alta densità abitativa, presente su quel territorio, connessa ad un tempo ad una altrettanto densità industriale, che fanno sí che il rischio di incidenti risulti piú elevato che altrove. Fattore, da ultimo, questo, che giustifica ampiamente l'apposizione di paletti alquanto restrittivi di prevenzione, in maniera tale da scongiurare la piú alta probabilità del verificarsi di disastri ambientali.

E, ancóra, nel 2009, è intervenuta nuovamente la Corte costituzionale²¹: nel caso di specie, a fronte della lamentela della regione Sicilia per pretesa invasione della potestà legislativa alla stessa riservata in materia, si è ritenuta costituzionalmente legittima l'istituzione con legge statale di quattro parchi nazionali ricadenti nel territorio siciliano (Parco delle Egadi e del litorale trapanese, parco delle Eolie, Parco dell'isola di Pantelleria e Parco degli

²⁰ Cfr., da ultimo: Corte cost., 18 novembre 2000, n. 507, in *Giur. it.*, 2001, p. 1781 ss.; Corte cost., 15 febbraio 2000, n. 54, *ivi*, 2000, p. 2379 ss.; Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 382, in *Urb. app.*, p. 1307 ss.; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 273, in *Cons. Stato*, 1998, II, p. 1012 ss.

²¹ Corte cost., 23 gennaio 2009, n. 12, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2945 ss.

Iblei)²² in quanto, poiché rientra nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato la materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, *a fortiori* vi deve rientrare l'istituzione di parchi nazionali.

In effetti, alla luce delle considerazioni suesposte, le regioni possono adottare norme di tutela ambientale più elevata nell'esercizio di competenze previste dalla Costituzione che vengono a contatto con quella dell'ambiente, ma mai diminuire la medesima tutela. Di là poi dal fatto che, per tutto quanto attiene alla perimetrazione delle singole aree protette, la stessa normativa statale richiama la necessità di coinvolgere gli enti locali interessati²³.

A tal proposito, si rivela paradigmatica un'altra controversia, emersa per la perimetrazione del Parco regionale dei Campi Flegrei: ebbene, in ottemperanza a quanto previsto dall'allora vigente art. 6, l. reg. Campania n. 33 del 1993, sulla disciplina delle aree protette presenti sul territorio, e giunta in via incidentale innanzi alla Corte costituzionale, per la perimetrazione di un parco regionale era prevista la sola audizione del Comitato regionale per le aree protette ove la rappresentanza degli enti locali non coincideva quasi mai con i comuni di volta in volta interessati e, nel caso di specie, con il comune di Procida e gli altri interessati dall'istituendo Parco dei Campi Flegrei.

Sì che la Corte, chiamata al vaglio di legittimità della norma in questione²⁴, con sentenza²⁵, ha dichiarato incostituzionale l'art. 6, l. reg. cit., che in seguito è stato rielaborato con la previsione dell'audizione degli enti locali di volta in

²² V. art. 26, comma 4-*septies*, l. 29 novembre 2007, n. 222, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1 ottobre 2007, n. 159, recante interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale*, in G.U. 30 novembre 2007, n. 222.

²³ Art. 22, l. 6 dicembre 1991, n. 394, *Legge quadro sulle aree protette*, in S.O. n. 83 a G.U. 13 dicembre 1991, n. 292.

²⁴ In sintesi, di seguito si delinea la questione. Il comune di Procida e quelli limitrofi impugnarono dinanzi al Tar il decreto del Presidente della Giunta regionale della Regione Campania 2 giugno 1995 n. 5569, recante "Perimetrazione provvisoria e misure di salvaguardia del Parco regionale dei Campi Flegrei", al fine di chiederne l'annullamento. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania ha sollevato, a sua volta, in riferimento all'art. 117 cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, l. reg. Campania, 1° settembre 1993, n. 33, *Istituzione di parchi e riserve naturali in Campania*, in quanto ai sensi dell'art. 22, l. n. 394/1991, cit. nella nota precedente, costituisce principio fondamentale per la disciplina delle aree naturali protette regionali "la partecipazione delle province, delle comunità montane e dei comuni al procedimento di istituzione dell'area protetta, fatta salva l'attribuzione delle funzioni amministrative alle province, ai sensi dell'art. 14 della legge 8 giugno 1990, n. 142". L'evocato art. 22 precisa che "tale partecipazione si realizza, tenuto conto dell'art. 3 della stessa legge n. 142 del 1990, attraverso conferenze per la redazione di un documento di indirizzo relativo all'analisi territoriale dell'area da destinare a protezione, alla perimetrazione provvisoria, all'individuazione degli obiettivi da perseguire, alla valutazione degli effetti dell'istituzione dell'area protetta sul territorio".

²⁵ Cfr. Corte cost., 14 luglio 2000, n. 282, in *Foro it.*, 2002, I, c. 664 ss.

volta interessati: l'intento lodevole, in questo caso raggiunto – e peraltro espressamente già previsto dalla normativa nazionale di riferimento²⁶ –, è risolvere “a monte” eventuali conflitti, avviando un dialogo tra gli enti coinvolti, i quali, in applicazione del principio di leale collaborazione, sono in grado di individuare ed adottare la soluzione più adeguata.

III. ...E DEGLI ALTRI GIUDICI.

Parimenti, non è concepibile un atteggiamento di netta chiusura di un'autorità amministrativa, quale la soprintendenza preposta alla tutela dei valori paesaggistici, a fronte della necessità di tutelare altri aspetti che concernono sempre la tutela ambientale, rinvenibile ad es. nel diniego *a priori* apposto dalla Soprintendenza dei beni culturali e Ambientali di Caltanissetta ad una richiesta di autorizzazione di una società ai sensi dell'art. 146, cod. beni culturali e paesaggio²⁷, per la realizzazione di un parco eolico nel territorio della Provincia di Caltanissetta, in zona sottoposta parzialmente a vincolo paesaggistico.

La motivazione addotta atteneva al fatto che l'installazione di pale eoliche sui crinali e sulle cime dei monti, per la loro altezza e per la composizione in serie fosse non mitigabile e non inseribile, oltre al fatto che la forza delle loro gigantesche dimensioni fuori scala, irrompessero nella visione panoramica e devastassero irreversibilmente i valori paesaggistici delle aree tutelate.

In effetti, il Tribunale amministrativo regionale²⁸ ha dichiarato l'illegittimità di siffatto provvedimento, in ragione di altra esigenza di tutela dell'ambiente da dover considerare: la valorizzazione di fonti di energia rinnovabili in ossequio ai principi di un equo sfruttamento delle risorse disponibili e dello sviluppo sostenibile. Nella sentenza si richiama espressamente, il decreto dell'assessorato del territorio e dell'ambiente della Regione Sicilia 10 settembre 2003, oggi sostituito dal decreto 20 aprile 2005, n. 10425, che rinvia, oltre alle fonti interne nazionali e regionali vigenti in materia, al libro Bianco europeo per la valorizzazione delle fonti di energia rinnovabili e al Protocollo di Kyoto, ratificato in Italia nel 2002²⁹ e alle diverse direttive comunitarie in materia.

²⁶ V. art. 22, l. 394/1991, richiamato nella nota 23.

²⁷ D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002*, n. 137, in S.O. n. 28 a G.U. 24 febbraio 2004, n. 45.

²⁸ V. Tar Sicilia, Palermo, 28 settembre 2005, n. 1671, in www.ambientediritto.it/sentenze/2005/TAR/Tar%20Sicilia%20PA%202005%20n.1671.htm.

²⁹ V. l. 1 giugno 2002, n. 120, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, fatto a Kyoto l'11 dicembre 1997*, in G.U. 19 giugno 2002, n. 142.

Così si vuol redarguire l'autorità amministrativa competente nel non difendere aprioristicamente il valore paesaggistico (come invece ha inteso fare, dimostrando una chiusura unilaterale verso qualsiasi installazione di impianti eolici e senza quindi aver svolto un'adeguata istruttoria sul caso concreto), allorché altre esigenze di carattere ambientale richiedano parimenti soddisfazione.

Nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, rispondenti alla tutela dello stesso valore (*i.e.*: la tutela dell'ambiente), ragionevolmente bisogna far prevalere l'uno o l'altro dopo un attento vaglio sulla impossibilità o no di installare in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, impianti eolici o porzioni dello stesso, come ad es. cavidotti e cabine di trasformazione, in ragione del patrimonio naturale che si intende tutelare.

Il Tar della Sicilia, nel caso di specie, afferma che “nel possibile conflitto fra le esigenze correlate all'esercizio dell'attività imprenditoriale, finalizzata alla produzione (con modalità non inquinanti) di energia elettrica, e quelle sottese alla tutela di valori non economici (come la tutela del paesaggio), l'amministrazione deve, in particolare, ricercare non il totale sacrificio delle une e la preservazione delle altre secondo una logica meramente inibitoria”, ma piuttosto, come indicato dalla Corte Costituzionale³⁰, “una soluzione necessariamente comparativa della dialettica fra le esigenze dell'impresa e quelle afferenti [a] valori non economici, tutte rilevanti in sede di esercizio del potere amministrativo di autorizzazione alla realizzazione di attività imprenditoriali. Il che non esclude che l'esito finale del giudizio comparativo privilegi il valore paesaggistico”.

Ciò è stato ben chiarito, ad es., dal Tar del Molise³¹, là dove si precisa che “alla concezione totalizzante dell'interesse paesaggistico, oggetto di recente e condivisibile revisione critica, non può sostituirsi una nuova concezione totalizzante dell'interesse ambientale che ne postuli la tutela “ad ogni costo” anche mediante lo sviluppo di fonti di energia alternativa idonee ad operare una riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra ma di grave ed irreversibile impatto paesaggistico, perché se la riduzione delle emissioni”, secondo quanto già asserito dal Consiglio di Stato³², – mediante “la ricerca, promozione sviluppo e maggiore utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate e compatibili con l'ambiente, tra le quali

³⁰ Corte cost., sent. 10 luglio 2002, n. 355, in www.ambientediritto.it/sentenze/2002/lug-dic/Corte%20Cost.%202002%20n.%20355.htm.

³¹ Tar Molise, 8 aprile 2009 n. 115, in www.ambientediritto.it/sentenze/2009/TAR/Tar_Molise_2009_n.115.htm, e anche in *Dir. giur. agr. amb.*, 2009, p. 711 ss., con nota di GUSMEROTTI, N.M., “La ponderazione dei valori paesaggistici ed ambientali nei procedimenti di autorizzazione degli impianti eolici”.

³² Cfr., infatti, Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2005 n. 971, in *Giur. it.*, 2005, p. 1287 ss.

rientrano gli impianti eolici” – “costituisce un impegno internazionale assunto dallo Stato italiano” (con la stessa ratifica del Protocollo di Kyoto summenzionata³³), è parimenti vero che “anche la salvaguardia del paesaggio costituisce oggetto di impegni assunti [sempre] dall’Italia in sede internazionale”³⁴, sí che “il conflitto tra tutela [del] paesaggio e tutela dell’ambiente (e indirettamente della salute)” può essere risolto non “in forza di una nuova aprioristica gerarchia che inverte la scala dei valori [...], ma [...] necessariamente [...] in concreto, attraverso una ponderazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, non potendosi configurare alcuna preminenza valoriale né in un senso (a favore del paesaggio) né nell’altro (a favore dell’ambiente e del diritto alla salute o del diritto di intrapresa economica)”³⁵; ovverosia, è risolvibile soltanto all’esito di un ragionevole bilanciamento, alla stregua di un canone di proporzionalità, fra valore di tutela e intensità del vincolo (e della conseguente compressione dell’interesse antagonista) rispetto alla specifica attività considerata, e non già per una scontata prevalenza del primo.

Si rivela dunque sempre più pressante l’esigenza di una sensibilizzazione verso le problematiche ambientali, soprattutto nella gestione del conflitto tra l’interesse all’occupazione e alla produzione e l’interesse alla salute e all’ambiente. Emblematica, in merito, risulta la lettura suggerita dalla Corte costituzionale del d.l. 3 dicembre 2012, n. (convertito con modifiche in l. 24 dicembre 2012, n. 231³⁶), il quale, pur se indotto dalla preoccupante vicenda dell’Ilva di Taranto, acquisisce chiaramente una portata normativa più ampia. Ivi si prevede, infatti, una disciplina generale intenta alla conservazione dell’attività produttiva di stabilimenti di interesse strategico nazionale (art. 1, d.l. cit.); poi specificamente l’art. 3 applica siffatta disciplina agli impianti siderurgici dell’Ilva. Il decreto, inoltre, conferisce al Ministero dell’ambiente il potere di autorizzare la prosecuzione di un’attività produttiva, per un periodo non superiore a 36 mesi, in sede di riesame dell’autorizzazione integrata ambientale, allorché venga accertata l’assoluta necessità di salvaguardare l’occupazione e la produzione, e sia garantita la più adeguata tutela dell’ambiente e della salute secondo “*le migliori tecniche disponibili*” (art. 1, comma 1, d.l. cit., in conformità agli artt. 3, comma 1, lett. *a*, dir. 1/08/CE, e 11, lett. *b*, dir. 75/10/UE).

La Corte costituzionale, nel respingere i dubbi di legittimità sollevati dalla magistratura tarantina sul decreto “salva Ilva”, ha evidenziato l’esigenza di evitare che la rilevanza “primaria” del diritto alla salute e all’ambiente possa

³³ V., *retro*, la nota 29.

³⁴ In merito, v. l. 9 gennaio 2006, n. 14, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sul paesaggio, fatta a Firenze il 20 ottobre 2000*, in S.O. n. 16 a G.U. 20 gennaio 2006, n. 16.

³⁵ Sempre Tar Molise, 8 aprile 2009, n. 115, cit.

³⁶ In G.U. 3 gennaio 2013, n. 2.

tradursi in una preminenza gerarchica sugli altri diritti della persona: “La *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.

Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo “fondamentale”, contenuto nell’art. 32 cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come “valori primari” (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”³⁷.

In sintesi, il rapporto tra i vari interessi sottesi di qualsivoglia natura, anche, come nel caso da ultimo menzionato, quali facce di una stessa medaglia, impone una soluzione in termini di composizione e ricerca di modalità operative che implicino il minimo sacrificio degli uni e degli altri: basti

³⁷ Così Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I, c. 441 ss. In dottrina, cfr. U. SALANITRO, “Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell’occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale”, *Corr. giur.* (2013), p. 1041 ss.

pensare che la costruzione di impianti termoelettrici, poiché energia bisogna comunque produrne, arrecherebbe gravi danni alla salubrità ambientale e alla salute degli esseri viventi, sí da non poter considerare quest'altra faccia della medaglia meno meritevole della tutela del paesaggio.

Ergo è da privilegiare l'ubicazione di impianti di energia eolica. Come anche l'implementazione della tecnologia fotovoltaica – oggetto, in egual misura, “di particolare favore” nel nostro sistema ordinamentale, per le medesime ragioni indicate per gli impianti eolici – impone che il diniego del nulla osta paesaggistico da parte dell'autorità amministrativa competente debba essere basato “sulla precisa individuazione di interessi [...] prevalenti” rispetto alle peculiarità del paesaggio e non sul mero “disturbo visivo”³⁸.

D'altronde, lo stesso Consiglio di Stato ha avallato da alcuni anni³⁹ che il progetto per la realizzazione di un impianto eolico per la produzione di energia elettrica risponde a finalità di interesse pubblico, *melius*, ad avviso di chi scrive, di interesse generale. Sí che il collegio di Palermo ha dimostrato una elevata sensibilità ambientale in virtù di una vicenda di certo delicata e non di facile soluzione nella quale la medaglia (*i.e.*: la tutela dell'ambiente) si rivela con due diverse facce: ma la medaglia è pur sempre la stessa.

In merito è opportuno precisare che, in attuazione dei principi di semplificazione e accelerazione delle procedure a ciò finalizzate, l'art. 12, comma 3, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387⁴⁰, ha previsto un'autorizzazione unica concessa dalla Regione competente, che sostituisce tutti i pareri e le autorizzazioni altrimenti necessari, nella quale confluiscono anche le valutazioni di carattere paesaggistico, nonché quelle relative alla esistenza di vincoli di carattere storico-artistico, tramite il meccanismo della Conferenza di servizi – l'intero procedimento peraltro deve chiudersi entro novanta giorni –: un ruolo basilare, in questo, a fronte di pareri discordanti forniti

³⁸ Così Tar Lombardia, Brescia, 14 aprile 2009, n. 859, in www.deiurepubblico.it/upfile/sent_bre_859_09.doc, e, in maniera pedissequa, sempre Tar Lombardia, Brescia, 4 ottobre 2010, n. 3276, in www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Brescia/Sezione%201/2008/200800890/Provvedimenti/201003726_01.XML, ove si afferma che “la sempre piú diffusa attenzione verso questo tipo di tecnologia condizion[a] inevitabilmente il giudizio estetico”, sí da poter considerare “la presenza di pannelli [...] non] come un fattore di disturbo visivo, ma [...] un'evoluzione dello stile costruttivo accettata dall'ordinamento e dalla sensibilità collettiva”.

³⁹ Sul punto, v., *retro*, la nota 32.

⁴⁰ Art. 12, comma 3, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, *Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*, in S.O. n. 17 a G.U. 31 gennaio 2004, n. 25, s.m.i. dall'art. 2, comma 154, l. n. 244 del 2007, dall'art. 27, comma 44, l. n. 99 del 2009, e dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28 del 2011.

dalle autorità amministrative interessate, spetta all'amministrazione regionale in quella sede.

In un altro caso, ad esempio, il Consiglio di Stato⁴¹, chiamato a dirimere la questione dalla società che voleva realizzare un impianto eolico in Abruzzo e che aveva ricevuto un diniego per via del mancato nulla osta paesaggistico al riguardo, ha precisato che allorché “il potenziale conflitto tra interesse ambientale, comprensivo di quello alla riduzione dell'inquinamento, a sua volta perseguibile con lo sviluppo di impianti che producono energia da fonti rinnovabili, e interesse paesaggistico, potenzialmente leso dalla realizzazione di tali impianti, ove essi abbiano rilevante impatto visivo, è valutazione che, implicando inevitabili scelte di merito amministrativo, compete all'amministrazione regionale, preposta sia al rilascio del nulla osta paesaggistico, sia al rilascio dell'autorizzazione unica per la realizzazione degli impianti eolici”.

A fortiori diviene sempre più pressante l'esigenza, dianzi indicata, di adeguata sensibilizzazione verso le problematiche ambientali della collettività allorquando i conflitti insorgano proprio per interessi individuali dei titolari di situazioni proprietarie incise da interventi posti a tutela dell'ambiente.

Costoro si dimostrano del tutto riottosi e appongono ostacoli mediante ricorsi in giudizio che rendono più lenta ed onerosa la realizzazione dell'opera o degli interventi stabiliti in campo ambientale. Emergono l'ignoranza e la scarsa sensibilità verso il valore ambiente, primario e assoluto nel nostro ordinamento costituzionale e comunitario, che non può non prevalere su esigenze di natura prettamente patrimonialistica, destinate a soccombere a fronte dell'esigenza di salvaguardare interessi di natura esistenziale e che involgono non soltanto le generazioni presenti ma anche quelle future.

Così recentemente il Tar della Campania⁴², in merito all'autorizzazione unica in concessione per la realizzazione di un parco eolico nel Sannio, nel comune di Foiano di Valfortore, a séguito di un procedimento intrapreso al quale hanno partecipato tutte le Amministrazioni interessate, mediante Conferenza dei servizi, ha ben chiarito che ogni considerazione su un presunto ordine gerarchico fra interessi pubblici e privati, in realtà, prettamente egoistici, resta preclusa allorquando i rapporti fra queste due categorie di interessi sono disciplinati sí dalla legge, come precisa il Tar, ma in attuazione di principi e

⁴¹ Cons. St., Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1013, in www.ambientediritto.it/sentenze/2010/CDS/Cds_2010_n.1013.htm.

⁴² TAR Campania, Napoli, sez. V, 16 marzo 2010, n. 1479, in www.ambientediritto.it/sentenze/2010/TAR/Tar_Campania_NA_2010_n.1479.htm.

valori presenti nel sistema ordinamentale⁴³, alla luce dei quali risulta “assolutamente prevalente l’interesse allo sfruttamento delle fonti di energia alternativa e rinnovabile rispetto agli interessi meramente dominicali” dei titolari della situazioni proprietarie interessate dall’ubicazione dell’impianto e comunque adeguatamente da indennizzare, secondo il Tar, per gli espropri che subiranno: “non a caso”, ai sensi del summenzionato art. 12, d.lgs. 387/2007, “l’approvazione del progetto ed il conseguente rilascio dell’autorizzazione unica implicano la dichiarazione di pubblica utilità, nonché di indifferibilità ed urgenza dei relativi lavori”.

In vero, i privati hanno impugnato con piena legittimità, poiché è ampiamente consolidato l’orientamento giurisprudenziale che consacra, a mo’ di esempio, “la legittimazione di una persona fisica ad impugnare atti di localizzazione di una discarica e, piú in generale, di impianti che potrebbero rivelarsi dannosi per la salute umana”, e tale legittimazione “non discende dalla vicinanza dell’abitazione del ricorrente dalla discarica, ma è subordinata alla prova del danno che quest’ultimo riceve nella sua sfera giuridica dal fatto che la localizzazione dell’impianto riduce il valore del fondo situato nelle sue vicinanze nonostante le prescrizioni dettate dall’autorità competente in ordine alle modalità di gestione dell’impianto a salvaguardia di chi vive nelle vicinanze”⁴⁴.

A maggior ragione, nel caso in esame, sono legittimati i privati ad impugnare, in quanto appare ragionevole ipotizzare l’eventuale pregiudizio che potrebbe loro derivare alle attività economiche *ivi* gestite (per lo piú rurali, pastorali, agrituristiche e di vendita di beni di produzione propria, in particolare miele) dalla ubicazione *in loco* di un impianto eolico (e ben si rileva, altresí, come

⁴³ Ove l’interesse pubblico si “identific[a]” con “la realizzazione e l’attuazione dei diritti inviolabili dell’uomo”: così PERLINGIERI, P., “Il diritto agrario tra pubblico e privato”, [Rass. dir. civ. (1985), p. 698 ss., e ora] in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*. Napoli (1989), p. 264; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 406; e, in maniera conforme, FEDERICO, A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli “accordi” tra privati e pubbliche amministrazioni*. Napoli (1999), p. 34 s. Sí che l’interesse pubblico risulta non quale “sovrastuttura burocratica e superindividuale, ma quale sintesi e attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell’unità dei loro diritti e dei loro doveri”: *ergo*, “[l]’interesse pubblico e quello privato e individuale [...] non possono essere fisiologicamente in conflitto”: PERLINGIERI, P., *oo.uu.cc.*, rispettivamente pp. 265 e 406 s., nonché sempre ID., “L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata”, [in Rass. dir. civ. (1986), p. 933 ss., e ora] in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Napoli (2003), p. 58 s.

⁴⁴ *Ex plurimis*, cfr. Tar Piemonte, Torino, II sez., 26 maggio 2008, n. 1217, in *Merito*, 2008, f. 9, p. 81 ss. Infatti è bene tener presente che, in ogni caso, “il soddisfacimento dell’interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie oggetto dell’intervento dell’Amministrazione”: così FEDERICO, A., *Autonomia negoziale*, cit., p. 39.

siano stati adeguatamente informati sull'avvio del procedimento di autorizzazione).

Tuttavia, dalla Conferenza di servizi – l'istruttoria della quale è stata espletata in maniera approfondita ed esauriente attraverso la ponderazione di tutti gli interessi, pubblici e privati coinvolti – è emersa la prevalenza degli interessi legati ad una elevata tutela dell'ambiente nell'ottica di uno sviluppo sostenibile.

Ciò del resto ha trovato contezza nella legislazione nazionale di riferimento (art. 12, comma 7, d.lgs. n. 387/2007⁴⁵), ove si sancisce che gli impianti di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile (quali i generatori eolici) possono essere legittimamente ubicati in zone classificate agricole dallo strumento urbanistico vigente sul territorio⁴⁶.

Ancor meno, d'altronde, si giustifica l'opposizione dimostrata dai cittadini titolari di situazioni proprietarie in merito alla perimetrazione del Parco regionale di Roccamonfina e Foce del Garigliano⁴⁷.

Il relativo provvedimento è stato oggetto di impugnazione da parte di costoro al fine di tutelare il loro patrimonio immobiliare, risultante incluso nell'area così delimitata, lamentandosi della loro mancata audizione da parte della Regione: tale doglianza, in questo caso, è priva di fondamento, giacché la normativa sul procedimento amministrativo non prevede la partecipazione dei singoli cittadini al procedimento stesso allorché attenga alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; *ergo*, nel caso di perimetrazione di un'area naturale protetta in via di istituzione, occorre attenersi a quanto sancito nella l. quadro sulle aree protette, la quale, come si è già precisato⁴⁸, prevede l'audizione degli enti territorialmente interessati in apposita Conferenza.

⁴⁵ L'art. 12, comma 7, d.lgs. 387/2007, peraltro prescrive che “[n]ell'ubicazione si dovrà tener conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale”.

⁴⁶ Sul punto, v. Tar Umbria, Perugia, 15 giugno 2007, n. 518, in *Urb. app.*, 2007, p. 1406 ss.

⁴⁷ Cfr. Tar Campania, 30 settembre 2004, n. 13240, in www.ambientediritto.it/sentenze/2004/TAR/Tar%20Campania%202004%20n.13240.htm. Si manifesta, questo, come un tipico caso rivelatore dell'“ostilità sociale” che si determina “nella delicata fase preliminare di individuazione e perimetrazione di un territorio” da proteggere.

Così VIVOLI, G., “Le resistenze locali all'istituzione di un'area naturale protetta”, in www.dirittoambiente.net/vis3.php?id=49&pagina=territorio_articoli&codice=territorio_articoli_49.

⁴⁸ V., *retro*, le note 23 e 24.

IV. CONCLUSIONI.

È opportuno, allora, richiamare il pensiero di autorevoli voci in dottrina: nella consapevolezza della centralità dei principi e dei valori costituzionali e comunitari sui quali si fonda l'attuale ordinamento giuridico⁴⁹, anche l'esercizio dei diritti patrimoniali non può non realizzarsi che in conformità a quegli stessi principi e valori⁵⁰.

La tutela della persona umana e della sua dignità, della solidarietà sociale, del paesaggio, della salute, dell'ambiente, *ex art. 2, 9 e 32 cost. e artt. 11 e 191-193 Tratt. FUE*, costituiscono al contempo non soltanto limiti interni, ma obiettivi da realizzare anche nell'esercizio dei diritti proprietari, secondo quella condivisibile accezione di funzione sociale della proprietà⁵¹.

Sì che, un ricorso ad esclusiva difesa di situazioni giuridiche proprietarie, come quello posto in essere nel caso dell'istituzione del Parco regionale di Roccamonfina e Foce del Garigliano, non trova alcuna legittimazione nello scenario normativo vigente, giacché in netto contrasto non soltanto con le previsioni normative di legislazione ordinaria, quanto con valori e principi fondanti della nostra Carta costituzionale e dei Trattati sull'Unione europea.

Se poi tutti questi conflitti riuscissero a trovare adeguata e pronta soluzione "a monte", mediante strumenti di conciliazione, quali la mediazione ambientale⁵², si eviterebbe a inutili sprechi di tempo e di denaro della

⁴⁹ PERLINGIERI, P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*. Napoli (1992), spec. pp. 57, 83 e 127 ss.

⁵⁰ In tal senso, cfr.: DONISI, C., "Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato, *Rass. dir. civ.* (1980), p. 644 ss.; PERLINGIERI, P., "Depatrimonializzazione' e diritto civile", *ivi* (1983), p. 1 ss.

⁵¹ In merito, v. PERLINGIERI, P., *Profili del diritto civile*. Napoli (1994), p. 198: "In un sistema ispirato alla solidarietà politica, economica e sociale e al pieno sviluppo della persona (art. 2 cost.) il contenuto della funzione sociale assume un ruolo di tipo promozionale, nel senso che la disciplina delle forme proprietarie e le loro interpretazioni" dovranno essere attuate al fine di realizzare i principi e i valori fondanti dell'ordinamento. Sull'*iter* di "costituzionalizzazione" della tutela ambientale, v. CORRIERO, V., *La funzione sociale della proprietà nelle aree protette*. Napoli (2005), p. 29 ss.

⁵² Sul tema, v. TROISI, C., "Brevi considerazioni in tema di mediazione ambientale", *Dir. agr.* (2005), f. 2, p. 5 ss. *Amplius*, sulla peculiare rilevanza che riveste oggi la mediazione, nell'ambito degli istituti alternativi di risoluzione delle controversie, nella soluzione dei conflitti d'interessi, cfr. CENNI, M.L., FABIANI, E., e LEO, M. (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2012*. Napoli (2012), spec. pp. 6 ss., 50 ss., 71 ss. e 93 ss.

collettività, con notevoli vantaggi della collettività in termini di elevata qualità della vita⁵³ e anche di serenità d'animo.

⁵³ Infatti “ciascuno, nel suo *status personae*, ha diritto ad un *habitat* che garantisca [siffatta] qualità della vita”: PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 753.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PATENTE EN EUROPA:
¿NOVEDADES PARA MEJORAR?

THE PROTECTION OF PATENT RIGHTS IN EUROPE: DO THE
NEW INSTRUMENTS IMPROVE THE SYSTEM?

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 381-408.

Fecha entrega: 05/06/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARÍA ARÁNZAZU GANDÍA SELLENS
Becaria FPU
Departamento Derecho Internacional de la Universidad de Valencia
m.aranzazu.gandia@uv.es.

RESUMEN: El artículo analiza las distintas opciones para la protección de las invenciones en Europa en la actualidad y en un futuro próximo, dada la reciente adopción del sistema de patente unitaria, prestando especial atención a los problemas de competencia judicial que la creación del Tribunal Unificado de Patentes suscitará en la práctica.

PALABRAS CLAVE: Derechos de patente, patente europea, patente unitaria, Tribunal Unificado de Patentes.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the different options for the protection of inventions in Europe, both nowadays and in the near future, given the recently adopted system of the unitary patent. Special attention is paid to the jurisdictional problems that the creation of the Unified Patent Court will arise in practice.

KEY WORDS: Patent rights, European patent, unitary patent, Unified Patent Court.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. *STATU QUO* ACTUAL.- 1. Patentes nacionales, en particular, el sistema español.- 2. Patente europea “clásica” (sin efecto unitario).- 3. Patente euroasiática.- 4. El sistema del Convenio PCT.- III. LA PATENTE EUROPEA CON EFECTO UNITARIO.- IV. “RESOLUCIÓN” DE CONFLICTOS A TRAVÉS DEL TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES.- V. VALORACIÓN DE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE CONCESIÓN DE PATENTES.

I. INTRODUCCIÓN.

La protección de las invenciones en Europa está, en la actualidad, en una fase de cambio, tras la reciente adopción de la figura de la patente unitaria. Esta patente será una realidad cuando el Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes, del Consejo¹ (en adelante, Acuerdo TUP), entre en vigor [así dispone el art. 18.2 del Reglamento núm. 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente² (en adelante, Reglamento núm. 1257/2012)]. Según el art. 89.1 del mencionado Acuerdo, éste entrará en vigor cuando se produzca el último de los siguientes momentos: “el 1 de enero de 2014, el primer día del cuarto mes siguiente a aquel en el curso del cual se haya depositado el décimo tercer instrumento de ratificación o adhesión, de conformidad con el artículo 84, siempre que entre dichos instrumentos se encuentren los de los tres Estados miembros en los que haya tenido efectos el mayor número de patentes europeas el año anterior a la firma del Acuerdo, o el primer día del cuarto mes siguiente a aquel en el curso del cual hayan entrado en vigor las modificaciones del Reglamento (UE) n° 1215/2012 en lo que concierne a su relación con el presente Acuerdo”.

Como la fecha de 1 de enero de 2014 ya ha pasado y las modificaciones del Reglamento núm. 1215/2012 ya han entrado en vigor [(art. 2 del Reglamento (UE) núm. 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux³ (en adelante, Reglamento núm. 542/2014)], solo queda esperar a que se reúnan los trece

¹ DO C núm. 175 de 20 de junio de 2013.

² DO L núm. 361 de 31 de diciembre de 2012.

³ DO L núm. 163 de 29 de mayo de 2014.

instrumentos de ratificación del Acuerdo TUP, siendo que, en la actualidad, se han reunido solo cinco ratificaciones⁴. Por tanto, la fecha en la que la patente europea con efecto unitario devendrá una realidad sigue siendo una incógnita, si bien se puede prever que se materializará en un futuro no demasiado lejano.

Partiendo de esta realidad, en el presente artículo examinaremos, en primer lugar, las opciones que existen en la actualidad para proteger las invenciones en Europa. En segundo lugar proporcionaremos unas notas descriptivas de la inminente patente europea con efecto unitario y finalmente, examinaremos, con más detalle, algunas de las vicisitudes que el Tribunal Unificado de Patentes planteará como pieza clave en el nuevo escenario que se pretende configurar.

II. *STATU QUO* ACTUAL.

En la actualidad, las opciones existentes para proteger una invención en Europa se reducen a la protección conferida por las patentes nacionales, por la patente europea “clásica” (sin efecto unitario), por la patente euroasiática y la protección otorgada por el sistema del Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 19 de junio de 1970⁵ (en adelante, Convenio PCT, conocido así por sus siglas en inglés).

1. Patentes nacionales, en particular, el sistema español.

En primer lugar, en cuanto a las patentes nacionales, su procedimiento de concesión varía de Estado a Estado, si bien los países más desarrollados se caracterizan por conceder las patentes tras comprobar si las invenciones reúnen los requisitos de patentabilidad o de fondo. Este sistema se diferencia del de simple depósito, consistente en la verificación de que el peticionario aporta los documentos exigidos por la ley, sin entrar a examinar en detalle la invención⁶. Nos centraremos aquí en el procedimiento para la obtención de la patente española, en aras de la simplificación de la exposición y teniendo en cuenta que el procedimiento es similar en los países desarrollados.

⁴ Véase la página web oficial de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/ratification/ (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1160, núm. 18336.

⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*. Madrid (1996): Eurolex, pp. 90-93. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho Industrial*. Cizur Menor (2009): Aranzadi, 3ª ed., pp. 1167-1168.

Los requisitos para presentar una solicitud de patente en España se regulan en los arts. 21 a 29 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes⁷, modificada por última vez por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación⁸. Para obtener una patente española habrá que presentar una solicitud ante la Oficina Española de Patentes y Marcas⁹ (OEPM, en adelante), que deberá constar de una instancia dirigida al Director de la OEPM, una descripción del invento para el que se solicita la patente, una o varias reivindicaciones, los dibujos a los que se refiera la descripción o las reivindicaciones, y un resumen de la invención. Si se solicita una adición, así habrá que disponerlo expresamente en la instancia, con indicación del número asignado a la patente cuando la misma se concedió.

Se exige que, en la solicitud de la patente, la invención se describa con la precisión suficiente para que un experto en la materia pueda ejecutarla. Respecto a las solicitudes de patente que tengan por objeto invenciones relativas a materia biológica, se especifican una serie de requisitos que deberán observarse para que la descripción se considere suficiente.

En la descripción deberán fundarse de forma clara y concisa las reivindicaciones que contenga la solicitud de patente, las cuales definen su objeto de protección. Respecto al resumen de la invención, se especifica que solo servirá como información técnica, no pudiéndose hacer valer para otros fines, como la determinación del ámbito de protección de la patente ni el estado de la técnica. Asimismo, se faculta a la OEPM para modificar el mismo cuando lo crea conveniente para mejorar la información puesta a disposición de terceros. No obstante, se notificará al solicitante cuando se haga uso de esa potestad.

La Ley española de patentes se hace eco, respecto al derecho de prioridad para la presentación de una solicitud de patente, de los arts. 4.A.1 del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883¹⁰ (en adelante, Convenio de París) y 4 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994)¹¹, en adelante, Acuerdo ADPIC. Así, se

⁷ BOE núm. 73 de 26 de marzo de 1986.

⁸ BOE núm. 131 de 2 de junio de 2011.

⁹ Si bien la Ley española de Patentes se refiere al “Registro de la Propiedad Industrial”, hay que tener en cuenta que dicho organismo pasó a denominarse “Oficina Española de Patentes y Marcas” en 1992, en virtud de la Disposición Adicional primera de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (BOE núm. 176 de 23 de julio de 1992).

¹⁰ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 828, núm. 11851.

¹¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 299, núm. 1197.

reconoce el derecho de prioridad para la solicitud de una patente en España para quien hubiere presentado una primera solicitud en alguno de los Estados parte en el Convenio de París (y, por extensión, de la OMC, pues como acabamos de indicar, el Acuerdo ADPIC reconoce el trato de la nación más favorecida a los países miembros de esta Organización). Asimismo, se incluye el principio de reciprocidad para otros Estados que, no formando parte del Convenio de París, reconozcan dicho derecho de prioridad a las solicitudes presentadas en España (hay que tener en cuenta que la Ley española de Patentes es anterior a la fecha de conclusión del Acuerdo ADPIC, de ahí que no se mencione, lo cual consideramos que no es óbice para haber incluido una modificación al respecto). Para reivindicar ese derecho de prioridad, el solicitante deberá aportar una declaración de prioridad y una copia certificada por la Oficina de origen de la solicitud anterior, acompañada de su traducción al castellano, cuando dicha solicitud esté redactada en otro idioma.

Volviendo al procedimiento general de concesión, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 30 a 38 de la misma Ley. Una vez presentada correctamente la solicitud de patente, se inicia el procedimiento general de concesión. Tras comprobar que la solicitud se ha presentado junto con todos los datos exigidos, la misma se admitirá a trámite. A partir de este momento, la OEPM examinará la concurrencia de todos los requisitos formales, así como los requisitos de patentabilidad del objeto de la solicitud, salvo los de novedad y actividad inventiva (de manera que se analizará solo la susceptibilidad de aplicación industrial), si bien se denegará la concesión de la patente si el objeto de la solicitud carece notoria y manifiestamente de novedad, previa audiencia al interesado.

Si del examen resulta que no se reúnen adecuadamente todos los requisitos exigidos, se suspenderá el procedimiento y se otorgará un plazo de subsanación, si procede. Finalmente, la OEPM se pronunciará, bien denegando total o parcialmente la concesión de la patente si estima que su objeto no es patentable o subsisten defectos que no se subsanaron, o bien informará al solicitante de que, para que el procedimiento continúe, deberá solicitar la realización del informe del estado de la técnica, si no lo hubiese hecho con anterioridad.

Tras la elaboración del informe sobre el estado de la técnica, la OEPM lo trasladará al interesado y publicará un folleto conteniendo el mismo, anunciándolo en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial. A la vez, se publicará la solicitud de la patente si la misma aún no se hubiese publicado. De este modo, cualquier persona podrá efectuar observaciones al informe sobre el estado de la técnica.

Una vez concluido el examen, la OEPM notificará al interesado el resultado y las oposiciones interpuestas, en su caso. Si no se hubiesen presentado oposiciones y el resultado del informe fuese positivo, la OEPM concederá la patente solicitada. En caso contrario, el solicitante podrá subsanar los requisitos formales que correspondan, modificar las reivindicaciones y alegar lo que estime conveniente a las oposiciones formuladas. Si el peticionario no efectúa los cambios pertinentes en plazo, la OEPM denegará total o parcialmente la solicitud.

El interesado que haya visto denegada su solicitud de patente podrá interponer recurso de alzada ante la OEPM (art. 12.3 del Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas¹²) y, si el mismo resulta desestimado, le quedará acudir a la vía contencioso-administrativa (art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹³).

Como se puede observar, este procedimiento administrativo de concesión de los derechos de patente se realiza sin examinar, de manera exhaustiva, los requisitos de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial –de hecho, solo se examina este último–). Con lo cual, este sistema (similar al del resto de países desarrollados) no otorga patentes fuertes, yendo en detrimento de la innovación.

2. Patente europea “clásica” (sin efecto unitario).

La patente europea sin efecto unitario se instauró, con gran éxito¹⁴, por el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973¹⁵ (Convenio de Múnich, en adelante). La finalidad de este Tratado se desprende del juego de sus arts. 2 y 3. De modo que la patente europea nace para facilitar el proceso de expedición de patentes en varios Estados contratantes¹⁶, pero, en cada país, la patente otorgada se someterá al

¹² BOE núm. 208 de 30 de agosto de 1997.

¹³ BOE núm. 167 de 14 de julio de 1998.

¹⁴ TORREMANS, P.: *Holyoak and Torremans. Intellectual Property Law*. Bath (2001): Butterworths, 3ª ed., p. 45. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho*, cit., p. 1128. MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones sobre el Convenio de la patente europea”, en AA.VV.: *Derecho de la Competencia y propiedad industrial en la Unión Europea* (dir. Por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.). Cizur Menor (2007): Aranzadi, p. 206.

¹⁵ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1065, núm. 16208.

¹⁶ En la actualidad, son 38 los Estados contratantes del Convenio de Múnich, todos ellos ubicados en el continente europeo: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República

régimen nacional de patentes. No obstante, este Convenio armonizó las normas sustantivas sobre patentabilidad, duración y extensión de la protección conferida mediante derechos de patente¹⁷. La doctrina ha calificado esta situación de “faz de patentes [...] a las que se reconocen efectos nacionales en cada uno de los países afectados”¹⁸.

Para la concesión de esta patente europea se creó la Organización Europea de Patentes, siendo la Oficina Europea de Patentes (en adelante, OEP), órgano que la integra, la que ejecuta el cometido de conceder las patentes (art. 4 del mencionado Convenio). Las lenguas oficiales de esta Oficina son el inglés, el francés y el alemán. Pueden presentarse solicitudes en otras lenguas, pero deberán ir acompañadas de traducción a alguno de estos tres idiomas, de otro modo, se considerará la solicitud retirada.

Al igual que la Ley española de Patentes, los requisitos de patentabilidad exigidos por el Convenio son novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial. También hay excepciones a la concesión de invenciones que reúnan estos requisitos, de modo que no se otorgará la patente cuando su explotación sea contraria al orden público o a las buenas costumbres; cuando constituya variedades vegetales o razas animales, así como procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales, quedando a salvo los procedimientos microbiológicos; o cuando se trate de métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico o de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, exceptuándose los productos necesarios para su aplicación (arts. 52 y 53).

La solicitud de esta patente deberá realizarse en la OEP, o en el Servicio Central de la Propiedad Industrial u otros servicios competentes de uno de los Estados contratantes, cuando esa posibilidad estuviese prevista en su legislación nacional. Todo ello sin perjuicio de que se precise, para comunicar una invención al extranjero, autorización de las autoridades competentes del Estado en cuestión o su presentación ante las mismas. No obstante, si se trata de una solicitud para dividir una patente europea ya concedida, la misma habrá de presentarse en la OEP. La misma no podrá designar, para surtir

Checa, República de Macedonia, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, y Turquía. También cabe la posibilidad de extender la solicitud de patente y la patente europea ya concedida a Bosnia y Herzegovina y Montenegro, ya que aunque no son miembros de pleno derecho del Convenio de Múnich, se les extienden sus efectos en virtud de acuerdos bilaterales que han suscrito con la OEP. Información disponible en la página web oficial de la OEP: <http://www.epo.org/about-us/organisation/member-states.html> (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

¹⁷ Macías Martín, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., p. 207.

¹⁸ *Vid.* BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho*, cit., p. 1126. Véase también MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., p. 207. Asimismo, TORREMANS, P.: *Holyoak and Torremans*, cit., p. 44.

efectos, Estados contratantes distintos de los que se designaron en la solicitud original, pero se beneficiará de la fecha de prioridad de esa solicitud (arts. 75 y 76).

La solicitud deberá contener una petición de concesión de patente europea; una descripción de la invención, que sea lo suficientemente precisa para ser ejecutada por un experto (art. 83); una o varias reivindicaciones, claras y fundadas en la descripción (art. 84); los dibujos a los que se refieran la descripción o las reivindicaciones; y un resumen a los únicos efectos de servir como información técnica (art. 85). Como puede observarse, se exige el mismo contenido que para presentar una solicitud de patente española nacional.

En el momento de presentar la solicitud, se entenderán designados todos los Estados contratantes para que la patente surta efectos nacionales en cada uno de ellos. Ahora bien, en cualquier momento del curso del procedimiento y hasta la concesión de la patente, se podrá retirar la designación de cuantos Estados se considere conveniente (art. 79).

Además, se regula un derecho de prioridad en favor de quien hubiese presentado con anterioridad una solicitud de patente nacional o en el marco del Convenio de París o del Acuerdo ADPIC. Si se reivindican prioridades múltiples, se tendrá en cuenta la fecha de prioridad más antigua. El derecho de prioridad solo abarcará los elementos contenidos en la solicitud prioritaria que coincidan con los elementos de la solicitud de patente europea. Para los elementos que no figuren en la solicitud prioritaria, se les otorgará prioridad si del conjunto de documentos de la solicitud anterior se deduce claramente su existencia (arts. 87 y 88).

Una vez presentada la solicitud, la OEP examinará si la misma reúne las condiciones exigidas para darle una fecha de presentación, esto es, una indicación de que se solicita una patente europea, la identificación del solicitante y, en su caso, la referencia a una solicitud presentada con anterioridad (Regla 25.D del Reglamento de Ejecución del Convenio de Múnich¹⁹). Si no concurren dichas condiciones, la solicitud no se considerará como de patente europea. Si, por el contrario, se reúnen las condiciones, se otorgará una fecha de presentación y se procederá a examinar si se ha acompañado de traducción, si constan todos los documentos que debe contener la solicitud (la petición, la descripción, las reivindicaciones, los dibujos y el resumen), la designación del inventor y, en su caso, la declaración de prioridad y la representación por agente autorizado. Si hay irregularidades que puedan corregirse, se dará un plazo de subsanación al solicitante, de

¹⁹ Contenido en el mismo instrumento por el que se adoptó el Convenio de Múnich.

modo que si no se subsanan en plazo, se rechazará la solicitud. Si la irregularidad se refiere al derecho de prioridad, el mismo se perderá para esa solicitud (art. 90). Además también se examinarán los requisitos formales, con la posibilidad de subsanarlos también (art. 91).

Tras ello, la OEP procederá a la emisión y publicación de un informe de búsqueda europea relativo a la solicitud de patente europea sobre la base de las reivindicaciones, teniendo en cuenta la descripción y los dibujos, en su caso. Asimismo, se publicará lo antes posible la solicitud de patente europea, junto con el folleto con todos los documentos relativos a la misma, si la patente se concede antes del transcurso de dieciocho meses desde la fecha de presentación o prioridad (arts. 92 y 93).

Posteriormente el solicitante debe presentar una solicitud de examen a la OEP para que ésta examine si la invención que constituye su objeto cumple las condiciones previstas en el Convenio. Si no se cumplen, el solicitante podrá presentar observaciones tantas veces como sea necesario, pero si éste no responde, la solicitud se entenderá retirada. Cuando las solicitudes de patente no se puedan tramitar a su debido tiempo, se podrá prorrogar el plazo de presentación de la petición de examen (arts. 94 y 95). Si se cumplen los requisitos, se concederá la patente, si bien a condición de que se cumplan el resto de exigencias fijadas por el Reglamento de Ejecución. La concesión surtirá efecto a partir de su publicación en el Boletín Europeo de Patentes. Seguidamente, se publicará el folleto de patente europea (arts. 97 y 98).

Respecto a los recursos, estos vienen regulados en los arts. 106 y ss. Se establece que podrán ser objeto de recurso las decisiones de la Sección de Depósito, de las Divisiones de Examen, de las Divisiones de Oposición y de la División Jurídica y, además, podrán recurrir las mismas cualesquiera de las personas que hayan sido parte en el procedimiento que haya dado lugar a la decisión que se pretenda recurrir. Será el mismo órgano que dictó la decisión quien se pronunciará sobre la misma en el plazo de un mes. Si no lo hiciera en dicho plazo, el recurso se elevará a la Cámara de Recursos, que a su vez puede, bien pronunciarse sobre el fondo del mismo, bien devolver el asunto al órgano que dictó la decisión para que prosiga su curso.

También cabe que la Cámara de Recursos eleve la cuestión a la Alta Cámara de Recursos cuando se plantee una cuestión jurídica de importancia fundamental o cuando se quiera asegurar una aplicación uniforme del Derecho. Si bien cualquier parte en el procedimiento de recurso podrá presentar una petición de revisión por la Alta Cámara de Recursos basada en motivos tasados. Si la Alta Cámara estima la petición, anulará la decisión objeto de la revisión y reabrirá el procedimiento. Pese a ello, la Alta Cámara

no puede ser percibida como una sede de apelación²⁰. Además, hay que tener en cuenta que la única vía para impugnar una patente ya concedida es presentar una acción de nulidad ante los órganos judiciales correspondientes de cada país con respecto al cual haya sido concedida²¹.

Asimismo, conviene, por su importancia, dedicar unas líneas a las solicitudes de patentes euro-PCT, reguladas en la parte décima del Convenio de Múnich. Se permite que las solicitudes de patentes presentadas a través del Convenio PCT puedan beneficiarse del procedimiento descrito para obtener una patente europea. La OEP podrá actuar como oficina receptora de solicitudes PCT y como administración encargada de la búsqueda internacional o administración encargada del examen preliminar internacional en el sentido dispuesto en el Convenio PCT.

Cuando un solicitante designe un Estado contratante del Convenio de Múnich en su solicitud de patente a través del procedimiento instaurado por el Convenio PCT, la OEP será la oficina designada a efectos del Convenio PCT y la petición tendrá valor de solicitud de patente europea, denominándose la misma “solicitud euro-PCT”. Seguidamente, el proceso continuará de conformidad con el Convenio de Múnich. De este modo, el solicitante de la patente podrá beneficiarse de las ventajas que le permite combinar los procedimientos instaurados por ambos convenios (el Convenio PCT y el Convenio de Múnich)²².

El problema que plantea la patente europea es que, al atribuirse la misma sin un efecto unitario para todos los Estados parte del Convenio de Múnich, las controversias deben dirimirse ante los tribunales nacionales competentes, de modo que se corre el riesgo de que se abran procedimientos judiciales en varios Estados en relación al mismo asunto, que podrían dar lugar a decisiones contradictorias²³, pues las patentes europeas se asimilan a las nacionales y los derechos que otorgan pueden ejercitarse, transferirse o anularse autónomamente²⁴. De esta suerte, los derechos de patente sobre una misma invención podrían ser inválidos en un Estado pero, a la vez, ser perfectamente válidos en otro Estado, con las consecuencias negativas y la

²⁰ MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., p. 222. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Nulidad e infracción*, cit., p. 84, nota 19.

²¹ MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., p. 223.

²² *Ibid.*, p. 208.

²³ Comisión Europea: Propuesta de Decisión del Consejo por la que se atribuye competencia al Tribunal de Justicia sobre los litigios relativos a la patente comunitaria, de 23 de diciembre de 2003 [COM (2003) 827 final], p. 4. También, MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., pp. 229-230.

²⁴ MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones”, cit., p. 208.

inseguridad jurídica que de ello se derivarían para los creadores de la invención.

3. Patente euroasiática.

El sistema de la patente euroasiática fue instaurado por el Convenio de Moscú sobre la Patente Euroasiática de 9 de septiembre de 1994²⁵, auspiciado por la Organización Euroasiática de Patentes (en adelante, Convenio de la patente euroasiática), que está en vigor solo para ocho Estados: Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Federación de Rusia, Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán²⁶. Este sistema es similar a los dos anteriores, pues la concesión o denegación de la patente se centraliza en la Organización para la Patente Euroasiática, creada mediante el propio Convenio de la patente euroasiática. Mediante el procedimiento configurado, se examinará una serie de requisitos sustantivos y formales y, si concurren, se concederá la patente euroasiática.

El solicitante no designará en su solicitud los Estados en los que pretende que surta efecto la patente solicitada, sino que la misma, si es concedida, lo será para todos los Estados parte de la Organización, no obstante, sus efectos se supeditan al pago de las tasas correspondientes para cada Estado. De esta suerte, si no se pagan las tasas para uno de los Estados contratantes del Convenio, la patente no surtirá efecto en su territorio. La patente otorgada equivaldrá a una patente nacional en el territorio de cada Estado en el que despliegue sus efectos.

Este instrumento jurídico enumera los requisitos clásicos de patentabilidad, esto es, la novedad, la actividad inventiva y la aplicabilidad industrial (art. 6), pero simplemente los enuncia, sin determinar exactamente cómo se van a examinar, lo cual nos hace pensar que este sistema, al igual que los que acabamos de analizar, peca también de exceso de laxitud en el otorgamiento de los derechos de patente.

²⁵ Disponible en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?treaty_id=228 (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

²⁶ Los Estados contratantes se pueden consultar en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=228&group_id=21 (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

4. El sistema del Convenio PCT.

En cuarto lugar, nos queda referirnos al sistema de concesión de patentes instaurado por el Convenio PCT. Este tratado persigue la simplificación en la presentación de solicitudes de patentes en varios Estados a la vez, de modo que el petitionerario no tenga que solicitar protección para una misma invención de Estado en Estado, sino que, mediante este instrumento, se configura un sistema centralizado (art. 1 del citado Convenio). Este Convenio fue auspiciado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI), y en la actualidad cuenta con 148 Estados firmantes²⁷. Es el único instrumento de alcance mundial que instaura un sistema de presentación conjunta de solicitudes de patentes nacionales.

La presentación de solicitudes vía Convenio PCT se realizará en cualquier Estado contratante del Convenio o en la propia OMPI, si así se permite por la legislación nacional correspondiente²⁸, y de conformidad con sus arts. 3 y ss. En principio se exige que el solicitante sea nacional o residente en uno de los Estados contratantes del Convenio PCT, sin embargo, se podrá facultar para su presentación a nacionales o residentes de Estados parte del Convenio de París pero no contratantes del Convenio PCT.

La solicitud deberá contener: a) una petición de que la solicitud de patente se tramite conforme al Convenio PCT, junto a la designación de los Estados en los que se quiere obtener patentes nacionales, los datos del solicitante y el título de la invención; b) una descripción suficientemente precisa para que un experto en la materia pueda ejecutar la invención; c) una o varias reivindicaciones que definan el objeto de la protección solicitada de forma clara y concisa; d) uno o varios dibujos, cuando éstos sean necesarios para la comprensión de la invención; y e) un resumen. Dicha solicitud se ha de redactar en cualquier idioma que la Oficina receptora acepte y cumplir los requisitos materiales exigidos (estipulados en la Regla 11 del Reglamento de Ejecución del Convenio PCT²⁹). Además, se requiere que se observe el principio de unidad de la invención.

²⁷ Información disponible en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=6 (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

²⁸ OMPI: *Cómo proteger sus invenciones en otros países: preguntas frecuentes sobre el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT)*, Publicación de la OMPI núm. 433(S), abril de 2006, p. 5, disponible en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/patents/433/wipo_pub_433.pdf (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

²⁹ Su texto se contiene en el mismo instrumento por el que se aprobó el Convenio PCT.

La Administración encargada de la búsqueda internacional analizará el estado de la técnica en ese momento en relación con el objeto de la solicitud, que se realizará teniendo en cuenta las reivindicaciones, la descripción y los dibujos. La Administración competente para realizar esta búsqueda podrá ser una Oficina nacional o una Organización intergubernamental que tenga entre sus cometidos el de realizar búsquedas documentales sobre el estado de la técnica. De todos modos, es posible que no se lleve a cabo la mencionada búsqueda si la descripción, las reivindicaciones o los dibujos impiden, por su imprecisión, una búsqueda provechosa o si se trata de una materia en relación con la cual no existe obligación de realizar dicha búsqueda. Si no se está ante ninguna de estas dos circunstancias, se realizará el informe de búsqueda internacional. Una vez concluido, será transmitido al solicitante y a la Oficina Internacional de la OMPI. Tras recibir este informe, se otorgará al solicitante un plazo para modificar las reivindicaciones si lo considera oportuno.

Ese informe, junto con la solicitud con las reivindicaciones originales y las modificadas, en su caso, se remitirá a las Oficinas nacionales de los Estados designados por el peticionario para obtener patentes nacionales. Seguidamente, la Oficina Internacional de la OMPI publicará la solicitud, si bien hay un plazo para ello de dieciocho meses desde la fecha de presentación/ prioridad de la solicitud. No obstante, el peticionario puede solicitar que su publicación se realice en cualquier momento antes de la expiración del plazo.

Sin embargo, son las oficinas (y órganos judiciales) nacionales los garantes, en última instancia, del derecho de patente. Se pretende simplificar un proceso en el que, finalmente, cada Estado es el que, libremente, impone su decisión, siendo la Oficina Internacional de la OMPI la que emitirá el informe sobre la patentabilidad de la presunta invención. Por tanto, el principio de territorialidad se manifiesta, también en este sistema (como en los anteriores) como una máxima que informa el procedimiento de concesión de los derechos de patente.

III. LA PATENTE EUROPEA CON EFECTO UNITARIO.

En cuanto a la novedosa patente de la Unión Europea con efecto unitario, un largo y tortuoso *iter* ha precedido a su alumbramiento³⁰, si bien el objetivo era

³⁰ Véase, al respecto, DESANTES REAL, M.: “Una primera aproximación al ‘paquete de patentes’”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 8 de enero de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/01/manuel-desantes-real-una-primer.html> (web visitada el día 14 de septiembre de 2014). *Vid.* también ARMILLO, E. y DE ELZABURU, A.: “Trabajos para instituir una patente comunitaria”, en AA.VV. *Homenaje a A. Bercovitz*.

ambicioso: crear un sistema supranacional de concesión de patentes, sorteando los inconvenientes a que da lugar la ulterior fragmentación en patentes nacionales (como es el caso del sistema configurado por el Convenio de Múnich, el Convenio de la patente euroasiática y por el Convenio PCT). En este caso, el ámbito territorial se ciñe a los Estados miembros de la Unión Europea (con excepción de España e Italia), sin que el instrumento por el que se crea tenga vocación mundial (pues se trata de una norma proveniente de la Unión Europea). Sin embargo, no se trata de una patente de la Unión Europea (o patente comunitaria, como es el caso de los derechos de marcas y diseños industriales), sino que su ámbito territorial abarca a los Estados participantes en la cooperación reforzada. Esto explica su denominación como patente europea con efecto unitario³¹.

Esta figura se encuentra regulada (de forma poco exhaustiva³²) en el Reglamento núm. 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente³³ (en adelante, Reglamento núm. 1257/2012). En el texto del propio Reglamento se define al mismo como un acuerdo especial en el sentido del art. 142 del Convenio de Múnich (art. 1.2). Este precepto reconoce, a los Estados contratantes del Convenio de Múnich, la facultad de otorgar, mediante un “acuerdo especial”, un efecto unitario a las patentes europeas concedidas para esos Estados, que alcance a todos los Estados firmantes de ese acuerdo. Es una facultad que se prevé para cualquier “grupo de Estados”, lo cual implica más de dos Estados, y hace pensar que la norma se incluyó, precisamente, pensando en los Estados miembros de la Unión Europea. Por “patentes europeas”, el Reglamento se refiere a las patentes concedidas por la OEP según el procedimiento regulado por el Convenio de Múnich [art. 2.b)].

Para que se otorgue una patente europea con efecto unitario, deberá contar con el mismo juego de reivindicaciones para todos los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada instaurada por dicho Reglamento. En todos esos Estados, la patente tendrá los mismos efectos y solo se podrá limitar, transferir, revocar o extinguir para todo el conjunto de Estados miembros participantes, si bien sí se permite que se otorguen licencias limitadas a determinados territorios de esos Estados (art. 3 Reglamento núm.

Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia (ed. Por CURELL SUÑOL, M.; BAYLOS MORALES, M. *et al.*). Barcelona (2005): Grupo español de la AIPPI, pp. 55-80.

³¹ GARCÍA VIDAL, A.: *El sistema de la patente europea con efecto unitario*. Cizur Menor (2014): Aranzadi, p. 29.

³² Coincidimos así con DESANTES REAL, M.: “Le «paquet européen des brevets», paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers de droit européen* (2013), vol. 49, núm. 3, 2013, p. 621.

³³ DO L núm. 361 de 31 de diciembre de 2012.

1257/2012). Esa protección uniforme que otorga esta modalidad de patente europea se registrará por la legislación del Estado miembro participante donde el solicitante tuviera su domicilio o centro principal de actividad o, en su defecto, un centro de actividad, en la fecha de cumplimentación de la solicitud de la patente europea. Si fuesen varios los solicitantes, se tendrá en cuenta, para fijar el régimen jurídico de la patente, el domicilio, centro principal de actividad o centro de actividad del cosolicitante que conste inscrito en primer lugar. Si ninguno de esos lugares se halla en el territorio de uno de los Estados miembros participantes, se aplicará la ley alemana, por ser Alemania el Estado en cuyo territorio tiene su sede la OEP (arts. 5.3 y 7 del citado Reglamento).

El procedimiento de concesión de esta patente europea con efecto unitario es el mismo que el de las patentes europeas sin efecto unitario. Culmina con la publicación en el Boletín Europeo de Patentes. A partir de ese momento se entiende que la patente europea con efecto unitario es válida (art. 4).

Además, dentro de ese “paquete de patentes” adoptado en el seno de la Unión Europea, es de destacar la adopción del Acuerdo TUP. Mediante este Acuerdo se crea un tribunal para la resolución de litigios relativos a las patentes europeas sin efecto unitario y a las patentes europeas con efecto unitario. Será un tribunal común para todos los Estados miembros contratantes del Acuerdo (todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto España). De este modo, la competencia para conocer de acciones por infracción o nulidad de patentes europeas ya no recaerá sobre los órganos jurisdiccionales nacionales, sino que será este Tribunal Unificado de Patentes el que conocerá de estos asuntos. Ahondaremos en su estudio en el siguiente epígrafe, destacando los problemas a los que su instauración dará lugar, sobre todo en el campo de la determinación de la competencia judicial internacional.

IV. “RESOLUCIÓN” DE CONFLICTOS A TRAVÉS DEL TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES.

La unificación del Derecho de patentes en la Unión Europea ha dado el paso más importante en la historia³⁴ con la adopción de la base jurídica para el establecimiento del nuevo Tribunal Unificado de Patentes. El tortuoso camino del sistema de la patente unitaria se remonta a 1963. Fue entonces

³⁴ DESANTES REAL, M.: “El Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2013. Una primera aproximación crítica”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 27 de febrero de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/02/manuel-desantes-comentario-al-acuerdo.html> (visitado el día 14 de septiembre de 2014).

cuando se iniciaron las negociaciones, en el seno del Consejo de Europa, para armonizar el Derecho sustantivo de patentes a nivel europeo. Fue entonces cuando se adoptó el Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 1963³⁵, Convenio que, sin embargo, no entró en vigor hasta 1980³⁶. Sólo un total de 13 Estados llegaron a formar parte del mismo. Sin embargo, la importancia de este fallido instrumento jurídico radica en que constituyó la semilla para la adopción, en 1973, del Convenio de Múnich, el cual supuso la creación de la figura de la patente europea sin efecto unitario³⁷, que, pese a que marcó un progreso importante en el campo del Derecho de patentes, no supuso un gran avance en la unificación del Derecho de patentes en Europa, ya que simplemente facilita la protección de una misma invención en varios países a través de la obtención de patentes nacionales, con las limitaciones que el principio de territorialidad les impone.

No obstante, un nuevo hito normativo se materializó transcurridos tan solo dos años desde la adopción del Convenio de Múnich. En efecto, en 1975 y, ya en el seno de la Unión Europea (en aquel entonces, Comunidades Europeas), se firmó el Convenio de Luxemburgo de 1975 sobre la Patente Comunitaria, con el objetivo de crear un solo derecho de patente unitario y autónomo para el territorio de los Estados miembros³⁸. Aunque este instrumento no llegó a entrar en vigor, tiene el mérito de haber inspirado la adopción del Acuerdo de Luxemburgo de 1989, el cual constituyó la base del actual Acuerdo TUP. Este Acuerdo de Luxemburgo ya preveía un sistema de litigación específico para las patentes comunitarias³⁹.

Sin embargo, todo el proceso quedó paralizado hasta que, en 1997, la Comisión Europea hizo un llamamiento para continuarlo en su Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa⁴⁰. Así, en agosto de 2000, la Comisión Europea presentó una propuesta para la creación de la patente comunitaria. En el año 2003 comenzaron las negociaciones en el seno del Consejo de la Unión Europea. Finalmente se elaboró un borrador de Acuerdo que se sometió al escrutinio del TJUE en

³⁵ Consejo de Europa, *Série des Traités européens*, núm. 47.

³⁶ *Vid.* la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/details.jsp?group_id=21&treaty_id=396

³⁷ MAHNE, K.P.: “A Unitary Patent and Unified Patent Court for the European Union: An Analysis of Europe's Long Standing Attempt to Create a Supranational Patent System”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society* (2012), vol. 94, núm. 2, p. 173.

³⁸ Comisión Europea: Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa, de 24 de junio de 1997 [COM (97) 314 final], p. 5.

³⁹ *Vid.* el Protocolo sobre la resolución de los litigios en materia de violación y de validez de las patentes comunitarias, anexo al Acuerdo de Luxemburgo de 1989.

⁴⁰ Comisión Europea: Libro Verde sobre la patente comunitaria y el sistema de patentes en Europa, de 24 de junio de 1997 [COM (97) 314 final], p. 9.

2009 para que éste se pronunciara sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión⁴¹. En 2011, el TJUE se pronunció, mediante Dictamen, en contra de dicha compatibilidad, sobre la base, principalmente, de que privaba al propio TJUE de interpretar el Derecho de la Unión⁴². Poco después, la Comisión, teniendo en cuenta dicho Dictamen, presentó dos propuestas de Reglamentos⁴³, una vez autorizada la cooperación reforzada, para la creación de la patente unitaria. Y, casi simultáneamente, el Consejo presentó un borrador de Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes⁴⁴. Finalmente, un año más tarde, tras otras tantas negociaciones, los dos Reglamentos propuestos vieron la luz el 17 de diciembre de 2012⁴⁵ y el Acuerdo TUP quedó abierto para su ratificación el 19 de febrero de 2013⁴⁶.

De esta forma, el *modus operandi* tradicional para la determinación de la competencia judicial internacional se ha modificado con la reciente aprobación del Acuerdo TUP. Dicha modificación no solo se ha llevado a cabo con la adopción del mencionado Acuerdo, sino que además ha sido necesaria la reforma del nuevo Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷ (en adelante, Reglamento Bruselas I bis). En efecto, el art. 89.1 del Acuerdo TUP dispone que el mismo entrará en vigor en el momento en que se produzca el último de los acontecimientos que enumera, entre los que se encuentra la entrada en vigor de las modificaciones del Reglamento Bruselas I bis, en lo que concierne su relación con el Acuerdo TUP. Por tanto, esas modificaciones eran necesarias debido a un problema de plazos (más allá de la pretendida técnica jurídica), lo cual trajo consigo cierto temor a que la adopción del Acuerdo TUP se

⁴¹ Comunicado de prensa de 4 de diciembre de 2009: *Patents: EU achieves political breakthrough on an*

enhanced patent system (IP/09/1880). Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1880_en.htm?locale=fr (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

⁴² Dictamen del TJUE (Pleno), de 8 de marzo de 2011, núm. 1/09, párr. 89.

⁴³ Comisión Europea: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria, de 13 de abril de 2011 [COM (2011) 215 final] y Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción, de 13 de abril de 2011 [COM (2011) 216 final].

⁴⁴ Consejo de la Unión Europea: *Draft agreement on a Unified Patent Court and draft Statute*, de 2 de septiembre de 2011 (PI 108 COUR 48).

⁴⁵ Reglamento núm. 1257/2012 (ya citado) y Reglamento (UE) núm. 1260/2012 del Consejo de 17 de diciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (DO L núm. 361 de 31 de diciembre de 2012).

⁴⁶ Véase el texto del Acuerdo TUP.

⁴⁷ DO L núm. 351 de 20 de diciembre de 2012.

entorpeciera y constituyera, de nuevo, un fracaso más en el camino hacia la unificación en materia de patentes en el seno de la Unión Europea, si se retardaba u obstaculizaba maliciosamente el proceso legislativo ordinario necesario para dicha modificación⁴⁸. Finalmente, dicha modificación se ha llevado a cabo a través del Reglamento núm. 542/2014.

No obstante, una vez superados estos obstáculos para la futura entrada en vigor del Acuerdo TUP (de momento hay que esperar a que se reúnan el número de ratificaciones exigido), la relación entre el Reglamento Bruselas I bis y el Acuerdo TUP se revela problemática, augurándose dificultades para los prácticos en la materia, de modo que más que simplificar la litigación internacional en este campo, la entorpece y, lo que es más preocupante para el tejido empresarial, la encarece⁴⁹. Ello debido a la configuración de la compaginación entre el Reglamento Bruselas I bis y el Acuerdo TUP, tendiendo ambos textos naturaleza jurídica distinta (uno reglamento de la Unión y, el otro, convenio internacional) y debiendo complementarse para determinar la competencia judicial internacional, cuando se erija un caso relativo a derechos de patente entre los Estados miembros de la Unión Europea que ratifiquen el Acuerdo TUP.

De este modo, dentro de este entramado jurídico son varios los problemas advertidos en relación a la determinación de la competencia judicial internacional en materia de infracción de patentes, los cuales se pueden enunciar en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, la forma en que se ha llevado a cabo la instauración del TUP: mediante un convenio internacional de Derecho internacional clásico, es decir, al margen de la Unión Europea. Al respecto, cabe preguntarse por la conveniencia de la elección de esta vía para la creación de dicho órgano judicial. En puridad, la prelación de fuentes jurídicas en Derecho internacional privado funciona de modo que se otorga supremacía al Derecho de la Unión Europea⁵⁰, así pues, la prioridad para determinar la competencia judicial internacional recaerá sobre el Reglamento Bruselas I bis. Pero, como explica el Acuerdo TUP, en su art. 31, una vez determinada la competencia por dicho Reglamento, si recae sobre un país ratificante del Acuerdo, será mediante los criterios de éste conforme a los cuales deberá

⁴⁸ DESANTES REAL, M.: “¿Hay que modificar el Reglamento Bruselas I bis de 12 de diciembre de 2012 para que pueda entrar en vigor el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2013?”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 6 de marzo de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/03/manuel-desantes-el-acuerdo-tup-no-exige.html> (visitado el día 14 de septiembre de 2014).

⁴⁹ XENOS, D.: “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, *SCRIPTed* (2013), vol. 10, núm. 2, p. 276.

⁵⁰ Art. 96.1 CE, art. 21 LOPJ y art. 36.1 LEC.

determinarse el concreto órgano judicial competente. Criterios, estos, radicalmente distintos que los que emplea el Reglamento Bruselas I bis. Esta complementariedad entre ambos textos hace cuestionarse, pues, la ilicitud de que un convenio internacional pueda adular, de facto, los criterios de competencia judicial internacional determinados por un instrumento procedente de la Unión Europea como es el Reglamento Bruselas I bis.

b) En segundo lugar, la presunta vulneración de los derechos procesales de las partes. Cuando concluya el período transitorio que se prevé en el Acuerdo TUP, durante el cual se podrá optar entre acudir a la jurisdicción de este Tribunal o seguir con el sistema tradicional de las jurisdicciones estatales (art. 83⁵¹), pueden erigirse litigios basados en contratos firmados con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo TUP.

De modo que, las partes, en el momento de la firma de su contrato, podían legítimamente prever que, en caso de disputa, la misma se dirimiría en uno de los países determinados por los foros de competencia judicial previstos en el Reglamento Bruselas I o su sucesor, el Bruselas I bis y, finalmente, por aplicación del Acuerdo TUP, ven completamente burlada esa previsión con la que contaban. Un ejemplo sería el caso de un contrato sobre licencia de patente europea concluido en 2011. Pasados quince años, esto es, en 2026, surge una diferencia entre las partes en relación con una conducta realizada por el licenciataria susceptible de infracción del derecho de patente. En tal caso, las partes, ambas domiciliadas en Bruselas y, habiendo pactado la sumisión expresa a los tribunales belgas, se ven obligadas a litigar en la división del TUP para el Benelux situada en Luxemburgo⁵², en virtud de una eventual división regional que se cree en aplicación del art. 7.5 del Acuerdo TUP. De este modo, las partes quedarían privadas del ejercicio de la sumisión expresa que indicaron en su contrato, lo cual podría implicar una vulneración de sus derechos procesales.

c) En tercer lugar, la creación de un sistema jurídico de resolución de conflictos fuera de la Unión Europea solo en materia de patentes. Otros derechos de propiedad industrial que constituyen títulos válidos para toda la

⁵¹ Se prevé un periodo transitorio de siete años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo TUP, durante el cual podrán presentarse, a elección del demandante, acciones ante los órganos judiciales nacionales competentes directamente designados por el Reglamento Bruselas I bis.

⁵² Pues el momento de aplicación temporal de las normas jurídicas se hace depender de la fecha de presentación de la demanda, y no de la fecha en la que se concluyó el acuerdo de elección de foro. Así lo determinó el TJUE en relación con un caso donde la sumisión expresa se efectuó antes de que entrara en vigor el Convenio de Bruselas y la demanda se presentó bajo el régimen del citado Convenio. *Vid.* la STJUE de 13 de noviembre de 1979, *Collin*, asunto 25/79, párr. 6.

Unión Europea (como los derechos de marca y diseño industrial comunitarios) cuentan con órganos judiciales especializados para dirimir las disputas relativas a esos derechos, creados a través de Reglamentos de la Unión Europea, que es donde reside la gran diferencia con el Acuerdo TUP. Además, el art. 71.bis.2 del Reglamento Bruselas I bis equipara el TUP al Tribunal de Justicia del Benelux (ambos tribunales han sido creados por medio de convenios internacionales). Sin embargo, el Tribunal de Justicia del Benelux fue creado en 1965 para interpretar las normas jurídicas (en materia de propiedad intelectual) que comparten los países del Benelux, es decir, Bélgica, Holanda y Luxemburgo⁵³. Así pues, no es un Tribunal que conozca asuntos de forma directa ni vinculados con normas procedentes de la Unión Europea, pese a que se haya iniciado un movimiento para ampliar sus competencias a través de un Protocolo de 22 de julio de 2010 (aun no en vigor) al Tratado de Benelux de 1965, que así lo posibilita⁵⁴. Esta celeridad por ampliar las competencias del Tribunal de Justicia del Benelux hace pensar que parece que se lleve a cabo con el objetivo de que coincida con la instauración del TUP, de modo que éste no acapare toda la atención de las críticas. Pero pese a ello, el mencionado Protocolo al Tratado de Benelux no distribuye competencias judiciales entre los Estados firmantes del mismo y, por ende, este instrumento no es equiparable, desde el punto de vista de la determinación de la competencia judicial internacional, al Acuerdo TUP. Así pues, cabe preguntarse por qué se da un tratamiento diferenciado a la materia de patentes para determinar la competencia judicial.

d) En cuarto lugar, en esta línea del desigual tratamiento de la determinación de la competencia judicial en los asuntos internacionales sobre derecho de patentes, se advierte que el Reglamento núm. 542/2014 incluye un nuevo foro para determinar la competencia judicial de un órgano jurisdiccional común (nuevo art. 71.ter del Reglamento Bruselas I bis), en el sentido de que si el demandado no tiene su domicilio en la Unión Europea y ninguna otra norma confiere competencia sobre él, se aplicarán las disposiciones sobre competencia como si estuviera domiciliado en dicho territorio. Además, el órgano competente por esta vía podrá ejercer su jurisdicción más allá del territorio de la Unión Europea si el demandado tuviere bienes en el territorio de cualquier Estado miembro parte del acuerdo por el que se crea el órgano jurisdiccional común y el litigio tenga un vínculo suficiente con dicho Estado. Llama la atención la flexibilidad dotada en el campo de patentes frente al resto de materias, pues este foro solo se aplicará para determinar la

⁵³ Punto 1.1 de la Propuesta de la Comisión Europea para modificar el Reglamento Bruselas I bis, de 26 de julio de 2013.

⁵⁴ El texto del citado Protocolo está disponible en la página web oficial de la OMPI: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=264843 (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

competencia de un órgano jurisdiccional común (condición que reúnen el TUP y el Tribunal de Justicia del Benelux⁵⁵).

e) En quinto lugar, la competencia judicial determinada por el Acuerdo TUP se configura como exclusiva (art. 32.1 del Acuerdo TUP). Dicha competencia es exclusiva tras su determinación por el Reglamento Bruselas I bis o el Convenio de Lugano, en su caso (art. 31). Parece ser que el Acuerdo TUP pretende establecer la competencia territorial en un plano internacional, excluyendo la competencia de otros Estados mediante la proclamada exclusividad. De este modo, lo que se logra en la práctica es que esa pretendida competencia judicial territorial exclusiva opere, en realidad, como un foro de competencia judicial internacional exclusiva, pues la aplicación del Reglamento Bruselas I bis queda relegada simplemente a determinar si la controversia entra dentro de su ámbito de aplicación para, posteriormente, ignorar sus criterios de atribución de competencia y aplicar los contenidos en el Acuerdo TUP. Por tanto, se puede afirmar que el Reglamento Bruselas I bis tendrá un papel meramente simbólico en la determinación de la competencia judicial en los casos internacionales sobre derechos de patente.

f) En sexto lugar, otro problema que se suscita tiene que ver con la indeterminación del sistema judicial nacional al que se adscribirán las resoluciones dictadas por el TUP, con las consecuencias que ello puede conllevar para su eventual reconocimiento y ejecución. La vaguedad en la concreción del Estado miembro específico del que provendrán las resoluciones dictadas por el TUP puede implicar serios problemas en la práctica, si el reconocimiento y ejecución se pretende de un Estado miembro que no sea parte del Acuerdo TUP⁵⁶. En efecto, la lectura del art. 24.4 del Reglamento Bruselas I bis, relativo a la competencia exclusiva del Estado concedente de la patente para pronunciarse sobre su validez, es que dicha competencia se mantiene independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción. Por tanto, podrían suscitarse problemas en la fase de reconocimiento y ejecución en países no ratificantes del Acuerdo TUP como España, debido al juego de Divisiones diseñado en el Acuerdo TUP. Así pues, se podría dar el caso de que el litigio se planteara en relación con la infracción y consecuente nulidad por reconvenición de una patente europea belga, que se examinara en la eventual división regional del TUP para el Benelux localizada en Luxemburgo. Si la

⁵⁵ Art. 71.bis.2 del Reglamento Bruselas I bis.

⁵⁶ En la misma línea escribe ARENAS GARCÍA, R.: “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas I, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, *liaisons dangereuses?*”, en AA.VV.: *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derecho de la propiedad industrial* (dir. por R. MORRAL SOLDEVILA). Cizur Menor (2013): Civitas/Thomson Reuters, pp. 167-168. En contra, GARCÍA VIDAL, A.: *El sistema*, cit., p. 267.

resolución pretendiera reconocerse en España, España podría no reconocerla porque, en aplicación del Reglamento Bruselas I bis, el órgano que debió conocer tendría que haber sido belga, y podría denegar el reconocimiento por vía del art. 45.1.e.ii del Reglamento Bruselas I bis (vulneración de las competencias exclusivas).

g) Por último, la aplicación progresiva del Acuerdo TUP a los diferentes Estados conforme lo vayan ratificando. El Acuerdo TUP ha sido firmado por 25 Estados miembros de la Unión Europea (de un total de 28, a falta de Croacia, España y Polonia⁵⁷). Y, de momento, lo han ratificado Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia y Suecia⁵⁸. Así pues, el proceso de ratificación está siendo progresivo, de modo que, tras la entrada en vigor del Acuerdo (su art. 89.1 exige 13 ratificaciones), su aplicación se prevé escalonada conforme los Estados vayan ratificándolo. En consecuencia, se darán dos escenarios diferentes en el futuro próximo, uno correspondiente a los Estados que ni hayan firmado ni ratificado el Acuerdo (o que solo lo hayan firmado, sin ratificarlo) y otro relativo a la situación de aquellos países que lo hayan ratificado, de modo que les sea plenamente aplicable. Por tanto, habrá que analizar, caso por caso, los Estados implicados en los asuntos relativos a derechos de patente para ver si, en el momento de litigar, cabrá la opción de hacerlo ante las Divisiones configuradas por el Acuerdo TUP (tras la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, pese a su poca efectividad práctica) o si, por el contrario, solo será posible continuar con el sistema judicial tradicional (es decir, dirimir la controversia ante los órganos judiciales nacionales designados por el Reglamento Bruselas I bis). Esta dualidad de situaciones se planteará por virtud del período transitorio previsto por el art. 83 del Acuerdo TUP, durante el cual, el demandante podrá optar entre acogerse al sistema configurado por dicho Acuerdo o determinar la competencia al margen del mismo, como indicábamos *supra*.

Estos son algunos problemas relacionados con la determinación de la competencia judicial que va a suscitar la aplicación del novedoso Acuerdo TUP. Habrá que esperar, por tanto, a las soluciones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea provea para los casos en que se planteen situaciones de incongruencia entre el Acuerdo TUP y el Reglamento Bruselas I bis. Pero, tal y como hemos expuesto, la relación entre ambos instrumentos

⁵⁷ Polonia ha preferido cambiar su postura a favor del TUP por una más cauta, debido a las presiones recibidas por asociaciones polacas de abogados especialistas en patentes, empresarios, autónomos y políticos. *Vid.* SZCZEPANOWSKA, K.: “Is Poland still enthusiastic about UPC?”, publicado en el blog *Kluwer Patent Blog* el día 31 de enero de 2013. Disponible en: <http://kluwerpatentblog.com/2013/01/31/is-poland-still-enthusiastic-about-upc/> (visitada el día 14 de septiembre de 2014).

⁵⁸ Véase *supra* nota 5.

se augura convulsa debido, fundamentalmente, a que la voluntad política ha primado sobre la razón jurídica.

V. VALORACIÓN DE LOS DISTINTOS SISTEMAS DE CONCESIÓN DE PATENTES DISPONIBLES EN EUROPA.

De entre los sistemas de concesión de patentes examinados, esto es, el sistema de concesión de la patente española, el de la patente europea sin efecto unitario, el de la patente europea con efecto unitario y el sistema de concesión conforme al Convenio PCT, las diferencias radican en mayor medida en los efectos territoriales que producen las patentes concedidas y su régimen jurídico, más que en el propio procedimiento de concesión. En efecto, el íter que se sigue para su concesión es muy similar en todos los casos.

Así, en lo que respecta a la solicitud, siempre se exige que junto a la petición de concesión de la patente, se adjunte su descripción, reivindicaciones, dibujos (si son necesarios para la comprensión de la invención) y un resumen. Esto es una constante en todos los sistemas de concesión de patentes que hemos analizado. Asimismo, en todos ellos se reconoce el derecho de prioridad en caso de que se haya obtenido una patente para la misma invención en otro Estado. Ahora bien, debe haber un convenio que permita el ejercicio de ese derecho de prioridad (se alude fundamentalmente, en esta sede, al Convenio de París y al Acuerdo ADPIC).

Respecto a los requisitos de patentabilidad que se examinan en el proceso de concesión de la patente, no siempre se analizan los tres requisitos clásicos, esto es, la novedad, la actividad inventiva y la aplicabilidad industrial. Si bien ello debiera ser la regla general, por ejemplo, para otorgar una patente española solo se examina el requisito de la aplicabilidad industrial.

En cuanto al examen previo sobre los requisitos de patentabilidad, en aquellos sistemas en que, de oficio, se examinan los mismos, se configura, lógicamente, como obligatorio (es el caso del sistema de concesión de la patente europea, tanto con efecto unitario como sin él, pues como hemos explicado anteriormente, uno de los logros del Convenio de Múnich, y que lo diferencia del sistema del Convenio PCT, es precisamente que armonizó los requisitos de patentabilidad, duración y extensión de la protección entre los países ratificantes del mismo). En otros sistemas, sin embargo, se configura como opcional. Tal es el caso de la patente española y del sistema de concesión vía Convenio PCT (y en este último caso, el examen previo no será vinculante).

En relación con los recursos disponibles contra las decisiones denegando o concediendo una patente también hay diferencias. Los órganos jurisdiccionales nacionales serán los máximos intérpretes de la legislación en materia de patentes respecto de aquellas concedidas por los sistemas nacionales o por el sistema PCT. Sin embargo, en relación con las patentes europeas, tanto las que tengan efecto unitario como las que no lo tengan, será el Tribunal Unificado de Patentes quien tendrá la última palabra. Ahora bien, ello respecto a los países que hayan ratificado el instrumento que lo crea.

De todos modos, las diferencias más fundamentales entre estos sistemas de concesión de patentes radican en los efectos de las patentes concedidas. Sus efectos se limitarán al territorio de un Estado, y vendrán reguladas por la ley de dicho Estado cuando las patentes se concedan siguiendo el sistema de concesión nacional, el sistema de la patente europea sin efecto unitario y el sistema de concesión del Convenio PCT. Así, esos tres sistemas se distinguen claramente del recién instaurado sistema de la patente europea con efecto unitario, que no da lugar a un “haz de patentes” (como era el caso de la patente europea sin efecto unitario), sino que la patente europea con efecto unitario tendrá validez en todo el territorio de la Unión Europea (excepto España e Italia) y se registrará por la ley del Estado donde el solicitante tenga su domicilio o centro principal de actividad, o en su defecto, un centro de actividad, o subsidiariamente, por la ley alemana. Ese efecto unificado es el que destaca sobresalientemente entre los sistemas de concesión de patentes.

Precisamente el efecto unificado sería el más apropiado para fomentar la innovación a nivel mundial, a nuestro modo de ver. De este modo, se reduciría notablemente la carga burocrática y administrativa que caracteriza la concesión de una patente, carga que, en muchos casos, constituye un obstáculo insalvable que imposibilita que una pequeña o mediana empresa se pueda permitir la protección mediante derechos de patente.

No obstante, el hecho de que se haya recurrido a la herramienta de la cooperación reforzada da lugar a que la patente unitaria no sea equiparable a los derechos de marca y diseños comunitarios. A ello, además, hay que sumar la creación del TUP mediante un convenio internacional ajeno a la Unión Europea. Aquí es donde radica, a nuestro modo de ver, el previsible fracaso de la eficacia del nuevo sistema de patentes europeo, pues su configuración se ha llevado a cabo al margen del marco jurídico de la Unión Europea, sobre todo, en lo que respecta al plano procesal, relegando el Reglamento Bruselas I bis a un papel meramente simbólico para la determinación de la competencia judicial internacional en los casos relativos a derechos de patente.

BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GARCÍA, R.: “Competencia judicial internacional y litigios en materia de patentes: Bruselas I, LOPJ y Tribunal Unificado de Patentes, liaisons dangereuses?”, en AA.VV.: *Problemas actuales de Derecho de la propiedad industrial. III Jornada de Barcelona de Derecho de la propiedad industrial* (dir. por R. MORRAL SOLDEVILA). Cizur Menor (2013): Civitas/Thomson Reuters.

ARMIJO, E. y DE ELZABURU, A.: “Trabajos para instituir una patente comunitaria”, en AA.VV.: *Homenaje a A. Bercovitz. Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y Derecho de la competencia* (ed. por CURELL SUÑOL, M.; BAYLOS MORALES, M. et al.). Barcelona (2005): Grupo español de la AIPPI.

BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho Industrial*. Cizur Menor (2009): Aranzadi. 3ª ed.

DESANTES REAL, M.: “Una primera aproximación al ‘paquete de patentes’”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 8 de enero de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/01/manuel-desantes-real-una-primer.html>.

DESANTES REAL, M.: “El Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2013. Una primera aproximación crítica”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 27 de febrero de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/02/manuel-desantes-comentario-al-acuerdo.html>.

DESANTES REAL, M.: “¿Hay que modificar el Reglamento Bruselas I bis de 12 de diciembre de 2012 para que pueda entrar en vigor el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 19 de febrero de 2013?”, publicado en el blog *Conflictus Legum*, el día 6 de marzo de 2013: <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2013/03/manuel-desantes-el-acuerdo-tup-no-exige.html>.

DESANTES REAL, M.: “Le ‘paquet européen des brevets’, paradigme du chemin à rebours: de la logique institutionnelle à la logique intergouvernementale”, *Cahiers de droit européen* (2013), vol. 49, núm. 3, 2013.

GARCÍA VIDAL, A.: *El sistema de la patente europea con efecto unitario*. Cizur Menor (2014): Aranzadi.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Nulidad e infracción de patentes en la Comunidad Europea*. Madrid (1996): Eurolex.

MACÍAS MARTÍN, J.: “Capítulo VIII. Nociones sobre el Convenio de la patente europea”, en AA.VV.: *Derecho de la Competencia y propiedad industrial en la Unión Europea* (dir. Por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.). Cizur Menor (2007): Aranzadi.

MAHNE, K.P.: “A Unitary Patent and Unified Patent Court for the European Union: An Analysis of Europe's Long Standing Attempt to Create a Supranational Patent System”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society* (2012), vol. 94, núm. 2.

SZCZEPANOWSKA, K.: “Is Poland still enthusiastic about UPC?”, publicado en el blog Kluwer Patent Blog el día 31 de enero de 2013. Disponible en: <http://kluwerpatentblog.com/2013/01/31/is-poland-still-enthusiastic-about-upc>.

TORREMANS, P.: *Holyoak and Torremans. Intellectual Property Law*. Bath (2001): Butterworths, 3ª ed.

XENOS, D.: “The European Unified Patent Court: Assessment and Implications of the Federalisation of the Patent System in Europe”, *SCRIPTed* (2013), vol. 10, núm. 2.

RAPPORT ESPAGNOL AU CONGRÈS DE VIENNE
LES DROITS DE L'ENFANT MINEUR D'ÂGE EN DROIT ESPAGNOL
APRÈS LA CONSTITUTION DE 1978

SPANISH REPORT TO THE VIENNA CONGRESS
THE CHILDREN'S RIGHTS IN SPANISH LAW
AFTER THE 1978 CONSTITUTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 409-431.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático emérito de Droit civil.
Université de Zaragoza
ggarcia@unizar.es

RESUMEN: La préoccupation du législateur pour l'intérêt prioritaire de l'enfant se manifeste aux articles 10 et 39 de la Constitution Espagnole de 1978 et dans la réforme successive du CC à partir de 1981. Après la ratification par l'Espagne de la Convention de 1989 il faut citer les Lois de 1996 (LPJM) et 2007 (LAI) qui complètent le système espagnol de protection du mineur d'âge, lequel s'expose systématiquement y aussi en répondant au questionnaire du Rapporteur.

PALABRAS CLAVE: Les articles 10 et 39 de la Constitution de 1978, la réforme successive du Code civil, la ratification espagnole de la Convention de 1989, LOPM et LAI, exposée systématique et casuistique des droits de mineurs en Espagne.

ABSTRACT: The legislative worry about "the best interest of Child" was collected in articles 10 and 39 of the Spanish Constitution (1978). These article provides that international treaties are, in general, interpretive means about human rights, and particularly, in rights granted to those child. After Spain's ratification of the 1989 Convention, the Organic Law 1/1996, about Legal Protection of Minors (LPJM), and Law 54/2007, of International Adoption, complete the Spanish system, systematically exposed and in form of answers to the questionnaire of the presenter.

KEY WORDS: Articles 10 and 39 of Spanish Constitution, successive reform of the Civil Code, ratification of the 1989 Convention, LOPM y LAI, systematic and casuistry exposition of children's rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.- II. LE NOUVEAU DROIT CIVIL ESPAGNOL DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE APRÈS LA CONSTITUTION DE 1978.- III. LA CONVENTION DU 20 NOVEMBRE 1989, APPROUVÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU, ET LA LOI ESPAGNOLE ORGANIQUE 1/1996, DU 15 JANVIER, DE LA PROTECTION JURIDIQUE DU MINEUR (LOPJM).- IV. LA LOI ESPAGNOLE 54/2007, DU 28 DÉCEMBRE, SUR L'ADOPTION INTERNATIONALE (LAI).- V. LES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE.

I. INTRODUCTION.

Si bien le code civil espagnol promulgué en 1889 s'inspire en général dans le code Napoléon, cependant il avait adopté à l'époque les règles du Droit canon sur le mariage et la famille; d'autre part il se fait écho de la conception patriarcale de celle-ci dominante dans la société européenne du XIX siècle, et basée sur la supériorité hiérarchique du mari et du père, avec la conséquence de la soumission de la femme, et aussi de l'enfant au pouvoir de son mari, et de leur parents (d'abord le père et après sa mort, la mère) ou du tuteur. En général dans le CC de 1889, on ne parlait absolument pas des droits de l'enfant mineur d'âge⁹²¹.

La Constitution de 1978 a changé radicalement la perspective de la situation juridique de l'enfant mineur en Espagne. Le titre I de celle-ci règle les droits et les devoirs des citoyens, et pour la première fois on peut parler d'un *Droit civil constitutionnel*. L'art. 10 ouvre le titre avec cette règle impérative:

“1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le livre développement de la personnalité, le respect de la loi et aux droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.

2. Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la Constitution reconnaît seront interprétées d'accord avec la Déclaration Universelle des Droits

⁹²¹ Sur le droit en vigueur la bibliographie espagnole est très abondante. J'ai utilisé deux ouvrages fondamentaux parfois inspirés avec de différentes d'orientation et de style mais qui jouissent tous les deux d'une complète information et qui sont très appréciées par la doctrine civiliste actuelle: LACRUZ, J.L., y otros, *Elementos de Derecho civil*, IV, *Familia* (2ème édition revue par J. RAMS ALBESA). Madrid (2005): Dykinson; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., y otros, *Curso de Derecho Civil* (IV) *Derecho de Familia*, 3ème édition. Madrid (2011): Colex.

Pour suivre l'histoire du thème après le CC de 1889, avec abondante information de droit comparé, il faut citer: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, IV *Derecho de familia*, tome V, volume I (12ème édition à la charge de G. GARCÍA CANTERO et J.M CASTÁN VÁZQUEZ). Madrid (1995): Reus; et tome, V, volume 2, (10ème éd. à la charge de G. GARCÍA CANTERO et J.M. CASTÁN VÁZQUEZ). Madrid 1995).

Humains et les Traités internationaux sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne”.

En conséquence, cet article déclare ouvertement que notre Constitution s'inspire directement dans le texte de l'ONU de 1948 et, en plus, elle invoque aussi les futurs traités internationaux, signés par l'Espagne sur la matière comme un moyen d'interpréter celle-là, ainsi qu'on a créé la procédure adéquate pour la ratification des dits traités. Les droits fondamentaux ne sont pas créés par l'État mais seulement ils sont reconnus par la Constitution. Pour l'avenir aussi la voie légale y est bien dessinée. Donc, on peut conclure que notre Constitution de 1978, avait bien préparé d'avance la réception en Espagne de la Convention de 1989.

Il y a d'autres préceptes constitutionnels dont la cite est obligée:

Art. 12: “Les espagnols sont majeurs d'âge aux 18 ans”.

Art. 16: “1. Sont-elles garanties la liberté idéologique, religieuse et de culte des individus et des communautés sans d'autres limites pour se manifester que le nécessaire pour maintenir l'ordre public protégé par la loi. 2. Personne ne pourra pas être obligé à déclarer sur son idéologie, religion ou croyance. 3. Aucune confession religieuse n'aura caractère officiel. Les pouvoirs publiques tiendront compte des croyances religieuses de la société espagnole et maintiendront des rapports de coopération avec l'Église catholique et les autres confessions”.

L'art. 20.4 dispose expressément *que la protection de la jeunesse et de l'enfance* sont des limites à la liberté de penser, de presse et d'information.

L'art. 27 règle minutieusement la *liberté d'enseignement et d'éducation*:

“1. Tous ont droit à l'éducation. On reconnaît la liberté d'enseignement.

2. L'éducation a pour objet le plein développement de la personnalité humaine dans le respect aux principes démocratiques de la vie en société et aux droits et libertés fondamentaux.

3. Les pouvoirs publics garantissent le droit qui assiste aux parents pour que leurs enfants reçoivent la formation religieuse et morale qui est d'accord avec leurs convictions personnelles.

4. L'enseignement basique est obligatoire et gratuite. [5..... 6]

7. Les professeurs, les parents et, dans leur cas, les élèves interviendront dans le control et la gestion de tous les centres d'enseignement soutenus par l'Administration avec des fonds publiques ... [numéros 8... à 10]”.

Le chapitre 3ème du Titre I traite “Des principes recteurs de la politique social et économique”. La doctrine l’interprète dans le sens qu’il ne contient pas de droits fondamentaux, mais des principes qui dans l’avenir vont inspirer la politique de l’état espagnol. Ils ne peuvent pas être invoqués devant les tribunaux qu’après une loi ordinaire qui les développe en soit promulguée (art. 53.3); mais son importance pratique a été remarquable comme l’inspiration de la politique législative et comme critère d’interprétation du droit positif dans les années successifs.

En voici les principes constitutionnels les plus importants par rapport à notre sujet:

Art. 39 : “1. Les pouvoirs publics assurent la *protection sociale, économique et juridique de la famille*. 2. Les pouvoirs publics assurent aussi la *protection intégrale des enfants*, égaux devant la loi et indépendamment de sa filiation, et [la protection] de leurs mères indépendamment aussi de leur état civil. *La loi va faciliter la recherche de la paternité*. 3. *Les parents ont le devoir de prêter assistance de toute classe aux enfants* nés à l’intérieur ou en dehors du mariage, pendant sa minorité et aussi dans les autres cas déterminés par la loi. 4. Les mineurs jouiront de la *protection établie dans les traités* ou les accords internationaux qui veillent pour leurs droits”.

Art. 48: “Les pouvoirs publiques vont promouvoir les conditions pour la *participation libre et efficace de la jeunesse* au développement politique, social, économique et culturel”.

Art. 49: “Les pouvoirs publiques vont réaliser une politique de prévision, traitement, réhabilitation et intégration des *handicapés physiques, sensoriels et psychiques*, auxquels ils vont prêter l’attention spécialisée due à son état, et aussi ils vont les protéger spécialement afin de qu’ils puissent jouir de tous les droits que ce Titre octroie à tous les citoyens”.

Art. 54: “Une loi organique va régler l’institution du *Defensor del Pueblo* (Ombudsman), en tant que haut Commissionné du Parlement (Cortes Générales), élu par celui-ci pour la défense des droits établis dans ce Titre avec le pouvoir de surveiller l’activité de l’Administration et à la charge d’en rendre compte au Parlement”.

Je me permets de souligner l’expression que l’art. 39.2 CE utilise à propos de la *protection intégrale des enfants*, en tant que principe inspirateur de la politique social et économique. Le mot *intégral* veut dire, en espagnol, que la protection est totale, c.a. d. dans tous les cas, de manière absolue et sans exception, toujours en priorité à l’égard des autres intérêts aussi protégés par la loi. Peut-être c’est la première fois que notre législateur constitutionnel a utilisé cet adjectif dans ce sens si fort.

II. LE NOUVEAU DROIT CIVIL ESPAGNOL DE LA PERSONNE ET DE LA FAMILLE APRÈS LA CONSTITUTION DE 1978.

La position juridique de l'enfant mineur en Espagne a dû changer radicalement après la promulgation de la Constitution en vigueur. Tout d'abord il y a des règles constitutionnelles que sont directement applicables (par ex. la majorité d'âge à 18 ans, au lieu de 21 ans du CC), et il y a d'autres dispositions que les tribunaux considèrent qui révoquent tacitement le CC. Mais la réforme produite par le texte constitutionnel a été si profonde qu'à partir de l'année 1981, le législateur ordinaire est obligé de promulguer différentes lois sur une *nouvelle régulation civil* du mariage et des régimes matrimoniaux, de la filiation matrimoniale et non matrimoniale, de la tutelle, de l'adoption, ainsi que leurs conséquences dans le Droit de successions et d'autres matières connexes (par ex. la nationalité), qui affectent aussi directement ou indirectement aux droits des mineurs.

De sorte qu'au fur et à mesure que le législateur ordinaire a développé le chapitre 3ème, titre I, de la Constitution, il apparaît ce que la doctrine espagnole appelle le *Système publique de la protection des mineurs* dont les *notes caractéristiques* sont les suivantes:

1^a) L'assistance publique aux mineurs en situation d'abandon est de la compétence de certains organes administratifs, lesquels doivent qualifier celle-ci sans l'intervention du Juge. On considère l'abandon (*desamparo*) comme la privation de l'assistance morale et matérielle due à l'enfant.

2^a) En principe l'intervention administrative a pour but la réinsertion du mineur abandonné dans sa famille d'origine et subsidiairement l'intégration dans une nouvelle famille après la rupture des liens juridiques avec celle-là.

3^a) À la mesure du possible on cherche l'intégration de l'enfant abandonné dans la *famille ample ou étendue* d'origine avant que dans une autre famille.

4^a) Pour l'assistance publique de l'enfant abandonné on préfère d'abord l'accueil familiale au lieu de l'accueil chez des institutions.

5^a) En présence de plusieurs frères ou sœurs abandonnés on cherche, dans la mesure de possible, une solution unifiée pour tous (donc, l'accueil dans la même famille ou centre).

6^a) La compétence attribuée à l'Administration possède un caractère dynamique, parce qu'elle comprend aussi tous les *situations du risque* pour les mineurs, ainsi que tous les autres cas d'accueil légal des mineurs ainsi que tous les placements en vue d'adoption. Dans ces hypothèses la compétence de l'Administration est exclusive sauf un recours final aux tribunaux civils. En fait, la nouvelle législation a privilégié les compétences de l'Administration sans pour autant éliminer la compétence de ceux-là. Mais surtout, il faut remarquer que,

7^a) *On établit comme principe informateur de tout le système de protection publique des mineurs la primatie de l'intérêt de ceux-ci.*

III. LA CONVENTION DE 20 NOVEMBRE 1989, APPROUVÉE PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU, ET LA LOI ESPAGNOLE ORGANIQUE 1/1996, DU 15 JANVIER, DE LA PROTECTION JURIDIQUE DU MINEUR (LOPJM).

La Convention de 1989 de l'ONU a été ratifiée par l'Espagne le 30 novembre 1990, et elle a donné lieu à la Loi de 1996 de la Protection Juridique du Mineur (LOPJM) et quelques années plus tard à la Loi d'Adoption International de 2007 (LAI). Mais le législateur espagnol a tenu compte aussi de la "Carte Européenne des Droits de l'Enfant" de 1992.

En synthèse on peut bien établir que la Convention de 1989 a trouvé une législation nationale dûment disposée pour mieux recevoir le Droit international, parce que la Constitution de 1978 en avait anticipé le principe fondamental.

Dans son Exposé de Motifs (numéro 2) on dit que la LOPJM suppose une réforme en profondeur des institutions traditionnelles de protection de mineurs réglés dans le CC, en instituant un cadre juridique très ample qui oblige à tous les pouvoirs publics, ainsi qu'à toutes les institutions dédiées aux mineurs, à leurs parents et familiaux et à tous les citoyens en général. Les profondes transformations sociales intervenues dans la société ont produit un changement dans le *status* social du mineur qui va permettre d'élaborer un *système des droits humaines de l'enfance*, dont émane la reconnaissance de la pleine capacité juridique pour devenir titulaire de droits le mineur d'âge ainsi qu'une capacité progressive pour pouvoir les exercer. En conséquence, cette loi va établir un concept des personnes mineurs d'âge comme des sujets actifs, participatifs et créatifs capables de modifier sa propre sphère d'action personnelle et sociale, ainsi que de promouvoir la recherche de satisfaire personnellement leurs propres besoins et celles des autres. L'état actuel de la science permet d'affirmer que la meilleure forme de garantir socialement et juridiquement la protection de l'enfance est celle de promouvoir son autonomie en tant que sujets des droits.

Selon l'art. 1^o, *la Loi s'applique aux mineurs de 18 ans qui se trouvent dans le territoire espagnol, sauf que la loi personnelle applicable détermine un âge mineure.*

L'art. 2^o établit le principe général suivant: *Dans l'application de cette Loi l'intérêt supérieure des mineurs sera préférable à tout autre principe légitime concurrent. Les mesures à adopter en faveur des mineurs auront toujours un caractère éducatif. Les limites à la capacité d'agir des mineurs seront l'objet d'interprétation restrictive.*

Les matières réglées dans la LOPJM sont les suivantes:

Art. 3°: Sources de Droit international.

Art. 4°: Droit à l'honneur, à l'intimité et à sa propre image.

Art. 5°: Droit à l'information.

Art. 6°: Droit à la liberté idéologique.

Art. 7°: Droit de participation, d'association et de réunion.

Art. 8°: Droit à la liberté d'expression.

Art. 9°: Droit à être entendu.

Art. 10°: Les mesure administratives pour faciliter l'exercice des droits des mineurs.

Art. 11°: Principes de l'action administrative.

Arts. 12°- 22°: Actuation administrative face aux situations de manque de protection sociale des mineurs.

Dans les Dispositions Additionnelles on établit de règle la compétence de la juridiction gracieuse dans le cas de protection des mineurs en suivant les normes suivantes:

- a) Le Juge et le Ministère Public doivent agir *ex officio* dans l'intérêt du mineur, en suppléant la passivité des parties particulières et en lui donnant conseil sur leurs droits et la façon de corriger les défauts de leurs demandes;
- b) Les mineurs n'ont pas besoin d'un Avocat ou d'un Avoué pour agir devant les tribunaux;
- c) La tierce opposition sera résolue dans la même procédure sans obliger au mineur à utiliser la procédure contentieuse.

IV. LA LOI 54/2007, DE 28 DÉCEMBRE, DE L'ADOPTION INTERNATIONALE (LAI).

Cette Loi est promulguée en application de la Convention de l'ONU de 1989, mais aussi de la Convention de La Haye de 1993, ratifiée par l'Espagne le 30 juin 1995. Elle remplace les règles en vigueur du Droit international privé ainsi que complète celles du droit civil espagnol sur l'adoption.

La raison d'être de la LAI s'explique dans son l'Exposé des Motifs (numéro 1):

“Le nombre croissant des adoptions constituées à l'étrangère supposent à la fois un défi juridique pour le législateur national qui doit fournir les instruments juridiques précises pour que l'adoption se réalise avec toutes les garanties légales et aussi protéger l'intérêt supérieur des mineurs à adopter, en facilitant le développement harmonique de l'enfant dans un foyer familiale adéquat. Mais tout cela à l'intérieur d'un scrupuleux cadre de sécurité juridique au profit de tous les participants à l'adoption international, et principalement de l'enfant adopté. L'expérience nous a permis d'apprécier l'opportunité d'une loi qui va empêcher la dispersion normative en vigueur et en unifiant toute la législation applicable spécialement le Droit international privé”.

La Loi a pour Object une régulation systématique, cohérente et actualisée de la matière, divisée en trois Titres:

I. Dispositions générales.

II. Normes de Droit International Privé relatives à l'adoption internationale.

III. D'autres mesures de protection de mineurs.

On tiendra compte des solutions juridiques contenues dans cette importante Loi dans les réponses au questionnaire.

V. LES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE.

Numéros 1 et 2: Oui, l'Espagne a ratifié la Convention de 1989 le 30 novembre 1990.

*Numéro 3: J'aimerais clarifier une simple question terminologique qui parfois en langue espagnole peut faire tomber en erreur les traductions de l'anglais ou du français. En général dans la langue courante on parle de: “niño”, “adolescente”, et “jóven”, sans y établir une claire délimitation d'âge; on est appelé “niño” avant d'arriver à l'usage de la raison (jusqu'à 7 ans environ); l'“adolescente” a déjà la capacité naturelle de raisonner et de vouloir (entre 7 ans et 12-14 ans environ); le “jóven” se trouve en train d'arriver à la majorité d'âge ou bien il l'a franchie récemment (on le considère après 14 ans environ). Donc, en espagnol ce n'est pas tout à fait exacte de dire “Convención de los Derechos del Niño”, traduction qu'on prend littéralement du texte français (Convention du Droit des *Enfants*) ou anglais (“Convention on the Rights of the *Child*). Il semble plus correcte d'utiliser le nom *menor* (donc j'utilise habituellement la phrase: “Convención de los Derechos del menor”= Convention des droits du mineur ou des mineurs).*

En droit espagnol la majorité d'âge est fixée à 18 ans, selon l'art. 11 de la Constitution et l'art. 315 CC que dit: “La majorité d'âge commence aux 18 ans

accomplis. - Pour calculer cette âge il faut compter le jour de la naissance comme un jour complet”.

Numéro 4: Oui, en droit espagnol il y a un réel et complet instrument légal dévoué aux droits des mineurs; il y a d'abord un état civil du mineur, et aussi une catégorie spéciale des droits sociaux des mineurs et tout cela c'est la conséquence des plusieurs facteurs concurrentes.

Tout d'abord après la promulgation de la Constitution de 1978 on prend le départ de la Déclaration des Droits de l'Homme de l'ONU de 1948, laquelle devra y être utilisée pour interpréter le Titre I de la Constitution en matière des droits fondamentaux et des libertés, et aussi on s'engage implicitement à ratifier les successives traités ou Conventions sur cette matière. En conséquence, ce Droit civil constitutionnel a donné lieu en Espagne à une réforme en profondeur du Cc en matière des personnes et de la famille. Finalement la Convention de 1989 a été développée par une Loi spécial de 1996 la LOPJM qui, en partie, réitère et en partie complète ce cadre de protection du mineur en droit espagnol. Il y a donc, une régulation civile de la position juridique du mineur (le *status* de la minorité d'âge) complétée par un système publique de protection sociale du mineur, créé progressivement à partir 1978 et presque fini dans nos jours.

Numéro 5: Le questionnaire énumère une liste des matières sélectionnées que le droit espagnol, de sa part, a dû intégrer d'accord à la Convention de 1989. Il s'agit de douze points bien choisis, parfois d'une grande portée, et d'autres plutôt sur des aspects plus concrètes, qui à l'heure actuelle sont discutés encore dans certains pays et sur lesquels il n'y a pas toujours l'accord unanime dans la doctrine espagnole. À la fin je me permets d'ajouter quelques autres qu'à mon avis on pourrait les traiter aussi dans ce Congrès.

A) Oui, the best interest of the Child (art. 3 du Convention) existait déjà en Droit espagnol dès 1978 et il vient d'être ratifié ou confirmé -donc, renforcé- en Espagne. Cet intérêt se manifeste dans toutes les formes indiquées au questionnaire (Constitution, Code civil et Loi spéciale d'intégration [LOPJM du 1996], et aussi inclus dans des principes généraux, ou bien en forme très détaillé dans des normes plus concrètes et déterminées).

B) Oui, le CC permet à l'enfant né en dehors du mariage et aussi à leurs parents biologiques soit de réclamer leur filiation, ou leur lien de paternité et de maternité, soit d'attaquer une filiation ne correspondant pas à la filiation biologique et attribuée erronément à une autre personne.

À la différence du régime primitif du CC de 1889, la Loi de 1981 et d'accord à l'art. 39.2 Constitution a établi le principe de *liberté de la recherche de la filiation* non matrimoniale moyennant toute sorte des preuves y incluses les preuves biologiques. D'accord au régime ancien de filiation, dans la société espagnole et par rapport à la filiation illégitime les statistiques montraient, au moment de la Transition politique (1975), que la moitié environ des mères non mariées reconnaissaient volontairement leur enfant, que dans le 20% de cas ils le reconnaissaient tous les deux parents, et

seulement dans un 5% environ de cas le père tout seul l'avait reconnu; et en conséquence qu'il y avait le 25% environ de cas où l'enfant en était abandonné de fait à la naissance pour les deux parents de sorte qu'il était inscrit au Registre civil comme *filis de parents inconnus*. Après la Loi de 1981 le panorama sociale en Espagne commence à changer: la mère célibataire améliore son prestige social (parfois elle refuse ou s'oppose à la reconnaissance du père biologique, et fait tout le mieux pour l'empêcher), le nombre des enfants abandonnés a diminué graduellement après cette date, et surtout la plupart des actions exercées par la mère contre le père biologique a réussi devant les tribunaux. Il faut ajouter encore que les parents biologiques de l'enfant non matrimonial peut-être en été mariés à un tiers au moment de la conception ou de la naissance de celui-ci, et que la loi auparavant mettait beaucoup d'obstacles à détruire la présomption de paternité légitime. Mais la preuve biologique généralisée après la Loi détruisait la présomption de légitimité, de sorte que les actions de la réclamation de paternité ou de maternité vont prévaloir habituellement contre le père ou la mère déjà mariés.

En bref, le régime actuel du CC est le suivant:

- *l'enfant non matrimoniale* pourra réclamer sa filiation biologique, s'il y a possession d'état, pendant toute sa vie : art. 131 CC (il serait le cas où les parents non mariés parmi eux vivent ensemble avec leur fils sans l'avoir reconnu, ainsi ils maintiennent des rapports de fait avec lui, mais ils non pas assumé volontairement son rôle légal);
- mais aussi l'enfant pourra réclamer sa filiation quand il n'y a pas possession d'état; dans ce cas l'enfant ignorait en fait sa filiation biologique dont les preuves il découvre plus tard: il pourra la réclamer aussi pendant toute sa vie (art. 133 CC). Il serait le cas si après sa naissance il a été abandonné et successivement interné dans une institution d'accueil dans laquelle il vit jusqu'à sa majorité. Dans certains cas même ses héritiers pourront exercer l'action de réclamation de filiation pendant un délai de 4 ans après son décès si les preuves de la filiation sont découvertes dans ce période de temps.
- l'action de réclamation de paternité ou maternité correspond aussi aux parents s'il n'y a pas possession d'état, et cette action est imprescriptible (art. 132); les cas sont plutôt rares dans la pratique (par exemple, les parents ont abandonnés leur enfant et après ça ils changent d'opinion, ou bien la mère cache la naissance au père qui connaît le fait de la naissance seulement quelques années plus tard).
- si les parents biologiques ou l'un d'eux sont mariés à un tiers il y en a plusieurs solutions légales:
 - a) le père ou la mère biologiques pourront à tout temps reconnaître volontairement leur enfant, soit au moment de l'inscription au Registre de l'État civil ou à un moment postérieure;

b) par contre, les parents biologiques se taisent toujours et, en conséquence l'enfant est attribuée faussement au mari; c'est le cas le plus complexe parce que la possession d'état favorise la filiation matrimoniale de l'enfant; le père biologique une fois informé des faits pourra attaquer d'abord la filiation matrimonial attribuée au mari, et simultanément réclamer sa paternité non matrimoniale pendant tout sa vie; cette action pourra en être exercé par le père dans son propre nom et aussi au nom de son fils mineur; et une fois que celui-ci arrive à la majorité l'action d'attaque et de réclamation lui correspondent aussi à l'enfant pendant toute sa vie.

À remarquer qu'on posse ici un cas limite: C'est quand l'enfant procréé par un homme divers du mari a été bien accepté au sein de la famille matrimoniale dans laquelle il s'élevé, ou bien le mari dupe a pu pardonner l'adultère de sa femme, tout en restant ignorant de la réalité l'enfant lui-même. Est-ce que le vrai père biologique aura le droit de troubler la paix de ce foyer? Il y a des auteurs et même de systèmes juridiques qu'y mettent d'obstacles (un délai de prescription de l'action, par exemple). Dans le droit espagnol le Tribunal Constitutionnel en 2005 et 2006 a annulé partialement l'art. 133 CC en éliminant quelque limitation temporelle (auparavant, un an à partir de la connaissance des faits ou de l'inscription au Registre) à l'action exercée par le père biologique. En conséquence et d'accord à la jurisprudence de la Cour Suprême, en tout temps, soit l'enfant non matrimoniale que son père biologique ou tous les deux pourront réclamer la filiation pendant toute leur vie en attaquant d'abord la filiation matrimoniale erronément attribuée.

- *quant aux enfants adoptés* l'art. 180.5 CC dispose que ceux-ci, une fois atteint l'âge de la majorité ou pendant sa minorité représentés par leurs parents adoptives, ont le droit de *connaître tous les données relatives à leur origine biologique*. Il faut savoir que la législation espagnole déclare secrète la procédure de l'adoption, de sorte que dans la pratique la famille d'origine n'arrive pas à connaître de visu la famille d'adoption (à différence, par exemple, de la législation allemande). Il n'y a qu'une seule classe d'adoption, qui produit un lien de filiation que l'art. 108 al. 2 CC égalise quant à ses effets à la filiation matrimoniale; en Espagne, l'adoption une fois approuvé par le Juge rompt les liens existants avec la famille d'origine, sauf quant aux empêchements du mariage. Dans le Registre civil, après la constitution de l'adoption on ouvre une nouvelle inscription en marge de la naissance à l'enfant adopté, en même temps qu'on conserve l'inscription primitive de celui-ci dont la consulte cependant doit être approuvée par le Juge. Si on adopte un enfant de filiation inconnue et après de constituer l'adoption il vient d'être reconnue ou le juge en déclaré sa filiation, ces faits ne changent pas celle-là, laquelle reste irrévocable, sauf dans de cas exceptionnels (art. 180 CC). Mais on respecte l'art. 7.1 de la Convention (L'enfant ... aura le droit dès sa naissance à un nom, à en acquérir une nationalité et, *à la mesure du possible, à connaître leur parents* ...). C'est à dire, l'enfant adopté dispose de moyens juridiques pour connaître son origine, mais sans modifier son état civil. L'expérience nous montre que chez beaucoup des adoptés il existe un profond sentiment pour connaître personnellement et en vue d'entretenir des rapports

humains avec leurs parents. Dans ce but ils s'engagent souvent à des recherches coûteuses que la loi civile, à mon avis, doit favoriser.

- quant *aux enfants nés par l'usage de techniques médicalement* assistées il faut dire qu'en 1988 l'Espagne a été l'un des pays pionniers pour les accepter très amplement dans le système de la filiation, et que cette Loi a été modifiée en 2003 avec le même esprit d'ouverture. Le Tribunal Constitutionnel en 1999 en avait accepté la première loi, même si, en apparence, celle-ci serait contraire à l'art. 39.2 de la Constitution (parce qu'on interdit la libre recherche de la filiation). Ici nous intéressent souligner que la loi permet que la technique soit-elle applicable à une femme mariée, hétérosexuelle ou homosexuelle, ou à une femme qui vit en union de fait, et même à une femme qui vit toute seule. La doctrine civiliste critique souvent cette législation, parfois contradictoire et parfois donnant lieu à des problèmes plutôt artificiels (fécondation post mortem) ou à des graves conflits de conscience. Les principes qu'inspirent cette législation sont les suivants:

a) La filiation des enfants nés avec les techniques de procréation médicalement assistée est soumise au régime établi dans les lois civiles, sauf les exceptions établis dans la Loi spéciale.

b) Dans aucun cas l'inscription dans le Registre civil pourra indiquer que l'enfant est né de ces techniques.

c) Ni la mère ni son mari, une fois qu'ils l'ont accepté formellement, en donnant son consentement préalable et expresse à une fécondation déterminée réalisée avec l'intervention de donateur, ils ne pourront pas s'opposer, dans aucun cas, à la qualification comme filiation matrimoniale de l'enfant né moyennant ces techniques.

Cela signifie que l'enfant né est considéré matrimonial malgré qu'on a utilisé pour la procréation le sperme d'un tiers anonyme, parce qu'il y a prohibition légale et absolue d'attaquer la filiation de celui-là. La recherche de la filiation reste impossible malgré la disposition de l'art. 39.2 de la Constitution. Et s'il s'agit d'un mariage célébré par deux femmes après 2005, la compagne de celle-ci qui l'a enfanté pourra l'inscrire comme fils propre. Serait-il un cas d'un nouveau-né qui aura légalement deux mères et aucun père. Mais la prohibition d'attaquer cette filiation matrimoniale n'oblige pas à l'enfant et quelques auteurs pensent à la possibilité de réclamer la paternité du vrai père (malgré que son identité est presque impossible de connaître en fait), ou au moins que sa filiation ne serait pas matrimoniale mais non matrimoniale dont le père reste inconnu. Jusqu'à présent des cas pareils ne se sont présentés à ma connaissance devant les tribunaux espagnols.

d) Si la femme vit en union de fait, son compagne doit donner aussi son consentement formel à l'usage des techniques lequel constitue un titre pour lui attribuer la filiation non matrimoniale du nouveau-né. La solution c'est la même si l'homme qui a donné son consentement non cohabite pas avec la femme malgré

qu'il a donné son consentement. La loi laisse aussi en vigueur la réclamation judiciaire de filiation par le nouveau-né (il serait peu probable que sa mère pendant la minorité de l'enfant représente à celui-ci devant les tribunaux, mais après la majorité l'enfant pourra exercer personnellement l'action de réclamation de sa filiation).

e) Le mari ou l'homme qui vit avec la femme pourront établir par écrit que leur sperme crioconservé puisse être utilisé pour féconder la femme dans un délai de 12 mois après sa mort, et la naissance d'un enfant comme résultat de cette fécondation produira les mêmes effets que dans le cas a) décrit. Donc, on a autorisée la fécondation *post mortem*, pourtant très combattue par la doctrine en raison des éventuels conflits héréditaires.

f) Il est interdit la gestation par substitution ou par de mères porteuses.

g) Malgré le principe de l'anonymat de la donation du sperme, la loi permet que l'enfant né de ces techniques en puisse obtenir une *information générale du donateur* de sperme sans y inclure son identité, laquelle seulement pourra être communiquée à l'enfant quand il y aura des circonstances extraordinaires qui mettent en danger la vie ou la santé de celui-ci, ou bien s'il existe une procédure criminelle, mais sans qu'un aucun cas la révélation de l'identité du donateur puisse en être utilisée pour déterminer la filiation de l'enfant.

C) Oui, les droits reconnus au mineur aux arts. 12 et 13 de la Convention sont-ils reconnus dans le droit espagnol: Il y a des règles très détaillées dans la LOPJM.

L'art. 5 de LOPJM déclare à ce propos:

“Droit à l'information: 1. Les mineurs ont le droit de rechercher, recevoir et utiliser toute l'information adéquate à son développement.

2. Les parents ou tuteurs et les pouvoirs publiques doivent veiller afin que l'information qui reçoivent les mineurs soit-elle véritable, plurielle et respectant les principes constitutionnelles.

3. Les Administrations publiques doivent promouvoir la production et diffusion des matériaux informatifs et d'autres adressés spécialement aux mineurs et qui respectent les principes indiqués, en même temps qu'elles doivent faciliter l'accès des mineurs aux services d'information, documentation, bibliothèques et d'autres services culturels. Elles doivent veiller aussi pour que les messages adressés aux mineurs puissent promouvoir les valeurs de l'égalité, de la solidarité et du respect aux autres, en écartant les images de violence, exploitation des rapports parmi les personnes ou qui reflètent un traitement dégradant ou sexiste.

4. Des normes spéciales vont garantir que la publicité ou les messages adressés aux mineurs ou émis dans la programmation adressée à ceux-ci ne leur produisent des dommages moraux ou physiques.

5. En tout cas, le Ministère Public et les Administrations publiques ont la compétence en matière de protection des mineurs et en conséquence ont le devoir d'exercer les actions pour la cessation et la rectification de la publicité illicite".

L'art. 9 de LOPJM dispose littéralement:

"Droit à en être entendu. 1. Le mineur a le droit d'être entendu, soit-t-il dans l'intérieur de la famille que dans toute procédure administrative ou judiciaire dans lequel il soit directement concerné et puisse aboutir à une résolution qui affecte à son sphère personnelle, familiale ou social.- Dans la procédure judiciaire la présence du mineur devant le juge sera faite de forme adéquate à sa situation personnelle et au développement de celle-ci en préservant toujours son intimité.

2. L'exercice de ce droit pourra se faire de façon personnelle par le mineur lui-même ou à travers de son représentant désigné quand il ait capacité naturelle pour le faire. Si tout cela ne serait-il pas possible ou convenable pour le mineur, on pourra connaître l'opinion de l'enfant à travers de son représentant légal sauf s'il a d'intérêts contraires au mineur, ou bien moyennant d'autres personnes qui par sa profession ou par un rapport de confiance avec lui puissent la transmettre objectivement.

3. Si le mineur demande d'être entendu directement ou par son représentant, pour la refuser le Juge devra motiver la résolution négative et la communiquer au Ministère Public et au sollicitant ".

Quant au droit du mineur à y être entendue on peut conclure:

- l'art. 9 établit le droit de l'enfant mineur d'âge d'être entendu à l'intérieur de la famille et l'accomplissement de ce droit est confié aux parents et au tuteur. Les arts. 154 et 268 CC établissent le contenu de l'autorité parentale et celui du tuteur, avec les mêmes limites: "si les enfants ont capacité naturelle ils doivent toujours être entendus par leurs parents avant d'en prendre des décisions qui les affectent"; "les tuteurs devront exercer sa charge d'accord avec la personnalité des mineurs, en respectant son intégrité physique et psychologique". Mais la Sociologie nous montre plutôt à l'heure actuelle des certains cas où les mineurs se révoltent contre leurs parents et parfois ils les maltraitent, de sorte que sont ceux-ci qui, quelques fois agissent, devant le juge pour réclamer; sans pour autant dire que les parents despotiques ou violents face à leur enfants aient disparus du tout dans la pratique judiciaire.

- l'art. 9 établit aussi le droit du mineur d'être entendu devant les tribunaux ou les organes administratifs; la loi ne fixe pas l'âge à partir de laquelle il pourra l'exercer. Dans des cas concrets la loi attribue au Juge la faculté de déterminer qu'en raison des circonstances concurrentes le mineur a la capacité naturelle de s'exprimer; en matière d'adoption l'âge de 12 ans c'est le minimum pour consentir à sa propre adoption (art. 177.1 CC), et par dessous cette âge le Juge est obligé seulement à l'entendre "si tuviere suficiente juicio" (art. 177.3.3 CC) c.a. si le mineur en dispose de capacité naturelle de penser et de vouloir. Cette règle civile pourra être généralisée pour tous les cas d'intervention du mineur devant le juge ou l'autorité administrative. D'autre part, la Loi de la Procédure civile de 2000 permet au juge de célébrer la séance sans publicité quand les mineurs y sont intéressés (arts. 138.2 et 754) afin de protéger son intimité. En tout cas l'art. 9 de la LOPJM obligera soit au juge soit à l'autorité administrative à admettre les différentes formes d'intervention du mineur y prévues.

- quant aux moyens juridiques

À mon avis, l'avancement technique de la société de l'information tout récemment produit obligera peut être le législateur à *moderniser* le texte de ces articles quelque peu obsolètes étant donné les facilités octroyés à tous -et pas seulement aux mineurs- pour obtenir l'information en général ainsi que l'objectif légal de réussir à avoir un certain *control de l'information adressée aux mineurs*, d'accord à l'art. 8 de la LOPJM.

D) À partir de l'âge de 12 ans l'adopté devra consentir librement devant le Juge sa propre adoption, et l'adoptant devra avoir au moins une différence de 14 ans avec celui-là (adoptio imitatur naturalis). Si tel consentement manque, l'adoption sera nulle absolument. En dessous de cet âge le Juge devra seulement l'entendre s'il a la capacité naturelle; autrement leurs parents ou le tuteur devront y consentir.

E) La Loi 54/2007, de 28 décembre (LAI) établit les conditions de l'adoption internationale:

- le but de la LAI c'est de garantir que les adoptions internationales se réalisent justement en faveur de l'intérêt supérieur du mineur, mais aussi des intérêts des adoptants et aussi de tous ceux qui interviennent dans cette procédure (art. 2);

- à cet objet l'adoption internationale des mineurs devra respecter les principes de l'art. 21 de la Convention de 1989, et aussi de la Convention de La Haye de 29 Mai 1993; en particulier, l'Espagne devra inclure les standards et sauvegardes de celle-ci quand elle signe des Accords dans la matière avec des États qui n'ont pas souscrit ce dernier Accord (art. 3);

- seulement pourront développer des fonctions d'intermédiation dans cette adoption les organes administratifs désignés dans la LAI (c.-à-d. les "Entidades Públicas de

Protección de Menores” et les “Entidades de Colaboración”) autorisés soit dans les pays d’origine que dans les pays du destin des mineurs (art. 4);

- il est absolument interdit de formaliser des adoptions de mineurs quand le pays d’origine de ceux-ci se trouve en situation de guerre ou au milieu d’une catastrophe naturelle (art. 4);

- le séjour d’un mineur étrangère en Espagne à l’occasion d’un programme de vacances, ou d’études ou pour en recevoir traitement médical ne pourra pas en être utilisé pour l’adopter sans que finisse celui-là et le mineur ait commencé un programme d’adoption (art. 4);

- l’adoption international ne pourra pas produire des bénéfices financières à l’exception des frais strictement nécessaires pour en satisfaire le coût (art. 4);

- la Loi règle en détail l’activité en Espagne des “Entidades Públicas competentes en matière de protection des mineurs” (pour la plupart elles sont des organes de la Communauté Autonome du domicile des adoptants), ainsi que des “Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional” (qui possèdent compétence exclusive dans la matière et qui ont besoin d’une autorisation spéciale) (arts. 5 à 9, LAI);

- l’Administration espagnole doit déclarer l’aptitude (“idoneidad”) des adoptants, laquelle est valable pendant trois ans (art. 10); une fois approuvée l’adoption internationale les adoptantes sont obligés d’informer successivement l’Administration du pays d’accueil sur l’évolution du rapport avec le mineur adopté et au but de remplir les conditions établies par l’État d’origine (art. 11);

- la LAI contient aussi des règles du Droit international privé à propos de l’adoption (arts. 14 à 31) qui remplacent les règles contenues jusqu’à présent dans le CC.

F) Oui, le mineur a le droit à la liberté de penser, de conscience et de religion. Ceci est établi à l’art. 6^a LOPJM, qui ajoute que l’exercice des droits qui découlent de cette liberté aura seulement des limitations établies par la loi exigés par le respect des droits et libertés fondamentaux des autres, et aussi que les parents ou les tuteurs ont le droit et le devoir de collaborer pour que le mineur exerce cette liberté de façon qu’elle puisse contribuer à son développement intégral.

Les Écoles publiques et subventionnées ont l’obligation d’offrir l’enseignement religieuse des différentes confessions reconnues en Espagne, et les parents et les tuteurs ou les mineurs eux-mêmes à partir d’un certain âge, ont la liberté de choisir l’enseignement d’accord à leurs convictions, ou bien de ne pas suivre aucune; l’enseignement religieuse est donnée par les ministres de chaque confession ou par des personnes autorisés par celle-ci et comprend l’instruction doctrinale et morale de la Religion.

G) Oui, les châtiments physiques sont interdits, soit à l'intérieur de la famille, à l'École ou dans les institutions concernant les mineurs.

Dans la rédaction primitive du CC on disait à l'art. 155-2°, que les parents avaient à l'égard de leurs enfants la faculté de les corriger et même de les châtier d'une manière modérée. Mais en raison de l'application de l'art. 19 de la Convention on a éliminé cette faculté, et au lieu de cette règle on a établi que les parents, dans l'exercice de l'autorité parentale pourront solliciter l'aide de l'autorité. Et d'accord à l'art. 268, les tuteurs devront exercer sa charge d'accord à la personnalité de leurs pupilles, en respectant son intégrité physique et psychologique. Le Code pénal punie aussi tous les actes adressés contre l'intégrité physique ou psychique des mineurs commis soit à l'intérieur comme en dehors de la famille, et en général d'une manière plus aggravée étant donné la condition vulnérable de la victime.

H) Oui, la loi prévienne la possibilité de priver aux parents de l'autorité parentale. Les motifs sont très amples (par des actes intentionnels ou simplement fautifs, ou bien par des raisons objectives), ainsi que les différents tribunaux compétents (en voie criminelle, civile ou même administrative) et aussi par la durée de la privation (définitive, transitoire, temporelle). La norme s'inspire toujours dans le bien-être du mineur, de sorte qu'on accorde à l'autorité compétente des facultés discrétionnaires (pas tellement arbitraires).

L'art. 170 CC dispose: "Le père ou la mère pourront être privés de l'autorité parentale, totalement ou partiellement, par un arrêt fondé dans l'inaccomplissement des leurs devoirs inhérents à celle-ci ou bien prononcée dans une procédure criminelle ou matrimoniale. - Les Tribunaux pourront, en vue du bénéfice et intérêt de l'enfant, accorder la récupération de l'autorité parentale quand a-t-il cessé la cause qui avait déterminé la privation".

La privation pourra en être accordée dans une procédure civile spéciale; ils sont légitimés pour la demander le mineur lui-même et son représentant volontaire, l'autre parent et le Ministère Public. La privation pourra-t-il constituer une peine accessoire imposée en raison de la condamnation pour un délit contre le mineur. Aussi dans une procédure de divorce le juge pourra aussi déclarer la privation de l'autorité parentale en raison des faits prouvés à l'égard de chaque parent. Si l'enfant est déclaré administrativement abandonné, on produit automatiquement la suspension de l'autorité parentale à la suite de la tutelle légale attribuée à l'organe administratif chargé de la protection des mineurs dans le territoire; ce procédure pourra aboutir à constituer l'adoption de l'enfant.

Quant aux motifs de la privation, il faut dire que dans l'inaccomplissement des devoirs peuvent rentrer tous les motifs énumérés à l'art. 19.1 de la Convention.

Qui va s'occuper de l'enfant après la suspension ou la cessation de l'autorité parentale? Il n'y a pas des règles générales en droit espagnol et il faut en tenir

compte de chaque cas. En principe l'autorité parentale sera exercée par l'autre parent qui est-t-il déclare innocent; si tous les deux sont coupables, on ouvre la tutelle. Dans le cas d'abandon l'Administration pourra choisir une institution spécialisée s'il est convenable pour l'enfant. Le placement dans une famille est fréquemment utilisé par l'Administration dans le cas d'enfants abandonnés; il y a plusieurs modalités de ce placement (en vue d'adoption, à caractère permanente ou temporaire, etc.).

Si la privation de l'autorité parentale a été temporaire la loi prévoit normalement le retour au foyer d'origine une fois que la cause de la privation a disparue. En tout cas le bien-être de l'enfant devra inspirer à l'autorité compétente la décision la plus adéquate.

Même si la privation de l'autorité parentale reste définitive le rapport juridique parent -enfant n'est pas absolument disparu. Le parent reste obligé aux devoirs légaux par rapport à son fils, même s'il est devenu majeure d'âge (par exemple, le devoir d'aliments en cas de besoin). D'autre part le parent privé de l'autorité a le droit de succéder *ab intestat* à son fils, à moins que celui-ci l'ait déshérité expressément.

L'art. 155.1° CC dispose aussi que les enfants ont le devoir de respecter toujours à leurs parents. Finalement, quant au droit de visite, si au moment de la mort le père en prison demande au juge la permission de voir son fils deshérité par lui-même, ou bien par qui il a été déshéritée, on pourra nier cette demande qui cherche peut-être la réconciliation parmi eux? (bien sûr, l'enfant majeur d'âge pourra dénier la visite accordée par le Juge...).

I) Consentement médical. Pour répondre à cette question il faut en tenir compte des règles suivantes:

L'art. 162 CC détermine le contenu de l'autorité à l'égard de la représentation légale des enfants:

“Les parents qui exercent l'autorité parentale disposent de la représentation légale de leurs enfants mineurs non émancipés. Mais il y a des exceptions: 1° Les actes relatifs aux droits de la personnalité ou d'autres cas, lesquels l'enfant d'accord aux lois et selon sa propre maturité peut réaliser par soi-même [...]”.

La loi tient compte, en général, de l'évolution physique et psychique de la personnalité du mineur pour lui accorder progressivement la capacité d'agir tout seul. Il y a une rémission à d'autres lois. D'accord à l'art. 9.3 de la Loi de 14 novembre 2002 de l'Autonomie du Patient, le mineur devra donner son consentement pour le traitement médicale s'il en dispose de la capacité de comprendre et de vouloir sans l'intervention des parents; autrement le consentement serait-il octroyé par les représentants légaux ayant écouté

préalablement l'enfant s'il a rempli les 12 ans. Si le mineur a accomplie 16 ans, les parents ne peuvent pas représenter l'enfant en cas de traitement médical. Mais en cas d'un grave risque pour la vie du mineur, les parents donnent toujours son avis qui sera tenue en compte pour le facultatif. Ce régime est applicable soit pour accepter que pour refuser un traitement médical du mineur.

J) *Changement du nom par le mineur.* Tout d'abord une explication sur une singularité du droit espagnol. Depuis toujours la femme espagnole a conservé son nom propre après son mariage et elle le transmet à son enfant (également qu'il le transmet son mari). Il y avait, pourtant, une question discutée de la hiérarchie des noms. Avant les dernières réformes la loi avait établi que l'enfant matrimoniale portait d'abord le nom de son père et après le nom de sa mère. Mais une loi de 1999 a réformé l'art. 109 CC permettant aux parents de se mettre d'accord avant de l'inscription de la naissance de son fils sur l'ordre des noms à imposer au nouveau-né; autrement l'ordre sera le traditionnel. L'ordre accordé par les parents pour le premier enfant sera le même pour les enfants successifs, et cette faculté ne pourra pas s'exercer par les parents qu'une seule fois. Mais il y a maintenant une règle nouvelle: "Chaque enfant, au moment d'arriver à la majorité d'âge a la faculté de changer l'ordre de ses noms"; mais ce changement n'aura d'effet que pour lui-même et pas pour ses frères ou soeurs.

Tout changement de filiation produit pendant la minorité sera suivi du changement du nom de l'enfant (par exemple, si une adoption a été formalisée, ou une filiation non matrimoniale a été déclarée par le Juge). D'autre part, les parents pendant la minorité de l'enfant peuvent changer leurs noms pour des différents motifs, et cela affecte toujours leurs enfants mineurs. Mais ceux-ci ne peuvent pas, avant d'arriver à la majorité, prendre l'initiative de changer son nom.

S'il s'agit des enfants nés hors mariage il faut en tenir compte de la reconnaissance du nouveau-né. Si l'enfant est reconnu par le père et la mère, le nom de l'enfant sera le même que l'enfant matrimonial. Mais s'il est reconnu seulement par sa mère, celle-ci donnera à son fils ses deux noms et dans le même ordre; mais la loi l'autorise pour qu'au moment de l'inscription la mère change l'ordre de ses propres noms imposées au nouveau-né au but de ne pas publier son origine.

Quand j'emploie le mot *nom* je traite conjointement le prénom et le nom de famille (*first name and surname*). La Loi du Registre civil permet à chaque personne pour des diverses motifs, de changer l'un ou l'autre, ou tous les deux.

K) *Le contrat de travail du mineur.* La capacité d'agir ou d'exercice dans le Droit du travail ne coïncide pas avec le CC. La doctrine spécialisée en établi le cas suivants:

a) Les majeurs d'âge, les mineurs émancipées selon le CC (par mariage, par la concession des parents ou par le juge), mais aussi ceux qui ont été émancipés de fait, jouissent de pleine capacité pour contracter son travail.

L'émancipation de fait se produit quand les parents ont consenti que son enfant vit indépendamment, c.-à-d. à son coût et normalement, mais pas nécessairement, en domicile séparé. Les parents pourront retirer son consentement à la vie indépendante, et on accepte aussi le consentement tacite (art. 7, b, de le Statut de Travailleurs). Le salaire appartient au mineur et il l'administre librement.

b) Disposent-ils d'une capacité d'agir limitée les majeurs de 16 ans non émancipés. Ceux-ci peuvent contracter son travail avec l'autorisation de leurs parents, même tacite, laquelle est révocable. L'autorisation tombe sur le travail et non sur la vie indépendante et il faut la donner cas pour cas.

c) Selon l'art. 6,1, b) de le Statut de Travailleurs il est prohibé l'accès au travail des mineurs en dessous de 16 ans. Les Traités internationaux signés par l'Espagne acceptent dans certains cas le travail des mineurs à partir de 14 ans. D'autre part, ce mineur a la possibilité de se marier avec la licence du juge (art. 48, 2 Cc), et le mariage produit l'émancipation et de ce fait le travailleur serait inclus sub a).

L'ancien "contrat d'apprentissage" est remplacé par le "contrat pour la formation" (art. 11,2 du Statut). L'art. 40, 2 de la Constitution établie que le droit à la formation des travailleurs est un principe de la politique sociale et économique. L'entreprise pourra offrir un contrat pour la formation aux mineurs entre les 16 et les 21 ans, d'une durée entre six mois et 2 ans (4 ans pour les handicapés)

L) Les devoirs de l'enfant à l'égard de ses parents. Chaque être humain du fait de sa naissance dans un foyer normal, c.a. d. quand leurs parents sont mariés, maintien-t-il des rapports juridiques, pas seulement avec ses père et mère, mais il rentre aussi dans les liens de la famille ample auxquelles appartiennent ceux-ci. Le fait d'en avoir arrivé à la majorité d'âge suppose la fin de l'autorité parentale exercée sur lui jusqu'à 18 ans, mais il ne rompt pas les liens juridiques avec sa famille - étroite ou ample - qui l'accompagnent toujours jusqu'à sa mort. Dans les dernières temps la doctrine en Europe à approfondi le thème de la solidarité *parmi les générations* (sujet du Congrès Internationale de Lyon du juillet 2011, dont les Actes viennent d'être publiées). Dans plusieurs pays européens on voit souvent à l'heure actuelle la génération de grands parents aider économiquement à leurs fils est petit-fils dans la crise mondiale qui nous angoisse. Cette situation sociale est liée à beaucoup de facteurs changeants d'une époque à une autre, d'un pays à un autre. Mais il y a un minimum qu'on a conservé, plus ou moins, dans tous les codes civils européens.

- Pendant la minorité et sous certains conditions les parents peuvent utiliser les fruits des biens appartenant aux mineurs pour contribuer équitablement aux charges de la famille si l'enfant vit avec eux (art. 165.2 CC);

- Si les ascendants de l'enfant -déjà majeur normalement en ce moment et ayant formé sa propre famille- se trouvent en besoin, le devoir de solidarité parmi les

génération se concrétise dans le devoir légal d'aliments (art. 143, numéro 2°, CC), qui en Espagne oblige seulement les personnes liés par le sang (en France inclut aussi aux alliés);

- Les ascendants à défaut de descendants ont droit à une réserve héréditaire (art. 807-2° CC); dans le même cas, les ascendants succèdent ab intestat à leurs petits-enfants (art. 935);

- Les enfants pendant toute sa vie ont le *devoir de respecter leurs parents* (art. 154.3. n° 2 CC); et par analogie aussi à leurs aïeuls qui par la Loi de 21 novembre 2003 ont le droit de maintenir des rapports personnels avec leurs petits-enfants;

Tout ce qui est dit à l'égard des enfants matrimoniaux on les applique aussi aux enfants nés hors mariage quand leur filiation est reconnue par leurs parents.

À mon avis tout cela est déjà prévu à l'art. 8.1 de la Convention (le mineur a le droit à conserver les rapports familiaux sans intrusion illicite).

Est-ce qu'on a déclarée d'autres droits des mineurs dans la Convention de 1989? Évidemment le répertoire des droits des mineurs est plus étendu que celui qui est prévu dans le questionnaire. En tout cas il faut féliciter Mme la Rapporteur pour en avoir choisi des points très chauds dans la doctrine et la praxis de plusieurs pays du monde. Bien sûr que d'autres questions telles comme les enfants-soldiers, ou le travail forcé des mineurs, ou bien le régime d'esclavage ou quasi- maintenu dans certaines régions de l'Afrique, ou le tourisme international combiné avec la prostitution des mineurs organisée dans certains régions d'Asie, soulevée encore l'émotion et la proteste indignée des juristes un peu partout dans le monde.

Pour ma part je me permets d'ajouter le thème de *la garde partagée des enfants en cas de crise de la couple*. Depuis longtemps la recherche sociologique et psychologique (et aussi le cinéma) nous montre que les enfants mineurs sont les victimes immédiates de la rupture du foyer, même si les lois s'efforcent de déclarer que "la séparation, la nullité et le divorce n'exemptent pas leurs parents de l'accomplissement de ses obligations par rapport à leurs enfants" (art. 92.1 CC). Dans la pratique des pays occidentaux normalement la loi ne prévoit pas que les enfants puissent participer à la procédure du divorce, par exemple, pour s'opposer à celui-ci (en fait on a constaté que certains enfants du divorce pensent toujours obsédés à leur propre responsabilité pour la rupture de son foyer); en fait, selon le droit en vigueur, seulement les enfants sont entendus dans le procès matrimonial pour que le juge puisse mieux attribuer sa garde à l'un ou l'autre des parents. Habituellement les tribunaux espagnols en avaient attribuée la garde des enfants à la mère dans le 90% environ des litiges. Maintenant la loi a été réformée en 2005 admettant la garde partagée sous certaines conditions. Les tribunaux ont réagi timidement face à la réforme, et le pourcentage de cas de celle-ci a augmenté jusqu'à le 12 ou 13 %. La solution c'est pas simple et beaucoup des conditions y sont nécessaires pour que la

garde partagée soit-elle efficace. Est-ce que ce thème on pourrait l'examiner et discuter comparativement? Si l'intérêt de l'enfant devrait en avoir la primauté sur tous les intervenants dans la rupture de la vie en commun, pourquoi pas on ne le tient compte plus amplement dans la procédure en cas de crise du foyer à l'intérieur duquel il est né et où il s'élève?

ISTITUTI CIVILISTICI E NOMOFILACHIA
DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA
NELLA COMPLESSITÀ DEL VIGENTE ORDINAMENTO EUROPEO

PRIVATE LAW AND “NOMOFILACHIA”
OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION WITHIN THE
COMPLEXITY OF EUROPEAN LEGAL SYSTEM

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 433-444.

Fecha entrega: 20/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

FRANCESCO LONGOBUCCO
Ricercatore confermato di Diritto privato
Università degli Studi Roma Tre
francesco.longobucco@uniroma3.it

RESUMEN: Il saggio analizza le fisionomie assunte negli ultimi anni da taluni istituti civilistici nel quadro di una rinnovata concezione del giudizio nomofilattico. La Corte di Cassazione italiana tende infatti a plasmare il diritto privato – nel momento dell’applicazione normativa (c.d. diritto vivente) – sulla base di un’interpretazione coordinata della Costituzione con le regole e i principi rinvenibili nel diritto comunitario, dunque in un sistema normativo unitario e integrato delle fonti nazionali e di quelle sovranazionali. Ne discende un’evoluzione della nomofilachia (richiamata dall’art. 65 ord. giud.) la quale – pur muovendo dall’idea tradizionale di “certezza del diritto” – si identifica sempre più spesso con una certezza “relativa” e “aperta al cambiamento” in ragione di un processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi, non collidenti ma promozionali, del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, in un contesto dunque marcatamente di diritto comune europeo. Non a caso l’arricchimento della funzione esegetica della Cassazione ha via via riguardato tutta la materia della cittadinanza sociale, dei diritti del lavoro, dei rapporti dell’individuo con lo Stato e dei diritti della persona.

ABSTRACT: The paper analyzes the impact of the modern “nomofilachia” of the Italian Court of Cassation above the institutions of Private Law. Court’s application of domestic rules in the field of Private Law (so called “diritto vivente”) is in fact based on a coordinated interpretation of the Italian Constitution and Law with the European rules and principles within a complex legal system made of national and international sources. So that the current model of “nomofilachia” (article 65 ord. giud.) is inspired by a new idea of legal certainty. This certainty is no more absolute but only “relative” and “open-ended” because of the attitude of the Italian Courts (and of the same Court of Cassation) to make the national rights and the constitutional principles conform to the Treaty of Lisbon and to the Charter of Nice, in a context of common European Law. Significantly the activity of the Italian Court of Cassation has gradually covered the whole subject of social citizenship, labor rights, the relations of the individual with the State and the rights of individuals.

PALABRAS CLAVE: Corte di Cassazione; Nomofilachia; Complessità dell’ordinamento; Interpretazione del diritto privato; Certezza del diritto; Relatività e cambiamento; principi di diritto comune europeo.

KEY WORDS: Court of Cassation; “Nomofilachia”; Complexity of the current legal system; Interpretation of Private Law; Legal Certainty; Relativity and Changeament; Principle of European Common Law.

1. Recentemente la nostra Corte di Cassazione è tornata a giudicare in merito ad un caso di responsabilità civile per c.d. demansionamento professionale illegittimo [Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, *Foro it.* (2010), I, c. 1145 ss. (da cui è tratto il testo successivamente citato). La pronuncia può leggersi altresì in PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G. (a cura di): *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*. Napoli (2012), p. 75 ss., con commento di LONGOBUCCO, F.: *Nomofilachia e principi di diritto comune europeo*]: la novità è che questa volta il giudizio è condotto con approccio all'istituto della responsabilità civile in chiave di interpretazione italo-comunitaria delle fonti normative e con inevitabili ricadute sulla stessa concezione della nomofilachia in rapporto al danno non patrimoniale e, più in generale, agli istituti civilistici.

A venire in rilievo, nel caso concreto, è la lesione dell'identità e dignità professionale di un medico ospedaliero, provocata dal prolungato e ingiustificato demansionamento ad opera del primario, che dà luogo a un danno ingiusto di natura non patrimoniale. Il chirurgo aveva citato in giudizio il primario, suo superiore diretto, contestandogli atti vessatori continuati che lo avevano relegato ai margini dell'attività di reparto e costretto a ricorrere in via giurisdizionale per «distruzione dell'immagine professionale e dell'avviamento della clientela»; il primario, dal canto suo, sosteneva di avere soltanto esercitato i poteri di vigilanza connessi alla sua funzione. Sia in primo sia in secondo grado i giudici avevano affermato l'esistenza del danno patrimoniale, sebbene con una notevole riduzione in appello del *quantum*, motivata dal mancato riconoscimento del demansionamento (che sarebbe stato imputabile soltanto al datore di lavoro-azienda sanitaria) e dalla negazione del lucro cessante (per la riduzione dell'attività *extra moenia*).

Secondo la Cassazione, però, così facendo, il giudice di appello ha realizzato un'errata applicazione dell'istituto della responsabilità aquiliana, il quale non delinea una distinta causa di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali. «In buona sostanza il dottor E. [– scrive il Relatore –] ha inteso tutelare una posizione di diritto soggettivo, costituzionalmente protetta, in relazione ad una attività professionale altamente qualificata». La condotta tenuta dal primario è stata dunque giudicata altamente lesiva, giacché preordinata alla distruzione della dignità personale, dell'immagine professionale e delle stesse possibilità di lavoro del medico, con lesione «immediata e diretta dei diritti inviolabili del lavoratore professionista». Quindi «l'ingiustizia del danno deriva dalla lesione della sua identità e dignità professionale. Ed è stata correttamente chiesta sotto l'aspetto del danno non patrimoniale, in relazione alla gravità dell'offesa e alla serietà del pregiudizio».

La Corte di legittimità in conclusione, rifacendosi ad un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, ha affermato il carattere civilmente illecito della condotta del primario che, nell'esercizio formale dei poteri di controllo e di

vigilanza del reparto, estrometta di fatto l'aiuto anziano da ogni attività proficua di collaborazione, impedendogli l'esercizio delle mansioni alle quali era addetto.

2. L'argomentazione sviluppata dalla pronuncia in parola si appunta su un'interpretazione coordinata delle norme costituzionali con le regole e i principi rinvenibili nel diritto comunitario in un sistema normativo unitario e integrato delle fonti nazionali e di quelle sovranazionali. La sentenza, pertanto, si rivela particolarmente interessante per il richiamo esplicito alla filonomachia della Cassazione, intesa come processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi, non collidenti ma promozionali, del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, in un contesto dunque di *diritto comune europeo*.

La decisione rappresenta in definitiva un chiaro esempio di interpretazione conforme ai principi comuni dell'ordinamento italo-comunitario, la quale implica una diretta ricaduta sulla conformazione degli stessi istituti interni del diritto civile (nella specie, quello della responsabilità aquiliana). Si che essa si colloca nel solco di un'attività interpretativa che vede sempre più spesso i giudici interni plasmare gli istituti di diritto civile alla luce delle pronunce giurisprudenziali europee.

Si pensi – *per incidens* – al tema del risarcimento del danno “*da adempimento del contratto*” [la problematica è ben inquadrata da DI MAJO, A.: “Il risarcimento da adempimento del contratto”, *Eur. dir. priv.* (2002), p. 794], nel contesto dei rapporti tra diritto dei contratti e mercato (caso *Courage e Manfredi*), ovvero al problema del decorrenza del *dies a quo* secondo ragionevolezza con riguardo alla prescrizione dei danni c.d. lungolatenti, oggetto di analisi di numerose sentenze della Corte di Giustizia [sia consentito il rinvio a LONGOBUCCO, F.: “La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell'istituto”, *I Contratti* (2012), spec. p. 953 ss. Già BONA, M.: “Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della “ragionevolezza””, *Resp. civ. prev.* (2007), p. 1733 ss.].

Sotto ulteriore profilo, nella pronuncia in esame, si specifica che il presidio del rispetto della corretta applicazione della *legge* – espressamente attribuito dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) all'organo di vertice della Corte di Cassazione – non può intendersi più nell'attuale sistema normativo relegato esclusivamente alle norme meramente interne, ma inevitabilmente anche ai principi comunitari ad esse conformi. Si sottolineano così, in maniera innovativa, i profili evolutivi della funzione nomofilattica, proponendosi dunque una rinnovata interpretazione dell'art. 65 ord. giud.

3. La Corte di Cassazione – nel giudicare su un caso di grande impatto sociale come quello del c.d. *mobbing* lavoristico, inteso come un insieme di condotte esplicitamente dirette a ledere la dignità e la professionalità del lavoratore e che legittimano il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della vittima pregiudicata – sottolinea dunque il ruolo centrale della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione

Europea (con la sua attuale vincolatività nella gerarchia delle fonti comunitarie), poiché si è di fronte a questioni che attengono al patrimonio costituzionale degli Stati membri, del quale la Carta richiamata si pone, senza dubbio, al vertice.

Al fine di dare corpo a tale tesi, la Corte ricorda che, in seno alla filonomachia della stessa Cassazione, è attualmente ricompresa anche l'attività di conformazione dell'universo dei diritti fondamentali, enucleabili dalle leggi ordinarie e dalla Costituzione, ai principi del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza. Ciò si realizza attraverso un attento esame filologico, nel contesto della pronuncia indietro ricordata, dei principi promozionali del Trattato e della Carta. Sì che l'art. 1 della Carta di Nizza si prospetta non già come un paradigma astratto, bensì alla stregua di un indice di misura del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali rivendicati dal ricorrente, in relazione alla condotta mobbizzante attuata in suo pregiudizio. In forza di quanto osservato, il lavoro del professionista rientra negli ambiti degli artt. 1, 3, comma 2, 4 e 35, comma 1, cost., secondo le teorie organicistiche e laburistiche anche europee [cfr. art. 15, comma 1 della Carta di Nizza, recepita dal Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) con lo stesso valore del Trattato sulla Unione, e diritto vigente anche per l'Italia], e pone il lavoratore professionista in uno *status* costituzionalmente protetto, per le connotazioni essenziali e le condizioni di qualificazione e dignità della professione. In altri termini, si tratta di una posizione soggettiva costituzionalmente protetta [nella sentenza si trova dunque un puntuale riferimento al diritto alla dignità morale e alla Carta di Nizza e al Trattato di Lisbona per quanto concerne il catalogo completo dei diritti umani. I giudici del rinvio – nel riesaminare la questione del medico ricorrente – dovranno pertanto ispirarsi anche ai principi dell'art. 1 della Carta di Nizza, che regola il valore della dignità umana (inclusa anche la dignità professionale) ed all'art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà].

La pronuncia sul *mobbing* non rimane peraltro isolata. Può porsi mente, nella stessa prospettiva d'analisi, anche ad un'ulteriore sentenza di legittimità emessa dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (Cass., 10 marzo 2010, n. 5770), la quale ha ribadito che: “al fine della liquidazione del danno non patrimoniale, è appena il caso di ricordare che nella quantificazione del danno morale, la valutazione di tale voce di danno, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, pur esso attinente ad un diritto inviolabile della persona ovvero all'integrità morale, quale massima espressione della dignità umana, *desumibile dall'art. 2 cost. in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130*, deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto, senza che possa quantificarsi il valore dell'integrità morale come una quota minore proporzionale al danno alla salute, dovendo dunque escludersi l'adozione di meccanismi semplificativi di liquidazione di tipo automatico”. Ne discende che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha rafforzato il valore assoluto del diritto all'integrità morale.

Per converso, la Corte di Cassazione ha stabilito che il tempo libero, diversamente da quello impiegato per il lavoro, non costituisce, di per sé, un diritto fondamentale della personalità tutelato a livello costituzionale (artt. 2 e 3 cost.) e sovranazionale (dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, ovvero dalla *Carta di Nizza*, alla quale è assegnato lo stesso valore dei Trattati dell'Unione europea), giacché il suo esercizio è rimesso all'esclusiva autodeterminazione della persona, libera di scegliere come impiegarlo, così da differenziarsi profondamente dai diritti inviolabili dell'uomo che sono diritti irretrattabili, perché fondano la giuridica esistenza della persona sia dal punto di vista delle identità individuale sia della sua relazionalità sociale. Ne consegue che la lesione di un tale "immaginario" diritto non è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale (Cass., 27 aprile 2011, n. 9422).

In un'altra vicenda processuale la Corte di Cassazione ha ancora affermato che l'impignorabilità di un bene può essere rilevata anche di ufficio quando è posta per ragioni di interesse pubblico e perciò tramite norme imperative. Nel caso di specie, ha ritenuto la Corte che sussista un pubblico interesse, diretta manifestazione del criterio di solidarietà sociale posto a fondamento della tutela dell'art. 38 cost., a che il pensionato goda di un trattamento "adeguato alle esigenze di vita" e che tale pubblico interesse impone la compressione del diritto di terzi di soddisfare le proprie ragioni creditorie sul bene-pensione, sebbene non in maniera totale ed indiscriminata. La Corte così conclude: "l'esigenza pubblicistica è ancor più marcata, oggi, dall'interazione nell'ordinamento interno delle norme comunitarie, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, efficace dalla data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, prevede, al comma 3, dell'art. 34 (rubricato "sicurezza sociale e assistenza sociale"), che, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti" (Cass., 22 marzo 2011, n. 6548). Anche in quest'ultimo caso risulta evidente che la ratifica del Trattato di Lisbona, sebbene non abbia dato origine al diritto all'assistenza sociale, conferisce tuttavia al suo rispetto un'esigenza pubblicistica, prevalente sui diritti dei privati.

Emerge chiaramente come l'introduzione del Trattato di Lisbona e, con esso, il riconoscimento alla Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea dello stesso rango del Trattato assume un altissimo valore sul piano dei principi, ma comporta altresì rilevanti conseguenze pratiche in materia di tutela dei diritti umani, segnatamente dei diritti alla dignità e all'integrità morale, ai quali viene conferita sicura copertura costituzionale e dunque riconoscimento risarcitorio, nonché un valore preminente rispetto ad altri diritti come, per esempio, il diritto a vedere soddisfatte le proprie ragioni creditorie.

4. Le vicende esaminate implicano una revisione del concetto di filonomachia della Suprema Corte volta all'interpretazione uniforme delle norme giuridiche. Negli ultimi anni la tradizione nomofilattica della Corte di Cassazione ha infatti assunto

nuove sembianze, divenendo emblema del dialogo tra Corti, e della c.d. tutela multilivello, in funzione della ricerca di un parametro di conformità interpretativo nel rapporto tra norme nazionali e forme di tutela transnazionali dei diritti inviolabili nel contesto dell'ordinamento italo-comunitario delle fonti [sul tema v. ALPA, G.: "I principi generali nel diritto italiano e nel diritto comunitario", in PALAZZO, A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*. Napoli (2001), p. 177 ss., spec. p. 187 ss.; BRECCIA, U.: "Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive", in AA.VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I. Milano (1994), p. 121 ss.; VETTORI, G.: "Introduzione", in ID. (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*. Padova (1999), p. XVII ss.; LIPARI, N.: "Diritto privato e diritto privato europeo", *Riv. trim. dir. proc. civ.* (2000), p. 17; LODOLINI, P.R.: "Diritto comunitario e interpretazione del diritto interno", *Riv. crit. dir. priv.* (1997), p. 367 ss.; JOUSSEN, J.: "L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario", *ivi* (2001), p. 491 ss.].

A ben vedere oggi il potere nomofilattico della Corte di Cassazione si connota come un potere di valenza dinamica, che si nutre dell'evoluzione legislativa, ma anche dell'evoluzione sociale. Di conseguenza, oltre alla tradizionale funzione di certezza del diritto, oggi la nomofilachia dei giudici di legittimità investe espressamente il rapporto con gli ordinamenti sovranazionali e, segnatamente, gli esiti dell'interpretazione conforme rispetto alle relative discipline, in quanto frutto dell'esegesi delle Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo. La funzione di nomofilachia può, infatti, offrire un contributo estremamente rilevante nel delineare la portata degli obblighi di interpretazione "convenzionalmente" o "comunitariamente" conforme, prevenendo la formazione di situazioni di contrasto tra l'ordinamento interno e le norme "esterne", la cui definizione potrebbe risultare maggiormente problematica per la Corte Costituzionale [*Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, Rel. n. 87, Roma, 20 ottobre 2011, a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione. Sul principio (od obbligo) dell'interpretazione "conforme" al diritto comunitario v. PERLINGIERI, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, 5^a rist. Napoli (2004), p. 135 ss.; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* (1983), 3^a ed. Napoli (2006), spec. pp. 284 ss. e 592 ss.; PERLINGIERI, P. e FEMIA, P.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., con la collaborazione di L. Tullio. Napoli (2004), p. 183 ss.; LUMINOSO, A.: "L'interpretazione del diritto privato comunitario. Regole e tecniche", in *Diritto privato 2001-2002*, VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*. Padova (2003), p. 586 ss.; diffusamente sul tema: TRABUCCHI, A.: "Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria", *Riv. dir. civ.* (1993), p. 715; ID.: "Incidenza del diritto comunitario sul diritto interno in Italia", in RIZZO, V., (a cura di), *Diritto privato comunitario*, I, *Fonti, principi, obbligazioni e contratti*. Napoli (1997), p. 77 ss.; CHINÉ, G.: "Fonti interne e fonti comunitarie: criteri di risoluzione delle antinomie e tutela delle posizioni giuridiche soggettive di diritto comunitario", in LIPARI, N. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*. Napoli (2006), p. 209 ss.; SCALISI, V.: *Fonti - Teoria - Metodo, Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della postmodernità*. Milano (2012),

spec. p. 57 ss.]. Non a caso, anche in tempi passati, i due ordini della legalità, costituzionale ed ordinaria, hanno pacificamente convissuto attraverso il ricorso a complessi e raffinati strumenti di coordinamento [LUCIANI, M., “Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*. Napoli (2009), p. 418.].

5. A doversi pertanto ribadire è la forza promozionale, nella tutela della persona, non soltanto della nostra Carta costituzionale ma, come riconosciuto altresì dalla giurisprudenza in rassegna, anche degli stessi Trattati comunitari [PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 70 ss.].

Punto dirimente della questione è pertanto la struttura complessa e unitaria dell’ordinamento nazionale e comunitario, la quale orienta la stessa funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e l’interpretazione della disciplina interna. L’art. 65 ord. giud., che attribuisce alla Corte di Cassazione, nostro organo giurisdizionale di vertice, il compito di garantire “*l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*”, va dunque oggi riferito al sistema italo-comunitario delle fonti unitariamente inteso e nella sua complessità. In questa nuova prospettiva andranno coerentemente concepite le diverse funzioni della Cassazione individuate dal codice di rito: segnatamente la necessità del quesito di diritto a corredo dei motivi di ricorso (art. 366-*bis* c.p.c., poi abrogato proprio con l’introduzione dell’anzidetto art. 360-*bis* c.p.c.); l’ampliamento dei casi nei quali la Cassazione può enunciare un principio di diritto anche solo nell’interesse della legge (art. 363 c.p.c.); l’obbligo, per le sezioni semplici della Corte, di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto già da queste ultime enunciato (art. 374, comma 3, c.p.c.); la previsione secondo la quale la Corte enuncia il principio di diritto posto a base della propria decisione non solo quando cassa con rinvio la sentenza impugnata, ma sempre che provveda su un ricorso nel quale la parte abbia denunciato un errore di diritto del giudice di merito ed in ogni altro caso in cui risolva una questione di particolare importanza (art. 384, comma 1, c.p.c.).

Se dunque è vero, da un lato, che nell’attività di interpretazione – della norma sostanziale e delle regole processuali – si identifica la tradizionale funzione istituzionale del giudizio di Cassazione, dall’altro lato, occorre individuarne i contenuti e le finalità in un determinato momento storico. Il bisogno di una funzione di esegesi trae infatti origine dalla coesistenza di due diverse esigenze. La necessità di una stabilità delle decisioni, sottesa alla prospettiva nomofilattica formalizzata dal legislatore, riguarda la “*certezza del diritto*”, alla quale concorre l’interpretazione di una “*Corte regolatrice*”: questa certezza, nel contribuire alla attuazione del giusto processo (art. 111 cost.), ha una funzione processuale, dunque strumentale alla realizzazione della tutela sostanziale, essendo finalizzata, in particolare, alla coerente applicazione delle norme e quindi alla effettività dell’ordinamento (c.d. diritto applicato), ma è priva di contenuti sostanziali ed è

dunque “*neutra*” rispetto alla tutela dei diritti e sul piano assiologico. Nel contempo, il momento della interpretazione-applicazione richiede un’opera adeguatrice, in relazione alla variabilità delle situazioni che la norma scritta è destinata a disciplinare. Perciò, essendosi sempre più precisato che la certezza del diritto non significa immutabilità, la nomofilachia alla quale tende il giudice di legittimità viene intesa non come assoluta, ma come *relativa e aperta al cambiamento*. In tal modo la “*cultura del precedente*” si pone in una linea di evidente continuità con una concezione dialettica della nomofilachia: l’efficacia del precedente, non tanto come *auctoritas*, quanto come il risultato di una sintesi diretta a garantire alla collettività una stabilità “*relativa*” delle decisioni [v., sul punto, MORCAVALLO, U.: “Prefazione. Nomofilachia e tutela dei diritti: il compito di una Rassegna”, in Corte Suprema di Cassazione. Ufficio del Massimario, *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. La giurisprudenza delle Sezioni civili (2011)*, Roma gennaio 2012, p. I ss.]

Di questa sua più ampia funzione ermeneutica la Cassazione ha dimostrato di avere consapevolezza, anche nella giurisprudenza, definendo esplicitamente la propria opera interpretativa come diretta *a determinare la formazione di un diritto vivente in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall’originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal Legislatore* (cfr., su tale profilo, la recente Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144: risolvendo la questione di massima, di particolare importanza, relativa al se il sopravvenuto mutamento di esegesi della norma processuale di riferimento, che sia connotato dalla sua imprevedibilità, possa comportare la tardività di un ricorso altrimenti tempestivo alla stregua del diverso diritto vivente alla data della sua proposizione, le Sezioni Unite statuiscano che ove venga in rilievo un problema di tempestività dell’atto processuale – sussistente in base alla giurisprudenza *overruled*, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento della regola di riferimento –, il valore del giusto processo impone che sia esclusa l’operatività della preclusione derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa). La valorizzazione in tal senso della attività della Cassazione riesce a smentire in modo definitivo l’assunto secondo il quale l’interpretazione esatta della legge è oggettivamente conoscibile, e si riconnette ad una teoria dell’interpretazione come opera non meramente conoscitiva, ma di intermediazione fra l’astrattezza del testo di legge e l’attualità della sua applicazione. E nondimeno, pure in questa prospettiva di una nomofilachia solo relativa, l’interprete continua ad avere come unico riferimento la fonte legale, se pure “vivificata” mediante la giurisprudenza [SENESE, S.: “Funzione di legittimità e ruolo della nomofilachia”, *Foro it.* (1987), V, c. 256 ss.; CHIASSONI, P.: *La giurisprudenza civile (metodi d’interpretazione e tecniche argomentative)*. Milano (1999), p. 432 ss., ove si suggerisce la ricostruzione di una “concezione dialettica, o tendenziale, moderata” della nomofilachia in relazione all’impegno dei giudici di legittimità a perseguire gli obiettivi istituzionali in modi adeguati alla “pluralistica” realtà].

La ricerca di soluzioni adeguate ha così facilitato l’apertura culturale del giudice di legittimità verso orizzonti più vasti di quelli offerti dalla c.d. *giuridicità formale*, ma

Parricchimento della funzione esegetica ha riguardato via via tutta la materia della cittadinanza sociale, dei diritti del lavoro, dei rapporti dell'individuo con lo Stato e dei diritti della persona, soprattutto in coincidenza con l'intensificarsi dell'esperienza europea e con il fenomeno delle migrazioni di massa e la conseguente necessità di definire tutele giuridiche per i "non cittadini". È proprio nella materia dei diritti sociali e in quella dei diritti della persona che si registra un riconoscimento continuativo, e via via consolidato, di principi non direttamente rinvenibili nella norma, ma applicabili per la definizione della controversia; l'intervento esegetico del giudice di Cassazione, chiamato di volta in volta a individuare in quei principi la regola applicabile al caso concreto, ha determinato la formazione di un "sistema di principi", che vale talora come strumento di interpretazione della legge, ma altre volte fornisce di per sé la soluzione nella concreta fattispecie (MORCAVALLO, U.: "Prefazione", cit.). Si compie altresì, in tal guisa, un oggettivo avvicinamento alla elaborazione giurisprudenziale propria del sistema di *common law*, attraverso però il superamento delle insidie del realismo giuridico, idoneo, sì, a superare il puro formalismo normativo e a garantire la "effettività delle decisioni", ma spesso incapace di realizzare la "effettività sociale dei diritti".

In conclusione, pur senza ricercare una "idea" di giustizia, la Corte di Cassazione si pone oggi come una giurisdizione complessa, che utilizza *leggi, autonomia collettiva, Costituzione nazionale e patti internazionali* per la costruzione di un unico e composito "sistema di principi", volto alla tutela dei diritti. Emerge un'esigenza di *polifunzionalità del giudizio di legittimità* che rende la funzione dei giudici di legittimità altamente complessa e responsabile, come quella, d'altronde, di ogni interprete che voglia accostarsi alla legge. Ne discende la necessità per l'interprete di muoversi in un unico sistema normativo interno e comunitario, non già concependo in modo frazionato e dualistico, bensì integrato, la pluralità di norme italiane e europee ad ogni livello, con la conseguenza di dover rifondare in senso evolutivo la stessa teoria dell'interpretazione, poiché cambia il modo stesso di argomentare. Al controllo di costituzionalità delle norme, che impone al giurista di porsi sempre il quesito della legittimità costituzionale di qualsivoglia disposizione normativa, si aggiunge infatti il controllo di legittimità comunitaria delle disposizioni, la loro corretta applicazione nel rispetto della gerarchia delle fonti. I due controlli di legittimità hanno punti di contatto, sebbene due Corti distinte, Corte di giustizia e Corte costituzionale, siano deputate al controllo stesso [PERLINGIERI, P.: *La leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*. Napoli (2008), *passim*; TARTAGLIA POLCINI, A.: "Integrazione sistematica e assiologia dirimente nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia", in FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*. Napoli (2006), p. 421 ss.]. Non può sottacersi, peraltro, che i valori di riconoscimento dell'ordine costituzionale, dell'ordine comunitario, dell'ordine convenzionale e, più in generale, di quello internazionale, non sono sempre coincidenti, ma richiedono un'attività di armonizzazione talora assai complessa, anche se tendenzialmente finalizzata a salvaguardare le identità proprie di ciascuno dei sistemi normativi di riferimento in un ordinamento unitario di fonti, ma in ogni caso basato sulla diversità culturale

[PERLINGIERI, P.: *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., *passim*; ID.: “Riflessioni sul “diritto contrattuale europeo” tra fonti e tecniche legislative”, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*. Napoli (2003), p. 481 ss.; ID., “Il diritto privato europeo”, *ivi*, p. 492; v., anche e infine, HESSELINK, M.W., *La nuova cultura giuridica europea*, trad. it. Napoli (2005), p. 77 ss., il quale ricollega ad un approccio interpretativo antiformalistico uno dei fattori che contribuiscono a formare la nuova “identità giuridica europea” (*ivi*, p. 111 ss.)].

LA PROHIBICIÓN DEL USO DEL BURKA EN LUGARES PÚBLICOS. EL
ASUNTO S.A.S. CONTRA FRANCIA, SENTENCIA DEL TEDH DE 1 DE
JULIO DE 2014, REC. 43835/2011

THE BAN OF THE USE OF BURKA IN PUBLIC PLACES. JUDGMENT OF
THE ECHR OF JULY 1, 2014, REC. 43835/2011

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 445-452.

Fecha entrega: 22/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ROSA M^a. RAMÍREZ NAVALÓN
Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia
rosa.m.ramirez@uv.es

RESUMEN: El TEDH falla a favor de Francia al considerar que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos no vulnera ninguno de los derechos reconocidos por el Convenio. En esta contribución se expone el caso, se analizan los argumentos alegados por las partes y la conclusión adoptada por el Tribunal, para concluir con una valoración de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

PALABRAS CLAVE: velo integral, burka, *niqab*, libertad religiosa, derecho a la intimidad, igualdad de sexos, orden público, seguridad pública, protección de los derechos y libertades de los demás.

ABSTRACT: The TEDH ruled in favour of France by holding that the ban of wearing burka in public places does not violate any of the rights recognized by the convention. The case in this contribution is exposed, the arguments alleged by both sides are analysed as well as the court's conclusion, and finally, the juridical foundations of the case in the judgment are assessed.

KEY WORDS: burka, niqab, religious freedom, right to privacy, gender equality, public order, public security, protection of the rights and freedoms of others.

1. Planteamiento. El tema de la simbología religiosa y su utilización como modo de manifestar las propias creencias ha generado gran controversia social. Hoy asistimos a un escenario caracterizado por la globalización y los flujos migratorios. Este hecho ha originado que confluyan en un mismo espacio culturas y creencias diversas. Hoy hablamos de multiculturalidad para referirnos precisamente a este fenómeno, no exento de problemas. El uso de determinadas vestimentas, en función de las creencias y culturas, es precisamente uno de los temas conflictivos que ha generado varios pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El primer caso ante la jurisdicción de Estrasburgo sobre el uso de prendas se remonta al año 1978 y se refería al turbante que los varones pertenecientes a la religión sij deben usar (X c. Reino Unido, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 799277, 12 de julio 1978, en: *Decisions Reports* 14, 234).

La sentencia que analizamos se inserta en este contexto y tiene por objeto uno de los símbolos, en el ámbito de la vestimenta, que más controversia ha originado: el velo integral. Esta prenda se conoce con el nombre de burka o *niqab*, dependiendo de la forma que adopte (el burka es un hábito que cubre totalmente el cuerpo e incluye un tejido de malla a la altura del rostro, y que el *niqab* es un velo que cubre el rostro a excepción de los ojos).

El velo integral ha sido objeto de prohibición en determinados ámbitos, especialmente el escolar, hecho por el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) había tenido que pronunciarse en varias ocasiones (Dahlab c. Suiza, decisión sobre la admisibilidad de la solicitud n. 42393/98, 15 de febrero 2001; Leyla Sahin c. Turquía, sent. de 10 de noviembre de 2005, entre otras).

La particularidad del caso que nos ocupa respecto de los anteriores enjuiciados por el alto Tribunal se encuentra en que en esta ocasión la prohibición del uso del velo integral no se limita a un espacio determinado, sino que se refiere en general a los espacios públicos. Se enjuicia si la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, mediante la que se prohíbe el uso de prendas de vestir que oculten el rostro en lugares públicos, vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH, constituido en Gran Sala, ha fallado a favor de la ley francesa, distanciándose así del criterio sostenido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (resolución 1743 (2010) sobre el islam, el islamismo y la islamofobia en Europa).

2. El objeto de estudio: la Ley francesa 2010-1192, de 11 de octubre de 2010. La prohibición de la ley francesa se refiere de manera genérica a las prendas que se usen con intención de ocultar el rostro, aunque fue elaborada con la finalidad de erradicar de la sociedad francesa el uso del burka y del *niqab*. Prueba de ello son los estudios que precedieron a la ley y la Exposición de Motivos de la misma, en donde se

especifica claramente que los valores de la República francesa se ven cuestionados por el uso de estas prendas.

Según la Exposición de Motivos se considera que la utilización de este símbolo religioso mediante el que se oculta el rostro es contraria a las exigencias fundamentales de la convivencia en la sociedad francesa, a los valores republicanos de libertad, igualdad y fraternidad y no cumple con el requisito mínimo de civismo necesario para la relación social.

La ley, vigente desde el 11 de abril de 2011, establece la prohibición de portar una prenda con la intención de ocultar el rostro en los espacios públicos. A los efectos de dicha ley, se entienden por espacio público las vías públicas así como los lugares abiertos al público o que ofrecen un servicio público, es decir, cualquier lugar que no sea un domicilio particular o un lugar de culto. Se exceptúan los casos en los que la prenda está prescrita o autorizada por las disposiciones legislativas o reglamentarias, si está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de prácticas deportivas, fiestas o manifestaciones artísticas o tradicionales.

3. La demanda, cuestiones previas y fijación del objeto de la controversia. Contra la citada norma, una ciudadana francesa musulmana practicante, interpuso recurso ante el TEDH solicitando que no se diera publicidad a su nombre. En la demanda expone que usa el burka o el *niqab*, que nadie le obliga a ello y que lo hace de acuerdo con su fe, su cultura y a sus convicciones personales. Por ello, entiende que la prohibición de llevar un velo en espacios públicos con el fin de ocultar el rostro, establecida en la ley francesa le priva de la posibilidad de usar un velo integral, por lo que considera que existe una violación de los artículos 3, 8, 9, 10, y 11 del Convenio, tomados solos o en relación con el artículo 14 del Convenio.

El gobierno francés, antes de entrar a defender su postura, plantea varias excepciones previas: cuestiona la condición de víctima de la demandante, alega la falta de agotamiento de las vías de recursos internos y el abuso del derecho al recurso individual al estimar que la demandante actúa como un testaferrero y que la demanda es parte de la *actio popularis*. Las tres excepciones preliminares son rechazadas por el Tribunal.

El Tribunal también declara inadmisibile la demanda en lo concerniente a la vulneración de los arts. 3 y 11 del Convenio. El caso se centra, por lo tanto, en el análisis de la vulneración de los arts. 8, 9 y 10 del Convenio, solos o en relación con el art. 14. Es decir, si la prohibición establecida por la ley francesa vulnera el derecho a la vida privada, la libertad religiosa y la libertad de expresión, derechos que no puede ser objeto de más restricciones que las previstas por la ley y que constituyen medidas necesarias para salvaguardar la seguridad, la salud, el orden y la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

4. Las alegaciones de las partes. La demandante sostiene que la prohibición establecida en la ley vulneraría el derecho de las mujeres musulmanas a manifestar su fe y a vivirla en público. Señala que esta injerencia del Estado no cumple el criterio de la necesidad que deben suponer las restricciones al ejercicio de los derechos individuales amparados por el Convenio. Y, en lo referente al juicio de proporcionalidad de los intereses contrapuestos, considera que los derechos de las mujeres con velo se verían más gravemente lesionados frente al interés del público o de la sociedad francesa que desaprueba el uso del velo.

Por su parte, el Gobierno francés argumenta que, aunque la prohibición establecida en la ley impugnada limita el derecho a manifestar las propias creencias, persigue objetivos legítimos en una sociedad democrática y que la prohibición es necesaria para alcanzarlos. En primer lugar, responde a la necesidad de identificar a cualquier persona para evitar los atentados a la seguridad y para luchar contra el fraude de identidad. Además, con la prohibición se trataría de garantizar el respeto a los valores de la sociedad democrática, en concreto a los valores de la igualdad entre sexos, la dignidad de las personas y el respeto de los requisitos mínimos de una vida en sociedad.

5. Fundamentación y fallo del Tribunal. El Tribunal considera que el uso de las prendas de vestir, así como de peinados u otros símbolos religiosos o culturales están amparados por el derecho a la vida privada y por el derecho a manifestar las propias creencias (art. 8 y 9 del Convenio).

Recuerda que las restricciones que se realicen al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas deben reunir dos requisitos: que se lleven a cabo mediante ley (reserva de ley) -cuestión que garantiza la ley francesa impugnada-, y que el objeto de la restricción constituyan una medida necesaria para la protección del orden, la seguridad, la salud, la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás. Es decir, el Tribunal debe analizar si los motivos alegados por el Gobierno francés se encuentran dentro de los enumerados por la norma y si la restricción es necesaria en una sociedad democrática.

Tras la valoración de los objetivos alegados por el gobierno francés para legitimar la restricción, el Tribunal sólo admite uno: garantizar las exigencias mínimas de la vida en sociedad, y relaciona dicho motivo con el objetivo legítimo que constituye la “protección de los derechos y libertades de los demás”.

Rechaza que la limitación al uso del velo integral pueda basarse en la protección de la seguridad pública pues considera que no existe amenaza general y que el objetivo se hubiera conseguido con la obligación de mostrar el rostro y de identificarse cuando se prevea algún peligro.

También rechaza que la restricción se justifique sobre la base de la defensa de la igualdad o la dignidad humana. El Tribunal argumenta que el uso de estas prendas es defendido por las mujeres, como la demandante, en el ejercicio de su libertad y, por otra parte, destaca que contribuye al pluralismo y es expresión de la identidad cultural.

Tras valorar los objetivos alegados por el gobierno francés para justificar la restricción el Tribunal debe analizar si la misma es proporcionada en relación al fin perseguido. Para ello parte de una premisa: para Francia la cuestión de la aceptación o no del uso del velo integral en los espacios públicos es una opción social. Esta opción trata de defender una forma de interacción entre los individuos que constituya expresión del pluralismo inherente a la sociedad democrática.

En estos casos, el Tribunal considera que debe mostrar cierta reserva en el ejercicio de su control de convencionalidad. Recuerda que, cuando están en juego cuestiones de política general, procede conceder una especial importancia al papel de los poderes decisorios nacionales. En consecuencia, concluye que el Estado francés disponía, en este caso, de un alto margen de apreciación y que la prohibición “puede pasar por proporcional al objetivo perseguido”, es decir la preservación de las condiciones de la convivencia. El fallo, por lo tanto, es favorable al Gobierno francés al considerar el Tribunal que no ha existido violación del Convenio.

6. Conclusiones críticas. La legitimidad de la prohibición del burka en los espacios públicos ha sido avalada así por el Tribunal de Estrasburgo. Esta sentencia constituye un precedente para que otros países europeos lleven a cabo también dicha prohibición. Hasta la fecha sólo Francia y Bélgica han legislado al respecto; en España hubo un intento que no prosperó por ser una iniciativa municipal (sent. TS de 14 de febrero de 2013). Se trata por lo tanto, de un tema abierto, como lo demuestran las propuestas existentes también en otros países como Italia, Suiza y Países Bajos.

Por nuestra parte, pese a estar de acuerdo con el fallo alcanzado por el Tribunal, consideramos que la sentencia del TEDH que comentamos supone un peligroso precedente en la jurisprudencia europea relativa a los límites que pueden establecerse a los derechos y libertades públicas reconocidos por el Convenio.

En efecto, el Tribunal parte del hecho de que las decisiones en cuanto a la apariencia que uno desea mostrar en los espacios públicos y privado son la expresión de la personalidad de cada uno y de la vida privada, así como de la libertad religiosa (arts. 8 y 9). Las limitaciones a estos derechos deben estar prescritas por la ley e inspiradas en alguno de los objetivos establecidos en la normativa. La enumeración de esos objetivos está prevista en los citados artículos del Convenio. Esta enumeración es exhaustiva y debe ser interpretada de forma restrictiva ya que se trata de limitaciones en el ejercicio de un derecho fundamental.

De las razones alegadas por el Gobierno francés para justificar la restricción de estos derechos individuales, el Tribunal sólo considera uno: la necesidad de cumplir con los requisitos mínimos de la vida en la sociedad, requisitos mínimos de civismo necesario para la relación social. Y sobre este objetivo, al que incluye dentro de “la protección de los derechos y libertades de los demás”, es en el que se basa para considerar la restricción legítima. Es decir, se considera que vestir el burka supone una violación del derecho de la sociedad francesa a vivir en un espacio de socialización y convivencia.

No creo que “los requisitos mínimos de la vida en sociedad” sea una posible limitación de la libertad religiosa expresamente prevista en el art. 9, 2 del Convenio, ni que pueda deducirse de la protección de “los derechos y libertades de los demás”. El Tribunal se basa en un concepto ambiguo e indeterminado. Con esta argumentación el Tribunal está haciendo lo que previamente recordaba que no debía hacerse: interpretar en sentido extensivo o amplio las posibles limitaciones al ejercicio de los derechos individuales.

De esta forma el Tribunal está dando cabida como eventuales límites de los derechos consagrados en el Convenio a valores no contemplados en el mismo y que, además, son de difícil concreción, como señalan las dos magistradas disidentes, en su voto particular. Las consecuencias de realizar una interpretación extensiva de los límites que pueden establecerse a las libertades individuales supone quebrantar esas mismas libertades, fruto de una histórica lucha.

Existían otras vías argumentativas a favor de la legitimidad de la ley francesa que el Tribunal ha descartado y que, bajo mi punto de vista, serían más acertadas ya que no forzarían la interpretación de la norma, creando ese peligroso precedente al que nos referíamos.

En efecto, el primer motivo alegado por el gobierno francés fue la seguridad pública (previsto tanto en el art. 8 del Convenio, como en el art. 9). La prohibición del uso de prendas que oculten el rostro en lugares públicos está evidentemente ligada a la seguridad y el Tribunal la rechaza con la simpleza argumentativa de recurrir a la obligación de enseñar el rostro en caso de riesgo. Considero, no obstante, que la seguridad pública se defiende y protege también con la previsión y prohibición de ciertos actos potencialmente peligrosos. En ocasiones la solicitud de mostrar el rostro para identificarse, por parte de la autoridad, no es suficiente para evitar determinados peligros, sobre todo en la situación de alerta en la que nos encontramos actualmente ante las amenazas del denominado “Estado islámico”. En este sentido, recientemente, en España, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, ha elevado a la vicepresidenta del Gobierno un informe sobre la peligrosidad de la utilización del burka en Melilla y en Ceuta, tras haberse detectado el uso fraudulento de estas prendas por hombres para ocultar su identidad. Parece así que serios motivos de seguridad pública avalarían esta decisión.

Pensamos que la prohibición de la ley francesa estaría más claramente justificada sobre la base del orden público que sobre la protección de los derechos y libertades de los demás. El necesario cumplimiento de los requisitos mínimos de la vida en sociedad, motivo alegado por el Gobierno francés para justificar la restricción y avalado por el Tribunal, está más ligado al orden público. Téngase en cuenta que el concepto de orden público se deduce tanto de los derechos y libertades individuales, como del conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado. Alegar el orden público evitaría realizar una interpretación extensiva de los límites a la libertad de manifestar las propias creencias y los riesgos que conlleva.

En cuanto al juicio de proporcionalidad acerca de la medida adoptada en relación a su necesidad para alcanzar el fin, la sentencia menciona “el amplio margen de apreciación” que tienen los Estados para valorar las injerencias en el derecho de libertad religiosa u otros derechos fundamentales. Se reafirma así la línea de ampliación de los márgenes de discrecionalidad del Estado, abierta con el caso *Lautsi* y otros contra Italia (sent. TEDH nº 30814/06, de 18 de marzo de 2011). Creemos que esta apertura en la interpretación del margen de apreciación no deja de ser motivo de preocupación por la indeterminación jurídica que produce y la discrecionalidad que ofrece a los Estados.

En este caso, sin embargo, compartimos la valoración del Tribunal cuando considera que existen razones de peso para que los Estados, en uso de ese margen de apreciación, puedan adoptar medidas similares a las del gobierno francés, con el objetivo de preservar los principios y valores básicos sobre los que se sustenta el Estado democrático.

Bajo nuestra perspectiva, el uso del burka o del *niqab*, aunque sea una decisión personal, constituye una degradación de la mujer ya que la despersonaliza y le priva de su identidad, le impide relacionarse con la sociedad en condiciones de igualdad, la aparta y la condena al ostracismo social. En determinados países el uso de esta prenda está impuesto de forma obligatoria a las mujeres, a las que se relega y se les priva de los derechos fundamentales. Por otra parte, cada vez es más evidente que el uso del burka o del *niqab*, trasciende de lo privado y que se ha convertido en signo de identidad de Estados intolerantes en donde se vulneran sistemáticamente los derechos humanos, especialmente de las mujeres, de tal forma que admitirlo supondría aceptar la exclusión social, voluntariamente aceptada o no, de las mujeres que lo portan. Por ello resulta comprensible que su uso haya originado una importante polémica en la sociedad europea y, que, otros países tras la estela de Francia y Bélgica encuentren razones para prohibir, de manera generalizada, este símbolo religioso en los espacios públicos.

LA PECULIAR SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR ARAGONÉS MAYOR
DE CATORCE AÑOS

SPECIAL LEGAL SITUATION OF ARAGONESE CHILDREN ABOVE 14
YEAR

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 453-465.

Fecha entrega: 16/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora Acreditada a Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: Una de las singularidades del Derecho civil aragonés radica en la amplia capacidad de obrar de la que está dotado anticipadamente el menor mayor de catorce años. En efecto, haya sido o no emancipado, ya no está sujeto a representación legal, de tal manera que puede realizar por sí todo tipo de actos y contratos con la necesaria asistencia, en su caso.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad, catorce años, capacidad de obrar, asistencia.

ABSTRACT: One of the main special characters of the Civil Law of Aragon is the large ability to legally act recognized to children above 14 years, irrespective of him having been emancipated or not. Once reached that age, the child acts on his own, he's no more under the legal representation of his parents or tutors and only under special circumstances he is still in need of the approval of the latter ones.

KEY WORDS: Child, fourteen years, capacity to act, approval.

1. El menor aragonés mayor de catorce años goza de una situación jurídica singular en el Ordenamiento jurídico español, toda vez que se trata de un menor con capacidad anticipada o ampliada. Ello no es algo nuevo en Derecho aragonés, sino que responde a nuestra tradición jurídica, en concreto, trae causa del fuero *De contractibus minorum* de 1247. En cualquier caso, la capacidad a la que nos estamos refiriendo es la capacidad de obrar, no la capacidad jurídica, ya que ésta última - como es sabido- la tiene toda persona desde su nacimiento, siempre que cumpla los presupuestos del art. 30 CC.

De acuerdo con el art. 5.3 CDFA, el menor mayor de catorce años carece de representante legal, de tal manera que desde entonces actúa en el tráfico jurídico por sí solo, si bien necesita en la mayor parte de los actos jurídicos que se complemente su capacidad mediante la asistencia. No obstante, desde el momento en que sigue siendo menor de edad, sigue sujeto a la autoridad familiar -ya sea de sus padres o de personas distintas- o, en su defecto, a tutela, instituciones de protección que no se extinguen hasta la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación (art. 93.1.b. y art. 144.a. y b. CDFA).

Esta capacidad ampliada se traduce en que, de acuerdo con el art. 23.1 CDFA, “el menor de edad, cumplidos catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso”. En otras palabras, con asistencia el menor mayor de catorce años, ya haya sido emancipado (o no), puede realizar todo tipo de actos jurídicos, tanto de índole personal como de tipo patrimonial, incluidos los contratos y la comparecencia en juicio (art. 7.2 LEC).

En coherencia con lo anterior, el art. 34 CDFA sienta dos presunciones: se presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y que no ha sido incapacitada judicialmente, así como como su aptitud de entender y querer un acto concreto. En cualquier caso, dichas presunciones son *iuris tantum*, de tal manera que si se acredita esa falta de aptitud el acto será considerado inválido y, por tanto, podrá solicitarse su nulidad por el propio menor con asistencia (art. 37 CDFA).

2. Según prevé el art. 23.3 CDFA, la asistencia al menor mayor de catorce años no siempre es necesaria, de tal modo que el menor puede realizar por sí solo, sin complemento de capacidad alguno, ciertos actos jurídicos; en concreto, los que se enuncian a continuación:

A) *Solicitar en el RC la sustitución de su nombre propio por su equivalente en cualquiera de las lenguas propias en Aragón* (art. 25 CDFA); *o la alteración del orden de sus apellidos* (art. 57 CDFA).

B) *Administrar ciertos bienes*, en concreto los enumerados en el art. 26.2 CDFA:

a) *los bienes que adquiriera con su trabajo o industria*, esto es, como resultado de cualquier actividad productiva, incluido su salario siempre que sea mayor de dieciséis años, toda vez que ésta es la edad laboral (art. 6 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

b) *los bienes que sus padres u otra persona le haya confiado para que los administre, así como los rendimientos obtenidos con los mismos.*

c) *los bienes que haya adquirido a título gratuito cuando el disponente le haya atribuido su administración.* El CDFFA reconoce al disponente de bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, la facultad de organizar la gestión de los mismos. Así puede encomendar su administración al propio menor siempre que sea mayor de catorce años (art. 26.2) o nombrar un administrador (art. 97).

En cualquier caso, la excepción prevista en el art. 26.2 sólo se refiere a la administración de estas tres modalidades de bienes, no a su disposición que, en todo caso, requiere la debida asistencia por aplicación de la regla general del art. 23 CDFFA, en interpretación conjunta con el art. 9.1 del mismo texto legal. A tal respecto puede traerse a colación la STSJ de Aragón de 15 junio 2011 que calificó de acto de disposición el reintegro por el padre de un menor de diecisiete años del dinero depositado en una cuenta bancaria abierta a nombre de éste y de su abuelo, de lo que resulta que el padre no estaba facultado a efectuarlo, sino única y exclusivamente el propio menor, por corresponder en Aragón a los menores mayores de catorce años la disposición de sus bienes. De este modo, la entidad bancaria fue condenada a la restitución al menor del dinero retirado por su progenitor más los intereses.

C) *Aceptar una herencia* (art. 346.1 CDFFA). La repudiación, por el contrario, requiere asistencia, al tratarse de un acto dispositivo.

D) *Hacer testamento, salvo el ológrafo* (art. 408 CDFFA).

E) *Ser testigo en los testamentos* (art. 415.1.a. CDFFA).

F) Adicionalmente, en Derecho aragonés *todo menor con suficiente juicio, ya sea menor o mayor de catorce años, puede ejercer los derechos de la personalidad y llevar a cabo los actos y contratos propios de su vida corriente* (art. 7.1.a. y b. CDFFA).

a) *Ejercer los derechos de la personalidad.*

De acuerdo con el art. 12.2 CDFFA, el ejercicio de los derechos de la personalidad es personalísimo, sin que quepa la representación legal. Ahora bien, el hecho de que no sea posible la representación no significa que baste con la sola voluntad del menor para ejercer estos derechos o permitir la intromisión de terceros en los mismos. A

este respecto, el CDFA exige la intervención de los padres u otros guardadores y, en su defecto, la intervención judicial, con diferente alcance o intensidad, según el menor sea mayor (o no) de catorce años (art. 20 para el menor de menos de catorce años y art. 24 para el menor mayor de catorce años). Se trata de evitar así que vuelvan a suceder supuestos tan trágicos como el del *menor de Ballobar* (Huesca), un menor de trece años que falleció en 1994, como consecuencia de unas fuertes hemorragias provocadas por una caída de bicicleta, después de que sus progenitores y el propio niño se negaran a que se le realizase una transfusión de sangre, alegando motivos religiosos -eran testigos de Jehova-. La Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres (SAP de Huesca de 20 noviembre 1996), pero el Tribunal Supremo admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y dictó una nueva sentencia (STS de 17 junio 1997) en la que condenó a los progenitores por un delito de homicidio por omisión, con la atenuante de obcecación o estado pasional, por considerar que les correspondía “como titulares de la patria potestad, la salvaguardia de la salud del menor, de la cual eran garantes”. Los padres presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al entender que la sentencia del Tribunal Supremo violaba los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral. El Tribunal Constitucional en una sentencia muy polémica y cuestionable (STC 154/2002 de 18 julio) estimó el recurso de amparo y anuló la sentencia del Tribunal Supremo, por entender que la actuación de los padres “se halla amparada por el derecho a la libertad religiosa”, que fue vulnerado por la sentencia que les condenó.

Centrándonos en el menor mayor de catorce años, el art. 24.1 CDFA formula la regla general de que la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor que haya cumplido catorce años depende de su exclusiva voluntad. Por consiguiente, es el menor de catorce años el que decide si presta su consentimiento para hacerse un piercing o un tatuaje, para tomar la píldora del día después, para hacerse una operación de cirugía estética, para publicar su foto en una revista o para salir en un programa de televisión.

No obstante, esta regla general tiene ciertas matizaciones. Así, en lo que atañe al uso de la imagen de los menores en los medios de comunicación, debe tenerse en cuenta lo previsto específicamente en el art. 4 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, según el cual, la utilización de la imagen o nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, aún con el consentimiento del interesado, debe calificarse de ilegítima con las consecuencias legales que ello implica y determinará la intervención del Ministerio Fiscal, a fin de que adopte las medidas de protección que estime oportunas y solicite las indemnizaciones correspondientes.

Por añadidura, y en lo que hace al Derecho aragonés, según prevé el mismo art. 24.1.a. CDFA, el consentimiento del menor mayor de catorce años resulta insuficiente para legitimar la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad cuando su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad

física o psíquica, siendo necesaria en este caso la asistencia de uno de sus padres o tutor y, de no querer o poder prestarla éstos, de la Junta de Parientes o del Juez. En aplicación de esta regla, el menor mayor de catorce años requiere asistencia para:

a') *Otorgar un documento de voluntades anticipadas* (art. 15.3 Ley 6/2002 de Salud de Aragón y art. 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

b') *Rechazar de una intervención sanitaria, aunque ello pueda poner en peligro su vida* (arts. 8.1 y 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

c') *Prestar el consentimiento informado requerido legalmente para la toma de decisiones sanitarias relativas a su proceso de morir y de la muerte, así como, en su caso, la revocación del mismo* (arts. 7.3 y 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte). Según clarifica, el art. 5 de dicha Ley, se encuentran en tal proceso las “personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de pronóstico mortal, que se encuentran en situación terminal o de agonía”.

Tratándose de cualquier otra intervención en el ámbito de la salud, el consentimiento informado lo prestará el menor mayor de catorce años sin necesidad de asistencia, siempre que se encuentre preparado mental y emocionalmente para poder entender el alcance de aquélla o cuando haya sido emancipado (art. 14.1.c. Ley 6/2002 de Salud de Aragón).

Con todo, de esta regla de la necesaria asistencia para aquellos actos que pueden entrañar un grave riesgo para la vida o integridad se exceptúa la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que, por aplicación del art. 13 de la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva, basta con el consentimiento de la mujer siempre que sea mayor de dieciséis años. Acto seguido, el mismo precepto sólo impone a los facultativos el deber de informar de la decisión de la menor al menos a uno de sus progenitores siempre que sean titulares de la patria potestad -autoridad familiar en Aragón- o, en su caso, al tutor. Es más, se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. En el caso de prescindir de esta información, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de un trabajador social (art. 8 RD 825/2010).

En cualquier caso, según dispone el art. 24.1.b. CDFFA, en contra de la voluntad del menor mayor de catorce años, sólo será posible la intromisión en sus derechos de la personalidad con autorización judicial en interés de aquél. Pensemos p.e. en el caso

de menor que se niega a una transfusión sanguínea o a una quimioterapia; en este caso corresponderá al Juez autorizar dicha intervención médica en atención al interés del menor, bien de oficio, bien a solicitud de los propios parientes del menor, del facultativo que lo atienda o, en general, de cualquier persona interesada. Constituye una aplicación específica de esta regla el art. 36 CDFA que supedita el internamiento forzoso en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad a la correspondiente autorización judicial.

Finalmente, para el supuesto de que el menor no esté en condiciones de decidir la actuación de los terceros, sólo será posible la intromisión cuando lo exija su interés, apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez (art. 24.2 CDFA y art. 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir). Pensemos en el caso de una intervención médica y que el menor no pueda consentir porque está inconsciente; en su interés podrá decidir uno de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, el tutor; y si ellos consideran que no hay que llevar a cabo la intervención, en última instancia decidirá el Juez.

Obviamente, el consentimiento del menor no será suficiente, ni aun con asistencia, cuando se le exija legalmente tener dieciocho años para llevar a cabo ciertos actos concernientes a sus derechos de la personalidad, tales como:

a) *Ser donante vivo de órganos* (art. 4 Ley 30/1079 sobre extracción y trasplante de órganos). Tras la muerte, todos somos considerados donantes si no consta nuestra oposición expresa en vida (art. 5 Ley 30/1079 sobre extracción y trasplante de órganos). Sin embargo, esa expresión puede haber sido formulada de diferentes modos, lo que obliga a interpelar a familiares o allegados sobre la voluntad del fallecido respecto a la donación. En la práctica siempre se respeta la decisión de la familia.

b) *Participar en las técnicas de reproducción asistida, como donante o receptora de gametos* (arts. 5 y 6 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida).

c) *Someterse a cirugía transexual* (art. 156 Cp.).

b) Asimismo, el menor con suficiente juicio puede *otorgar los actos y contratos propios de su vida corriente que sean acordes con los usos sociales*. Dicha previsión, a todas luces, lógica, afecta a un sinnúmero de contratos que todos los menores hacen diariamente y que nadie cuestiona su validez, contratos con trascendencia económica creciente conforme se va incrementando su edad y, por ende, su capacidad natural de querer y entender (p.ej. compra de chucherías, títulos de transporte, libros, ropa, música, material deportivo, material informático o móviles). De cualquier modo, la capacidad del menor para realizar válidamente dichos actos se supedita a que éstos reúnan tres caracteres, a saber: 1. que sean propios de la vida corriente del menor; 2. que sean

comprensibles para el menor, según su capacidad natural; y 3. que sean admitidos según los usos sociales. Se adopta así expresamente respecto del Derecho aragonés la solución adoptada por la jurisprudencia en materia de capacidad para contratar de los menores sujetos al Código civil.

3. Finalmente, hay una serie de actos jurídicos que el menor mayor de catorce años no puede realizar por si con o sin asistencia, toda vez que el CDFa exige la mayoría edad; entre otros:

A) *Otorgar un documento de autotutela o un mandato de autoprotección* (arts. 108 y 109 CDFa).

B) *Formar parte de la Junta de Parientes* (art. 172 CDFa).

C) *Constituir una pareja estable no casada* (art. 303 CDFa), lo que no deja de ser un contrasentido, desde el momento en que el Código civil (arts. 46 y 48.2) permite el matrimonio a los menores emancipados e incluso permite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años.

D) *Otorgar pacto sucesorio* (art. 378 CDFa).

E) *Hacer testamento ológrafo* (art. 408.2 CDFa).

F) *Ser fiduciario* (art. 440.1 CDFa).

4. La asistencia a la que el Derecho aragonés supedita, como regla, la validez de la actuación jurídica del menor mayor de catorce años debe entenderse en el sentido de asentimiento o aprobación del acto realizado por el menor. De cualquier modo, conforme al art. 27.1 CDFa, exige conocer el acto que el menor se propone realizar y considerarlo conforme a sus intereses. Puede ser expresa o tácita. La asistencia expresa no requiere forma determinada, pudiendo constar tanto en documento público o privado. La asistencia tácita puede deducirse de la mera presencia en el acto sin manifestar oposición (art. 27.2). En ningún caso puede prestarse de forma genérica o en abstracto, sino, en principio, de modo individualizado para cada acto en concreto. No obstante, excepcionalmente el CDFa permite que se preste asistencia para una pluralidad de actos, siempre que sean de la misma naturaleza o se refieran una misma actividad, empresa, explotación económica o sociedad (art. 27.3).

El acto otorgado sin la debida asistencia es anulable, de tal modo que tanto el llamado a prestar la asistencia omitida como el propio menor -con asistencia- podrán solicitar su invalidación, mientras no lo confirmen. En cualquier caso, la acción de anulabilidad está sujeta a plazo de prescripción, diferente según quien la

ejercite. En concreto, el llamado a prestarla puede ejercitarla desde que el menor efectuó el acto sin su asistencia hasta que éste alcance la mayoría de edad o, en su caso, sea emancipado. Por su parte, el propio menor tiene un plazo de cuatro años a contar desde su mayoría de edad o, en su caso, emancipación (art. 29 CDFa).

En orden a las personas que deben prestar la asistencia, el art. 23 CDFa dispone que para aquellos actos que sea necesario, corresponde prestar asistencia “a uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, al tutor. La imposibilidad de prestar asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez”. Esta previsión merece alguna aclaración adicional, distinguiendo a tal efecto entre las hipótesis que se enuncian a continuación.

En caso de que ambos progenitores sean titulares y tengan el ejercicio de la autoridad familiar: la asistencia podrá ser prestada por cualquiera de ellos indistintamente, lo que resulta coherente con la regla del ejercicio separado o conjunto de la autoridad familiar a que se refiere el art. 71 CDFa.

Si el ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los progenitores (bien porque así lo haya decidido el Juez a consecuencia p.e. de las divergencias reiteradas entre los progenitores en el ejercicio de la autoridad familiar o en una situación de ruptura de convivencia, bien como consecuencia de la exclusión *ex* art. 61 CDFa, privación *ex* art. 90 CDFa, suspensión *ex* art. 91 CDFa o extinción *ex* art. 93 CDFa de la autoridad familiar del otro): sólo al progenitor ejercitante de la autoridad familiar corresponderá prestar la debida asistencia.

Para el supuesto de que el ejercicio de la autoridad familiar corresponda a personas distintas de los padres (padrastra/madrastra, abuelos o hermanos mayores *ex* arts. 85 a 87 CDFa): aunque esta hipótesis no se encuentra contemplada expresamente el art. 23 CDFa, cabe entender que si el acto para el que el menor requiere asistencia es de tipo personal, serán estos titulares de la autoridad familiar distintos de los padres los que deban prestar la debida asistencia, desde el momento en que ejercen la autoridad familiar con el mismo contenido que los padres. En cambio, si el acto para que el menor requiere asistencia es de tipo patrimonial, la asistencia no podrán prestarla los titulares de la autoridad familiar -dado que, a diferencia de los padres, no les corresponde la gestión del patrimonio del menor- sino a su tutor real (arts. 88.3 y 134 CDFa).

Para aquellos menores no sujetos a autoridad familiar de sus padres ni de persona distinta: la asistencia deberá prestarla su tutor (art. 130.1.a. CDFa).

Singularmente, respecto de aquellos bienes adquiridos por el menor a título gratuito respecto de los cuales el disponente haya nombrado un administrador *ad hoc* -el administrador voluntario-: aunque el supuesto carece de regulación expresa, parece que la asistencia deberá ser prestada por éste respecto de aquellos actos de gestión sobre dichos bienes que pretenda efectuar el menor (art. 107 CDFa).

Finalmente, sólo en caso de que las personas indicadas -ya sean los padres, los titulares de la autoridad familiar distintos a los padres, el tutor o el administrador voluntario- no puedan o -entiendo- no quieran prestar la debida asistencia: el menor podrá solicitarla alternativamente a la Junta de Parientes o al Juez (art. 23.2 CDFa).

Respecto a la Junta de Parientes interesa clarificar que, tal como se configura en Derecho aragonés, es un órgano familiar que puede participar en decisiones familiares y sucesorias importantes -siempre que no estén sujetas a norma imperativa *ex* art. 170 CDFa- como alternativa a la intervención judicial. Puede ser llamada a intervenir por la ley -como sucede en el caso del art. 23.2 aquí contemplado-, pero también por la voluntad de los particulares o por la costumbre (art. 170 CDFa). De efectuarse su llamamiento por ley -como aquí sucede-, la Junta se integra por los dos más próximos parientes del interesado -mayores de edad, plenamente capaces e idóneos *ex* art. 173 CDFa-, uno por cada línea familiar (art. 172.1 CDFa). Como regla general, la Junta se constituye bajo fe notarial, de tal manera que el Notario elevará a escritura el acuerdo de sus miembros, siempre que se encuentren todos presentes y decidan por unanimidad (art. 174 CDFa). Cuando ello no sea posible, su constitución corresponde al Juez en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 175.1 CDFa). En cualquier caso, sus acuerdos deben adoptarse por unanimidad, previa deliberación conjunta por sus miembros (art. 175.3 CDFa). En caso de falta de acuerdo de la Junta de Parientes, se acudiría, según los casos, a la decisión del juez o del defensor judicial nombrado a tal efecto (art. 181 CDFa). En orden a su eficacia, los acuerdos de la Junta de Parientes tienen la fuerza de obligar de un contrato, Por añadidura, se prohíbe como regla someter a otro órgano de decisión -ya sea el Juez o el defensor judicial, según los casos- el mismo asunto objeto de decisión por la Junta, aunque se prevea su intervención alternativa o subsidiaria. Sólo cuando con posterioridad a la decisión de la Junta ocurra o se conozca un hecho relevante para la resolución del asunto, podrá ser sometido nuevamente a decisión judicial o de la propia Junta (art. 178.3 y 4 CDFa).

5. El régimen jurídico del menor mayor de catorce años se cierra con un precepto, el art. 28.1 CDFa, dirigido a resolver aquellos supuestos en que se existan oposición de intereses entre el menor y quienes deben prestarle asistencia en algún asunto concreto.

En primer lugar, el art. 28.1.a. dispone que si el conflicto de interés se plantea entre el menor y uno sólo de sus progenitores o tutores -entiéndase en el caso de que ambos progenitores tengan el ejercicio de la autoridad familiar o, subsidiariamente, el menor esté sujeto a cotutela), la asistencia será prestada por el otro progenitor o tutor. Pensemos p.ej. en el caso de una partición de herencia en la que concurren como herederos tanto el menor como uno de sus progenitores (Resolución DGRN de 23 mayo 2012: no en toda partición hereditaria en que intervenga un menor y su progenitor existe conflicto de intereses, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas del caso. La oposición de intereses ha de ser real, sin que

pueda extenderse a posibles perjuicios no acreditados ni a perjuicios futuros e hipotéticos). Pese al silencio del legislador en este punto, entiendo que esta regla es, asimismo, aplicable cuando sean titulares de la autoridad familiar personas distintas de los padres y, en particular los abuelos *ex art. 86 CDFA*.

Para el caso de que el conflicto de interés se plantee entre el menor y ambos padres o tutores -entiéndase, asimismo, en el caso de que ambos progenitores tengan el ejercicio de la autoridad familiar o, subsidiariamente, el menor esté sujeto a cotutela, el art. 28.1.b. prevé que la asistencia será prestada por la Junta de Parientes o un defensor judicial nombrado a tal objeto por el Juez atendiendo a su idoneidad para el cargo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 154 CDFA. Pensemos p.ej. en el caso de liquidación de consorcio conyugal de los padres del menor por muerte de uno de ellos en la que concurren el menor en su condición de heredero del progenitor fallecido y, de otra, el progenitor viudo en su condición de partícipe del consorcio conyugal (Resolución DGRN de 2 agosto 2012: en la liquidación de gananciales habría conflicto de intereses si la ganancialidad de los bienes no fuera indubitada o derivara de manifestación unilateral del fallecido, pero no en el caso de que el carácter de ganancial del bien fuera indubitado).

La misma solución -esto es, la asistencia de la Junta de Parientes o del defensor judicial- se adopta para el supuesto de que el conflicto de interés surja entre el único progenitor titular de la autoridad familiar o el único tutor. E igualmente, pese al silencio del legislador en este punto, cuando el conflicto de interés se plantee bien entre el menor y los dos abuelos titulares de la autoridad familiar bien entre el menor y el único titular de la autoridad familiar diferente a los padres (por este orden, el padrastro/madrastra, el abuelo o el hermano mayor). Interesa aclarar a este respecto que el CDFA atribuye preferentemente la autoridad familiar a los abuelos de la rama que mejor relación tengan con el menor y cuando éstos vivan separados, al que más se ocupe del nieto y, subsidiariamente, al más joven (art. 86 CDFA). Cuando la autoridad familiar corresponda a los hermanos mayores, en defecto de padrastro/madrastra y abuelos, tendrá preferencia el que mejor relación tenga con el menor y subsidiariamente al de mayor edad (art. 87 CDFA).

Finalmente, el art. 28.1.c. dispone que si el conflicto de interés se plantea entre el menor y el administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres -se entiende, siempre que tengan atribuida la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar- o, en su defecto, por el tutor.

Adicionalmente, el mismo precepto en su apartado 2º contempla el supuesto de oposición de intereses en algún asunto concreto entre varios menores que deban ser asistidos por una misma persona -ya sea uno de sus progenitores, tutor o administrador voluntario-, disponiendo en tal caso el nombramiento a cada uno de ellos de un defensor judicial.

LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS PARA LOS ABUELOS EN
LA LEGISLACIÓN CHILENA

REGULATION OF THE RIGHT OF VISITS FOR GRANDPARENTS UNDER
CHILEAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 465-476.

Fecha entrega: 12/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

CRISTIÁN LEPIN MOLINA
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
Director (S) de la Escuela de Postgrado de la misma Universidad
clepin@derecho.uchile.cl

RESUMEN: En este trabajo se analizan las modificaciones introducidas en el Derecho chileno en materia de Derecho de Visitas (o de “Relación Directa y Regular”), por la Ley N° 20.680. En específico, se revisa críticamente una de sus principales innovaciones, cual es la incorporación de la posibilidad que se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos, regulada en el nuevo artículo 229-2 del Código Civil. Analizadas las características de esta nueva disposición, se estima que pese a ser un avance respecto de la situación anterior, todavía falta una regulación orgánica, pues el legislador establece de forma muy básica este derecho a favor de los abuelos. Por ejemplo, no queda claro si ellos son titulares o no del derecho a mantener contacto con sus nietos.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Visitas, abuelos, nietos, Derecho de Familia, Ley N° 20.680.

ABSTRACT: This paper analyzes the amendments enacted in Chilean Law regarding the Right of Visit (so-called “Regular and Direct Relationship”), under Law N° 20,680. Specifically, it critically reviews one of its major innovations, which is the incorporation of the possibility to establish a visitation regime between grandparents and grandchildren, regulated in the new Article 229-2 of the Chilean Civil Code. After analyzing the characteristics of this new provision, the author reflects that despite being an improvement to the previous situation, proper organic regulation is still missing, as the law sets forth this right only minimally in favor of grandparents. For example, it is unclear whether they are or are not entitled to maintain contact with their grandchildren.

KEY WORDS: Right of Visits, grandparents, grandchildren, Family Law, Law N° 20.680.

1. La Ley N° 20.680, de 21 de junio de 2013, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, representa un importante avance en materia de efectos de la filiación, especialmente, en cuanto a la relación directa y regular. Por primera vez se establece un concepto, se modifican las formas de atribución del derecho-deber y se regula un derecho de comunicación entre los abuelos y nietos. No obstante los avances, falta todavía una regulación orgánica, que considere también las materias relacionadas con el cumplimiento del régimen, especialmente en lo referente al impedimento o incumplimiento del régimen comunicacional.

Esta ley es fruto de dos iniciativas parlamentarias: el Boletín N° 5917-18, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, presentado el 12 de junio de 2008, y del Boletín N° 7007-18, que introduce modificaciones en el Código Civil, en relación al cuidado personal de los hijos, presentado el 29 de junio de 2010 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 20.680”, <http://goo.gl/md9Ofh>).

En este trabajo nos importa analizar la regulación del Derecho de Relación Directa y Regular o Derecho de Visitas a favor de los abuelos, considerando la incorporación del artículo 229-2 en el Código Civil chileno. Al efecto, revisaremos en primer lugar algunos aspectos generales, para luego analizar el derecho de visitas de los abuelos y, en tercer lugar, la posibilidad de que otros parientes puedan solicitar este derecho.

2. La regulación del derecho-deber de Relación Directa y Regular es precaria. Si bien Andrés Bello incorporó este derecho en el Código Civil de 1855, su regulación se limitaba sólo al artículo 227, que señalaba: “al padre o la madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes” (redacción original). Esta situación se mantiene hasta la fecha, aunque con algunos avances generados por la reforma de la Ley N° 20.680, que entró en vigencia el 21 de junio de 2013.

En cuanto a la denominación de este derecho-deber, la ley mantiene la establecida por la Ley N° 19.585. Tal como señala RAMOS, “la disposición recién citada [en referencia al anterior texto del artículo 229 del Código Civil chileno] introduce algunas precisiones importantes respecto a la situación existente antes de entrar en vigencia la ley N° 19.585. En efecto, explicita que el padre que no tiene el cuidado del hijo, no sólo tiene el derecho, sino el deber de ‘mantener con sus hijos una relación directa y regular...’ (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Boletín 1060-07, pp. 145-146). Por la misma razón –se explica en el informe– se eliminó el vocablo ‘visitas’ por considerarse que limitaba en algunos casos esta comunicación tanto en cuanto a la substancia como la forma

en que puede ejercerse, entregándose, a falta de acuerdo de los padres, al tribunal la determinación de la frecuencia y libertad que ha de mantener esta relación, siempre en el marco de que sea directa con el hijo y efectuada con periodicidad regular” [RAMOS PAZOS, R.: *Derecho de Familia*, 5ª edición. Santiago de Chile (2007), Editorial Jurídica de Chile, t. II, p. 430].

Es a partir de la Ley N° 20.680 que se define legalmente este derecho, así el actual artículo 229, inciso 2° del Código Civil que señala que: “se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable” (Texto anterior del artículo 229 Código Civil: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. // Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente”). Nótese, que lo define sólo respecto a la relación padre/madre e hijos, tema que analizaremos en la última parte de este trabajo.

Estimamos que el Código Civil define de una forma amplia el derecho de relación directa y regular, estableciendo como elemento central el mantener el contacto entre el padre o la madre y el hijo que no está a su cuidado. En consecuencia, el contacto o relación con el hijo por parte del padre no custodio, puede ser tanto personal como “virtual”, es decir, no se restringe a compartir con el hijo dos o más días a la semana, sino que también se presenta la opción de mantener contacto durante el resto del tiempo, a través de otros medios tecnológicos, como por ejemplo teléfono, correo electrónico, mensajes de texto, Facebook, WhatsApp, Line, FaceTime, Skype, u otros medios de comunicación tecnológicos.

La señalada modalidad “virtual” debería aplicarse en todo los casos, no sólo en aquellos en que el padre/madre y el hijo/a viven en territorios distantes geográficamente, sino siempre que sea lo más beneficioso para el niño/a. Refuerza este planteamiento la incorporación del principio de corresponsabilidad parental, definido por el Código Civil, como el principio “en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos” (artículo 224, inciso 1° del Código Civil) y lo dispuesto en el artículo 229 inciso 4° del Código Civil, que señala que “sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana”.

Así también se consigna en la Historia de la Ley N° 20.680, en la opinión de ESPEJO, que señala: “al definir la relación directa y regular, agrega dentro de aquel

concepto el adjetivo ‘personal’, cuestión –dijo– discutible, pues hay formas de relación directa y regular que no presuponen el contacto personal, como, por ejemplo, aquellas derivadas de las nuevas tecnologías. Es el caso de las llamadas de teléfono, skype, etc. Afirmó que una definición de relación directa y regular que agregue el carácter de ‘personal’ puede importar afectar el régimen de relación directa y regular en estos otros casos. Igualmente, hizo presente la práctica progresiva de los tribunales de justicia nacionales y extranjeros, en orden a reconocer formas no personales de relación directa y regular” (“Historia de la Ley 20.680”, p. 291).

En ningún caso, se pretende sustituir el contacto personal y directo, sino más bien, complementar ambas situaciones, y en situaciones excepcionales como aquellos en que padre-madre no custodio y el hijo viven en lugares distantes (otra región o país) transformarse en la principal forma de mantener la relación entre el padre/madre y el hijo. En este sentido, resulta importante considerar lo expresado por la profesora DOMÍNGUEZ durante la tramitación de esta reforma: “se modifica, además, el artículo 229 para incluir una definición de relación directa y regular y establecer una regla de orientación al juez en el sentido de que debe propender a la mayor participación de ambos padres. Ello es ciertamente valorable pues permitirá modificar la generalizada tendencia en los jueces de familia de fijar regímenes de relación directa y regular tipo con escasa presencia del padre” (“Historia de la Ley 20.680”, p. 325).

En aquellos casos en que sea la única forma de relacionarse entre padres e hijos, evidentemente que presenta el problema del cumplimiento por parte del padre/madre que tiene el cuidado personal del hijo, en el sentido que pueda quedar a su exclusivo arbitrio el cumplir o no. En caso de incumplimiento, estimamos que se pueden aplicar los mismos apremios establecidos en los artículos 48 y 66 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores [cfr. LEPIN MOLINA, C.: “Modificación a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios”, *Revista de Derecho de Familia* (Thomson Reuters Chile) (2014), núm. 1, p.156]. No obstante que será más complejo acreditar el incumplimiento.

3. El Código Civil establece formas de atribución del régimen comunicacional, según se trate de fijar el Derecho de Visitas a favor de los padres (artículo 229 del Código Civil) o de los abuelos (artículo 229-2 del Código Civil). En ambos casos se puede establecer por vía convencional o por vía judicial. Por último, aunque de manera discutible, el artículo 48 de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, permitiría la regulación a favor de otros parientes [LEPIN MOLINA, C.: “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley N° 20.680”, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (Facultad Derecho, Universidad de Chile) (2013), núm. 3, pp. 285-308].

El artículo 229 del Código Civil permite regular el derecho-deber de los padres de mantener una relación directa y regular entre el padre que no tiene el cuidado

personal y el hijo, ya sea por vía de acuerdo o, a falta de éste, por resolución judicial. Sin perjuicio de ello, se deben considerar además las normas sobre el acuerdo completo y suficiente en sede de separación o divorcio de mutuo acuerdo (artículos 27 y 55 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil o NLMC).

En el primer caso, es decir, cuando se regula a favor del padre que no tenga el cuidado personal, será competente el juez de familia, quien deberá establecer un régimen que estime conveniente para el hijo, fomentando una relación sana y cercana velando por su interés superior. Para tal efecto, se establecen algunos criterios que permiten orientar la labor del juez de familia, a saber: a) la edad; b) la vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos; c) el régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado; y d) cualquier otro elemento de relevancia al interés superior del hijo (LEPIN MOLINA, C.: “Reformas”, cit., pp. 297-298).

El principio rector en esta materia es el interés superior del niño, que de acuerdo al artículo 222 del Código Civil, es lograr “la mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”. En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema, de 31 de mayo de 2004, Rol N° 1193-2003 (Identificador LegalPublishing Chile núm. 30299), señala que “el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que ‘la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...’ y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3° y 9° de la ‘Convención Internacional sobre Derechos del Niño’ ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres”. Agrega, además, que “los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador” (en el mismo sentido, sentencia de la Corte Suprema, de 16 de agosto de 2010, Rol N° 4307-2010, Identificador LegalPublishing Chile núm. 45255).

En forma similar, para ROCA, “el *interés del menor* se identifica con la protección de aquellos derechos que el Ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de *fundamentales* a las personas. Por ello, la regulación que implemente este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación con problemas planteados por menores, no se encuentra con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar

su efectividad” [ROCA, E.: *Familia y cambio social*, Madrid (1999): Cuadernos Civitas, p. 220].

Nuestra Corte Suprema ha señalado que: “en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como dispone el artículo 16 de la Ley de Tribunales de Familia. Aun cuando constituye un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. El interés superior del niño aporta, también, en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna. En este sentido, cobran especial interés los efectos que el referido principio produce en el marco de las relaciones parentales, en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y, por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos” (sentencia de la Corte Suprema, de 24 de junio de 2010, Rol N° 608-2010, Identificador LegalPublishing Chile núm. 45498).

Con respecto a los criterios establecidos por el legislador en el citado artículo 225-2 del Código Civil, durante la tramitación del proyecto de ley, el Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor HERNÁN LARRAÍN (“Historia de la Ley 20.680”, p. 501), “sostuvo que del debate se desprende que el rol del juez debe ser orientado a través de criterios que pueden incorporarse al artículo 229 del Código Civil. Sugirió dividir el inciso segundo de dicho precepto en su texto aprobado en general por el Senado, de manera que la primera parte defina la relación directa y regular, en tanto que la segunda establezca ciertos criterios”. Luego agrega que “hizo notar que en esta discusión no se advierten controversias ni discrepancias de fondo, sino que solamente diferentes matices de técnica legislativa en torno al propósito de dotar al juez de criterios que reflejen el interés superior del niño”.

Estimamos necesario realizar dos alcances, primero la enumeración corresponde a criterios no taxativos y, en segundo lugar, que no representan mayor novedad, ya que tradicionalmente los jueces de familia consideran el régimen de cuidado personal, la vinculación afectiva y la edad del menor para establecer un régimen de visitas, y por cierto, los tribunales deben escuchar al niño en todas las materias que le afecten, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 19.968, sobre Tribunales de Familia y el artículo 242 inciso 2° del Código Civil.

La segunda alternativa, es regular el Derecho de Relación Directa y Regular, por acuerdo, de la misma forma que el cuidado personal (artículo 229 del Código Civil), es decir, por escritura pública o acta extendida ante cualquier Oficial del Registro

Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento. También, puede ser incorporado en el convenio regulador, ya sea en los casos de separación judicial de mutuo acuerdo (artículo 27 NLMC) o de divorcio de mutuo acuerdo (artículo 55 NLMC).

Sin duda, el establecer formalidades para la celebración de estos acuerdos representa un avance al dotarlos de certeza jurídica, toda vez que la legislación anterior no señalaba nada al respecto. No obstante, queda por ver cuál será el efecto vinculante y eficacia de dichas convenciones.

4. Una de las principales innovaciones de la Ley N° 20.680, es la incorporación de la posibilidad que se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos, regulado en el artículo 229-2 del Código Civil (“El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación atendido el interés del hijo, en conformidad a los criterios del artículo 229”).

Como señala PINOCHET, “tradicionalmente, son los abuelos quienes contribuyen de manera directa en la labor de los padres de criar y educar a sus hijos, sin embargo nuestra legislación sólo le reconocía obligaciones como la de otorgar alimentos en casos de falta o ausencia de los padres” [PINOCHET OLAVE, R.: “La relación directa y regular de abuelos y nietos en el ordenamiento jurídico chileno”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil V* (coord. por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción), Santiago de Chile (2010), Abeledo Perrot-Legal Publishing, pp. 321-336].

En atención a la conveniencia de contemplar una regla referida a la relación del hijo con sus ascendientes y, particularmente, con sus abuelos, TAPIA sugirió incorporar el siguiente artículo 229-2, nuevo, al Código Civil: “Artículo 229-2. El hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con todos sus ascendientes. Si su interés superior así lo exige, el juez fijará la modalidad de esta relación” (“Historia de la Ley 20.680”, p. 508).

El oficio de la Corte Suprema incorporado en la etapa de tramitación del proyecto de ley, señala sobre el particular que el “artículo 229-2 del Código Civil: se trata de una norma nueva que al parecer pretende otorgar al niño, niña o adolescente el derecho a tener una relación directa y regular con sus ascendientes. No obstante, utiliza erróneamente el vocablo ‘hijo’, cuestión que se sugiere enmendar. Asimismo, del tenor literal del precepto aparece que sería el menor quien tiene la legitimación activa y no los ascendientes, cuestión que también debiera corregirse” (“Historia de la Ley 20.680”, p. 591).

Coincidimos con las observaciones formuladas por la Corte Suprema, lamentablemente no se enmendó el error y se mantuvo el vocablo hijo, aunque si se

aclara que el derecho a mantener una relación directa y regular corresponde a los “abuelos”, y no a todos los ascendientes.

No obstante, en la actual redacción el titular del derecho es el niño, y no los abuelos, aspecto que fue advertido por la Corte Suprema. Esta situación resulta más compleja, ya que el niño va actuar en la vida jurídica representado por el padre/madre que tiene el cuidado personal, lo que se podría transformar en un obstáculo para la realización del régimen comunicacional. Sin embargo, estimamos que la intención del legislador fue permitir a los abuelos que pudieran solicitar la regulación de un régimen de visitas (“Historia de la Ley 20.680”, p. 591).

De acuerdo al artículo 229-2 del Código Civil, se puede regular el régimen de relación directa y regular mediante acuerdo o por vía judicial. En el primer caso, no especifica quiénes deben concurrir al acuerdo. En principio, debería ser el abuelo con el padre/madre que tiene el cuidado personal, sin embargo, no encontramos buenas razones para excluir al otro padre/madre. En el segundo caso, el juez de familia puede establecer un régimen considerando el interés superior del niño, teniendo como fundamento los criterios del artículo 229 del Código Civil, ya comentados.

En cuanto a la atribución convencional, se refiere a un pacto o acuerdo, sobre el cual no se exigen solemnidades, con la consiguiente falta de certeza jurídica y del efecto vinculante de dichas convenciones. Las situaciones más complejas que se pueden presentar son aquellas en que, viviendo los padres separados, uno de ellos pacte un régimen de visitas con los abuelos (paternos o maternos) y el otro no esté de acuerdo.

5. Por último, se mantiene la antigua discusión respecto al Derecho de Relación Directa y Regular a favor de otros parientes (distintos de los abuelos), los que pueden ser sólo parientes del niño, niña o adolescente (cfr. RODRÍGUEZ PINTO, M.S.: “Derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos”, *Gaceta Jurídica* (Santiago de Chile) (1999), núm. 232, pp. 31ss; y PINOCHET OLAVE, R.: “La relación”, cit., pp. 321-336). La ley no distingue si se trata de parientes consanguíneos o por afinidad, por lo que estimamos se puede aplicar en ambos casos.

Seguirá siendo la base del debate el artículo 48 inciso final de la Ley de Menores (“El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar”), que autoriza al juez para conferir el derecho a visitar al niño, niña o adolescente a los parientes que individualice, en la forma y condiciones

que determine, pudiendo suprimir o restringir el derecho si perjudica el interés superior del niño.

El artículo 42, recién citado, no fue modificado por la Ley N° 20.680, por lo que el debate parece justificado. Esta norma permitió antes de la consagración del derecho a los abuelos lograr el establecimiento del régimen de visitas a su favor. Hoy, en cambio, al existir norma que regula el derecho a favor de estos últimos, el artículo en comento puede servir para que otros parientes puedan solicitar la regulación del Derecho de Visitas a su favor.

La Corte Suprema, mediante sentencia de 15 de diciembre de 1993, Rol 379-1993 (identificador Legal Publishing Chile núm. CL/JUR/1614/1993) señala que: “Si bien no existe una disposición precisa que señale de un modo categórico y taxativo a qué parientes corresponde visitas, como ocurre por ejemplo en el caso de los alimentos con el art. 321 de C. Civil, quien resuelve considera que la fuente de este derecho emana precisamente del art. 227 del texto legal citado, toda vez que si la visita debe establecerse en favor de aquel de los padres que se ve privado del cuidado personal de los hijos, el fallecimiento de éste no extingue la afiliación y los lazos de parentesco existentes entre el o los hijos y los hermanos ascendientes, etc. del padre difunto. Luego, si en un régimen normal de matrimonio, los hijos normalmente se frecuentan con abuelos, tíos y primos, por vía paterna y materna, no se divisa la razón por la que tales relaciones deban interrumpirse por el fallecimiento de uno de los padres respecto de los parientes que por esta vía tienen los menores, puesto que tal relación se mantiene, en caso de separación, precisamente a través de la visita que la Ley establece respecto de aquel de los padres que carece del cuidado personal de los hijos. Esta interpretación se confirma por los términos en que fue redactado el artículo 48 de la Ley de Menores N° 16.618 que establece la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, sin restringirlo a aquel de los padres, como señala el art. 227 del C. Civil antes citado...” (En estricto rigor, la sentencia recoge los fundamentos del tribunal de primera instancia).

De todas formas, se entiende que es un derecho de alcance más restringido por la expresión “derecho a visitar”, y sólo de los parientes que autorice el juez, es decir, sólo se puede establecer por vía judicial.

Por último, como lo hemos sostenido, la expresión “derecho de visitas” fue abandonada por nuestro legislador, optando por “relación directa y regular”. No obstante, creo que el establecer un derecho de comunicación a favor de terceros, distintos de los padres, permite que se pueda distinguir entre el derecho-deber de Relación Directa y Regular de los padres, del Derecho de Visitas de los abuelos o de otros parientes, en base de los artículos 229-2 del Código Civil o del artículo 48 de la Ley de Menores [LEPIN MOLINA, C.: “Modificación relación directa y regular ¿Subsistencia del derecho de visitas?”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil IX*

(coord. por S. TURNER y J.A. VARAS), Santiago de Chile (2014): Thomson Reuters Chile, pp. 133-149].

En este sentido, la relación directa y regular es un derecho-deber de origen legal que protege el derecho a la identidad, una manifestación del principio de corresponsabilidad y, si se quiere, del interés superior del niño. Se trata de mantener el vínculo con el padre o madre, por lo que debe ser permanente y no se puede restringir salvo por causas graves y objetivas. Así, por ejemplo, en la sentencia del Juzgado de Familia de Talagante, de 25 de octubre de 2013, RIT C-687-2013, se señala que: “el principio de igualdad de los padres, y sobre todo el derecho de los hijos a vincularse con ambos progenitores, solo puede limitarse cuando el interés del hijo lo haga conveniente, sea por peligro de daño a la integridad moral y/o física del menor, como por hechos objetivos, que considerando las especiales necesidades de un niño, niña o adolescente, eleven el estándar de condiciones exigibles a un progenitor para dar cobertura integral a sus necesidades, cuando estas no puedan ser satisfechas por el padre o madre en cuestión”(www.poderjudicial.cl).

Se desprende claramente que es un derecho del padre/madre, pero también un derecho del hijo, lo que trae como consecuencia que el juez debe siempre establecer un régimen de comunicación entre el hijo y el padre no custodio. Se trata entonces de un derecho-deber, que tiene su origen en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 9 N° 3 (LEPIN MOLINA, C.: “Modificación”, cit., p. 147).

En cambio, el derecho de visitas de otros parientes, no es un derecho-deber, su origen va estar determinado por una resolución judicial. Se trata de un derecho del niño que el juez sólo debe regular en función de su interés superior. En consecuencia, el contenido también debería ser más restringido, de forma de que se pueda visitar al niño en su domicilio (LEPIN MOLINA, C.: “Modificación”, cit., pp. 147-148).

Parece razonable que se restrinja a una vez a la semana o cada quince días, habida consideración que probablemente deberá coexistir con el régimen de relación directa y regular respecto de uno de los padres. Considerando que los legitimados para solicitar el régimen comunicacional son el padre que no tenga el cuidado personal y los cuatro abuelos, se podría dar el absurdo que el padre que tiene el cuidado personal al hijo lo vea un par de veces.

6. La regulación del derecho de visitas o régimen de relación directa y regular es precaria. Sólo se establecen por el legislador los titulares del derecho, las solemnidades de los acuerdos y los criterios para orientar la labor del juez, sin embargo, nada se señala sobre la obstaculización del régimen y mucho menos de su incumplimiento. Situación que deja al arbitrio de los padres cumplir o no el régimen pactado o establecido por sentencia judicial.

En el mismo sentido, el legislador regula de forma muy básica este derecho con relación a los abuelos, incluso, no queda claro si son titulares o no del derecho a mantener un contacto con sus nietos.

La reforma incorporada al Código Civil por la Ley N° 20.680, representa un avance a la precaria regulación del derecho de Relación Directa y Regular, sin embargo, sigue lejos de ser una legislación completa.

Por primera vez se incorpora a los abuelos, no obstante, se da a entender de que se trata de un derecho del niño, quien sería el legitimado activo. Además de mantener ciertas imprecisiones en el lenguaje al hablar de “hijos”, en vez de nietos.

Se trata de un derecho de una envergadura distinta al de los padres, en estricto rigor más cercano al derecho de visitas, es decir, a la posibilidad de visitarlo en su domicilio por breves lapsos de tiempo.

La falta de formalidades atenta contra la certeza jurídica, al igual que la falta de claridad de los intervinientes en la suscripción de los acuerdos.

Por último, no vemos inconvenientes para que otros parientes puedan solicitar el derecho a “visitar” al menor, siempre que el juez estime que es lo más beneficioso para el niño/a.

LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA
EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

THE RECENT CASE LAW OF THE SUPREME COURT ABOUT THE
EXPIRY OF THE COMPENSATORY PENSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 477-488.

Fecha entrega: 25/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
maria.j.reyes@uv.es

RESUMEN: La jurisprudencia del TS está contribuyendo con su doctrina a adecuar la pensión compensatoria a las necesidades actuales estableciendo los siguientes criterios: 1º) la pensión no es un medio de igualación entre los patrimonios de los cónyuges; 2º) la percepción de una herencia es un motivo sobrevenido que permite entender que han aparecido circunstancias que han modificado sustancialmente la situación económica; y 3º) vivir maritalmente requiere una convivencia estable, con vocación de continuidad y permanencia.

PALABRAS CLAVE: pensión compensatoria, vida marital, desequilibrio económico, herencia.

ABSTRACT: The case law of the Supreme Court has established the following criteria about compensatory pension: 1º) the pension is not a means of matching between the assets of the spouses; 2º) receiving an inheritance is a supervening cause that allows understanding that have appeared circumstances that have altered the economic situation; and 3º) marital life requires a stable cohabitation with vocation of continuity and permanence.

KEY WORDS: compensatory pension, marital life, economic imbalance, inheritance.

1. La pensión compensatoria es un mecanismo previsto con el fin de reequilibrar la situación económica de los esposos tras la ruptura de la convivencia conyugal, que intenta corregir los desequilibrios que se hayan provocado como consecuencia de la dedicación de cada uno de los esposos al matrimonio, por percibir una retribución muy inferior a la del otro o no percibir ninguna, particularmente porque su dedicación a la familia le ha impedido una mayor proyección profesional o laboral, que provoca que quede en una situación claramente desfavorable respecto del otro una vez rota la comunidad económica propia del matrimonio.

Pero, no por ello, dicha concesión debe considerarse inalterable. Al respecto, el art. 101 CC recoge las causas que permiten solicitar la extinción de la pensión compensatoria entre las que la reciente jurisprudencia se ha pronunciado sobre el alcance del primer presupuesto del precepto: el cese de la causa que lo motivó; así como sobre la referencia a la causa de vivir maritalmente con otra persona.

Al respecto, la práctica jurisprudencial ha puesto de manifiesto que ambas circunstancias se prestan a ser objeto de diversas interpretaciones entre las que juegan un papel relevante, la grave situación económica que atraviesa la sociedad en el momento presente, caracterizada por la falta de trabajo o su precariedad, y determinados cambios en el papel atribuido tradicionalmente a la mujer en el hogar, unido a un nuevo modelo de convivencia más abierto, que ha ido propiciando un cambio instado por la reciente jurisprudencia del TS, que, a la luz de la realidad actual, ha reinterpretado cuándo debe apreciarse una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron la fijación de la pensión compensatoria, que oscila entre valorar que el cambio de circunstancias requiere desde la reducción de la pensión hasta alcanzar la supresión de la misma y, respecto al segundo supuesto, cuándo se presume la existencia de vida marital y cuáles son los presupuestos que determinan la vida en común.

El presente estudio tiene por objeto la exposición de los últimos pronunciamientos del TS sobre estas dos situaciones.

2. Uno de los supuestos que con más frecuencia se presenta ante los tribunales como motivo determinante para solicitar la modificación de medidas es que la situación que tenía el ex contrayente que debe pagar la pensión ha sufrido una merma en su posición económica que la hace merecedora de una revisión a la baja o de su extinción.

Como punto de partida hay que entender que el derecho a percibir una pensión compensatoria descansa en dos requisitos esenciales: la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los esposos y que la situación económica desfavorable sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente a la separación o divorcio, todo ello con la finalidad es restablecer el equilibrio de las condiciones

materiales de los esposos, de forma que la ruptura conyugal no coloque a uno de los dos en una situación desfavorable en relación con la posición que ostenta el otro cónyuge y que era la que disfrutaba durante el matrimonio, permitiendo así que los esposos mantengan el mismo nivel de vida que tenían en el matrimonio.

Sin embargo, el CC no define el desequilibrio, lo que, además de propiciar muchos recursos ante los tribunales, también ha obligado a que el alto tribunal se pronuncie sobre ello. Al respecto, el TS se ha pronunciado recientemente en tres de sus sentencias. En las dos primeras, establece qué circunstancias no alteran los pactos suscritos en el convenio mientras que en la tercera aprecia una alteración sustancial de las mismas.

En concreto, la STS 25 noviembre 2011 (RAJ 2012, 575) entendió que la pensión compensatoria está concebida como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, si bien ello no implica que sea un medio para lograr la igualdad entre ellos.

En dicho caso se había acreditado que la esposa mantenía un nivel de vida suficiente y adecuado que, aunque no fuera igual que el de su esposo, no significa que deba ser equiparado, ya que el principio de dignidad de la CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, salvo los casos previstos en la Ley.

El supuesto en concreto se presenta en 2008, fecha en la que D. Armando interpuso demanda de modificación de medidas, que, entre otras cuestiones que no se plantearon en la casación, pidió que se extinguiera la pensión compensatoria acordada en 1996, porque la Sra. María Purificación gozaba de un empleo estable, por el que obtenía unos ingresos adecuados y que los del marido habían sufrido una disminución, a lo que la ex esposa opuso que la situación actual era la misma que en el momento del divorcio.

La SJPI, nº 5, Vigo, 2 junio 2009, estimó la demanda y declaró extinguida la pensión compensatoria porque, a diferencia de lo que ocurría en el momento del divorcio, no se producía la temporalidad en el empleo de la demandada, puesto que desde el año 2000 D^a María Purificación había trabajado sin interrupción, lo que constituía “una modificación sustancial en su situación económica, pues ya no tenía la precariedad laboral del momento de dictarse la sentencia de divorcio, y sus ingresos eran regulares y de una entidad que le permitían vivir con total dignidad sin necesitar la ayuda del que fue su marido”; y porque aunque la pensión no se extingue por el mero transcurso del tiempo, “el pago de una pensión compensatoria por más de quince años junto al hecho de que la demandada en la actualidad esté percibiendo unos importantes ingresos se estiman por esta juzgadora como datos relevantes justificativos de que el desequilibrio económico que en su día se tuvo en cuenta para primero establecer y después reducir el importe de la pensión ahora discutida ha de entenderse desaparecido, lo que justifica y ampara que la pensión compensatoria

pueda jurídicamente extinguirse, al haber desaparecido la causa que motivó su establecimiento, tal y como prevé el art. 101 CC”.

La AP de Pontevedra, sección 6ª, en S. 12 marzo 2010, estimó en parte la apelación y redujo la pensión. Los escasos argumentos de la sentencia se centraron en que tomando en cuenta los ingresos prácticamente inalterados del marido, aunque “ha mejorado la situación de la apelante (...), sigue encontrándose en una situación de desequilibrio económico, aunque lógicamente menor, con respecto a su consorte”.

Interpuesto recurso de casación por infracción del art. 97 CC, en relación con los arts. 100 y 101 CC y la doctrina jurisprudencial que los desarrolla, la Sala señaló que es presupuesto para la pensión la existencia de un desequilibrio entre los cónyuges que determine para el acreedor de la pensión un empeoramiento de la situación de la que disfrutaba durante el matrimonio, aplicable también a los procedimientos de modificación de medidas, por lo que “el límite temporal, en el caso de que no se haya fijado en el momento de establecerse la pensión, podrá judicialmente decretarse posteriormente, si se cumplen los requisitos jurisprudencialmente exigidos para el establecimiento de la pensión con limitación temporal” y reiteró su criterio de que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, lo que no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (STS 864/2010, de 19 enero, entre otras).

En la siguiente STS 20 junio 2013 (RAJ 2013, 446) el esposo formuló demanda de modificación de medidas, solicitando que se declarase extinguida la pensión compensatoria acordada a favor de su esposa.

La sentencia del Juzgado estimó la demanda y declaró extinguida la pensión compensatoria; la de la Audiencia mantuvo la del Juzgado, basándose en la propia institución jurídica, que, por su naturaleza, no puede designar una prestación a favor de persona cualificada, que ocupa un puesto laboral ya desde hace tiempo en el Hospital Doce de Octubre, percibiendo ingresos justos y apropiados a sus propias aptitudes y actitudes para generarlos y en que este instituto jurídico no es un mecanismo equiparador de economías dispares, ni dador de cualidades profesionales que no se tienen, por lo que, la pensión no opera si ambas partes trabajan, perciben por ello ingresos, que son los justos o las propias capacidades y actitudes para generarlos. Se basa para ello en la doctrina jurisprudencial existente con carácter general para casos parecidos desde junio de 1985, que dice: “contando ambos cónyuges con ingresos propios de sus respectivos trabajos, no hay motivos para estimar que la separación o el divorcio haya de producir desequilibrio económico en ninguno de ellos, por lo que no es de aplicación el artículo 97 del C.C.”. Consideró además como dato importante, que califica de cambio sustancial de circunstancias que la esposa hubiera consolidado su puesto laboral en el Hospital, pasando de ser interina a fija.

Formulado recurso de casación por la esposa por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desestimó el motivo por entender que las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo y que constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas de alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (STS 27 de octubre 2011).

Considera igualmente que es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el art. 100 CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida.

Finalmente, la STS 17 marzo 2014 (RAJ 2014, 1501) entiende que la percepción de una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción.

En trámite de modificación de medidas se discutió la influencia de la herencia recibida por la esposa por el fallecimiento de su madre el 31 de agosto de 2010 para entender superado el desequilibrio económico que determinó la pensión compensatoria que, por importe de 1.500 euros mensuales, recibía a cargo de su esposo.

La demanda se había desestimado en ambas instancias, porque negaban que se hubiese producido un cambio sustancial de las circunstancias ya que no se había demostrado pérdida de capacidad económica del esposo y faltaban por saber los detalles de la herencia a recibir.

Alegado interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la Sala, contenida en la S. 3 octubre 2011 (RAJ 2011, 7381), que trata por primera vez de la incidencia de la herencia recibida por el acreedor de la pensión compensatoria en orden a la aplicación de la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el art. 100 CC o la desaparición del desequilibrio económico determinante del reconocimiento del derecho a pensión, como causa de extinción de ésta en el art. 101 CC, la Sala manifestó que ya había tenido ocasión de pronunciarse en la S. 3 octubre 2011 sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge perceptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de la alteración

sustancial a que se refiere el art. 100 CC o la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, en la que manifestó su criterio de que: “En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración *a priori*, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica)”.

En este caso, se tuvo en cuenta que el fallecimiento de la madre de la esposa no estuvo en la causa del convenio regulador suscrito en enero de 2002, ni en la sentencia de divorcio y modificación de medidas a los efectos de establecer la pensión compensatoria puesto que en esos momentos no se conocía en qué consistía la herencia o la salud de la madre, cuyo fallecimiento era, sin duda, un hecho previsible en más o menos tiempo como el de todos, pero como una circunstancia sobrevenida, en ningún caso de posible valoración *a priori*; datos cuya prueba correspondía acreditar a quien los invocaba, a la vista de lo cual, la sentencia recurrida no solo puede ser revisable en casación, sino que es útil al objeto de sentar jurisprudencia con base al interés casacional que fundamenta el recurso, determinando que, la herencia sí puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia del desequilibrio actual, puesto que conforme a los hechos probados se evidencia la superación de tal desequilibrio y esta Sala ha dicho repetidamente que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualdad entre los cónyuges [SSTS 864/2010, de 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417), 25 de noviembre 2011 (RAJ 2012, 575), 20 de junio 2013 (RAJ 2013, 4377), entre otras]. Este desequilibrio ha desaparecido a tenor de los datos de prueba y por tanto, desaparece también la razón de ser de la pensión.

3. También en este último quinquenio, la STS 9 febrero 2012 (RAJ 2102, 2040) ha sentado jurisprudencia sobre lo que ha de entenderse por “vivir maritalmente con una persona” a los efectos de extinción de la pensión compensatoria, al mismo tiempo que establece que la extinción de la pensión por causa del art. 101.1 CC no

puede entenderse como una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que está obligado a pagar la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

Entiende, en este caso, que hubo una relación sentimental de un año y medio de duración, pública; que aunque no hubo convivencia continuada bajo un mismo techo, hubo continuas permanencias de uno en casa de la otra; que dicha relación tuvo carácter de permanencia, exclusividad y los convivientes dieron a entender en el entorno social que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad.

En concreto, el marido interpuso una demanda de modificación de medidas con relación a la cantidad debida por alimentos a las hijas y a la extinción de la pensión compensatoria, denunciaba que D^a Florinda tenía una pareja estable y por ello pidió que se declarara extinguida la pensión o que se fijara un límite temporal.

La SJPI nº 3, Valladolid, 3 enero 2010, estimó en parte la demanda, aceptando la extinción de la pensión por haber quedado probada la relación afectiva mantenida por D^a Florinda. Consideró que la relación admitida por ella misma tenía los caracteres de “permanencia, regularidad, y globalidad que permite equiparar la situación de hecho a la comunidad de vida propia de la institución matrimonial”, por lo que procedía declarar extinguida la pensión, estimando la demanda en la acción principal.

Apelaron ambos litigantes. La SAP, Sección 1^a, Valladolid 31 mayo 2010, estimó el recurso de la esposa y desestimó el del esposo. En relación al punto relativo a la pensión compensatoria, la sentencia recurrida ponía de relieve que si bien se había reconocido la existencia de la convivencia, solo se había probado la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y sus alrededores, pero una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital si no va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida [...]. Por lo que, lo probado sobre dicha relación solo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una pensión compensatoria no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del art. 101 CC solo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito.

Interpuesto recurso de casación, el Ministerio Fiscal consideró que la interpretación de la Audiencia Provincial de la frase “vivir maritalmente con otra persona” es

correcta y el alto tribunal entendió que la sentencia recurrida interpretó de forma restrictiva el concepto de “vivir maritalmente” del art. 101, pronunciándose en los siguientes términos: “Desde la entrada en vigor de la ley de 17 julio 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el art. 101.1 CC , que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión “vivir maritalmente” como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales. Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor.

Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio”.

Posteriormente, la STS 28 marzo 2012 (RAJ 2022, 5591) reitera este mismo criterio, basándose en la doctrina de esa Sala, según la cual, la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones.

En el presente caso constaba probado que desde el año 2006 D^a Angelina mantenía una relación afectiva, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad, aunque no se había demostrado que los convivientes compartiesen domicilio, ante lo cual el exesposo presentó una demanda de modificación de medidas, en la que, a la vista de estos hechos, pidió que se declarara extinguida la pensión, a lo que se opuso la otra parte, quien reconoció la existencia de la relación, aunque argumentó que no se trataba de una convivencia estable.

La SJPI, nº 2, Puerto de la Cruz 26 mayo 2009, declaró no haber lugar a la modificación de las medidas. Dijo que las circunstancias que concurrían en el caso no permitían deducir prueba suficiente “[...] para acreditar que tales relaciones gocen de intensidad, habitualidad y permanencia, como para ser tenidas semejantes a las que mantienen las personas unidas en matrimonio sin estarlo, y que consistan en una apariencia cierta de cumplimiento de deberes de convivencia, ayuda y fidelidad que se impone en los arts. 67 y 68 CC, ni que tengan una proyección, en lo económico con datos objetivables, como cuentas conjuntas, disfrute de bienes comunes, etc., que puedan llevarnos a la certeza de una comunidad de vida [...]”.

Apelada dicha sentencia por el marido, la SAP, Sección 1^o, Sta. Cruz de Tenerife 8 marzo 2010, estimó el recurso y dejó sin efecto la medida sobre pensión compensatoria acordada en la sentencia de divorcio. Declaró probado que la convivencia de D^a Angelina con una tercera persona tenía “carácter afectivo, con exclusividad, estabilidad emocional y vocación de continuidad”; de ello deducía que: a) en general, en estos casos se produce una dificultad probatoria, porque “no se escapa a la lógica el interés que subyace” en ocultar la relación convivencial, lo que dadas estas dificultades “se deba considerar suficiente la prueba indiciaria”; b) la actualidad social ha relativizado las diferencias entre el matrimonio y la unión de hecho, de modo que “la estabilidad ya no es un dato tan relevante, o al menos ha de entenderse más limitada en el tiempo, referida solo a un propósito o proyecto de futuro “; c) de la prueba practicada se deducía que en este caso “concurría el supuesto legal de convivencia similar a la marital que determina la extinción de la pensión compensatoria”.

Interpuesto por la esposa recurso de casación por interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, en concreto, que la doctrina de la sentencia recurrida era contraria a la de las SSAP de Sta. Cruz de Tenerife, de 7 noviembre 2005 y 19 febrero 2007, que aun siendo del mismo ponente que la recurrida, mantienen un criterio contrapuesto; también a las SSAP de la Sección 12 de Barcelona, de 3 diciembre 1999, 21 marzo 2007 y 15 abril 2008 que exigen que la unión *more uxorio* tenga un carácter permanente y estable, de modo que se genere una posesión de estado familiar; y, finalmente, a las SSAP Sección 3^a de Valladolid, de 5 junio 1999 y 12 mayo 2005, que consideran que esta relación debe ser equiparable a la existente entre los cónyuges en una unión matrimonial ordinaria, se desestimó el motivo y, con cita a la STS 42/2012, de 9 febrero, resolvió la cuestión planteada en este recurso manifestando que: De acuerdo con el FJ 4^o de la

STS citada, para dar sentido al art. 101 CC, “[...] deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor”.

Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

4. La jurisprudencia del TS está contribuyendo con su doctrina a adecuar la pensión compensatoria a las necesidades actuales evitando que se produzcan situaciones de enriquecimiento injustas, creadas, bien por la inactividad del perceptor de la pensión compensatoria en la búsqueda de la salida de dicha situación, bien porque se haya producido una alteración sustancial sobre las circunstancias que determinaron la fijación de la pensión, estableciendo el criterio de que:

1º. La pensión no es un medio de igualación entre los patrimonios de los cónyuges.

2º. La percepción de una herencia es un motivo sobrevenido que permite entender que han aparecido circunstancias que han modificado sustancialmente la situación económica.

3º. Vivir maritalmente requiere una convivencia estable, con vocación de continuidad y permanencia.

LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE SUCESIONES SEGÚN EL
REGLAMENTO (UE) N.º. 650/2012 Y EL PRINCIPIO DE TRONCALIDAD
DEL FUERO DE BIZKAIA

THE APPLICABLE LAW ON INHERITANCE ACCORDING TO THE
REGULACION (EU) No. 650/2012 AND THE PRINCIPLE OF
“TRONCALIDAD” OF THE LAW OF BIZKAIA

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 489-502.

Fecha entrega: 07/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

GORKA GALICIA AIZPURUA

Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko
Unibertsitatea
gorka.galicia@ehu.es

RESUMEN: El Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, se inspira, en lo que atañe a la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales, en el principio de unidad; es decir, establece una única ley aplicable al conjunto de la sucesión con independencia de la naturaleza de los bienes que la integren y del lugar en que se hallen. Sin embargo, esta regla general cuenta con algunas importantes excepciones, entre las que destaca la relativa a aquellos inmuebles, empresas u otras categorías singulares de bienes respecto de los cuales la ley del Estado en que se encuentren establezca disposiciones sucesorias especiales por razones de índole económica, familiar o social (artículo 30). El presente trabajo tiene por objeto primordial dilucidar si cabe incardinar o no dentro de semejante excepción a la troncalidad vizcaína, institución regulada en los artículos 17 y ss. de la Ley 3/1992 de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

PALABRAS CLAVE: sucesión internacional, sucesión interregional, ley sucesoria aplicable, regímenes sucesorios especiales, troncalidad.

ABSTRACT: The Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012, is inspired, in relation to the determination of the law applicable to international successions, on the principle of unity; i.e., establishes a single law applicable to the whole succession regardless of the nature of the goods that integrate and where they are located. However, this general rule has some important exceptions, among which stand out the one regarding to those immovable properties, enterprises or other special categories of assets for which the law of the State where they are introduces special rules for economic, family or social considerations (Article 30). The main objective of this paper is to clarify whether it is possible to include within that exception the Biscayan “troncalidad”, an institution regulated by Articles 17 et seq. of the Law 3/1992 of 1 July on the Basque Country Civil Law.

KEY WORDS: international succession, interregional succession, succession law applicable, particular inheritance regimes, “troncalidad”.

(Trabajo realizado dentro del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT 727-13 y del Proyecto de investigación del MICINN DER2011-26827)

1. El Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, tiene por objeto remover las dificultades que los ciudadanos europeos encuentran en la actualidad al momento de ejercer sus derechos en relación a las sucesiones mortis causa con elementos transfronterizos (considerando 7). A tal fin, introduce nuevos criterios reguladores en tres campos propios del Derecho internacional privado: ley aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y de otros documentos públicos en materia de sucesiones por causa de muerte (amén de la creación de un certificado sucesorio europeo).

2. En lo que específicamente atañe a la primera cuestión, dicho Reglamento, que será aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015 (art. 84), supone una modificación del criterio hasta ahora vigente en el Código civil español para resolver los conflictos internacionales de leyes en materia sucesoria. Como es sabido, la norma de conflicto española utiliza a día de hoy como punto de conexión la nacionalidad del causante (art. 9.8 CC), mientras que el Reglamento atiende a la ley de la residencia habitual del “de cuius” en el momento del fallecimiento (art. 21.1). El punto de conexión del Reglamento se exceptúa, sin embargo, en dos supuestos:

Primer supuesto: cuando resulte claramente de las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo más estrecho con otro Estado distinto al de su residencia habitual, en cuyo caso se aplicará la ley de tal Estado (art. 21.2); y

Segundo supuesto: cuando el causante haga uso de la “*professio iuris*” en favor de la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el instante de la elección o en el de apertura de la sucesión, posibilidad contemplada en el artículo 22.1.

3. Ciertamente, el sistema español y el sistema del Reglamento coinciden al inspirarse ambos en el principio de unidad de la sucesión, pues establecen una única ley aplicable a su conjunto con independencia de la naturaleza de los bienes que la integren y del lugar en que se hallen (a diferencia de aquellos sistemas de Derecho internacional privado que siguen el criterio del fraccionamiento; señaladamente, el francés y el inglés). Pero discrepan, como se acaba de decir, en el punto de conexión elegido. Además, conviene subrayar que el Reglamento contempla algunas importantes salvedades al citado principio, entre las que destacan, singularmente, las dos siguientes:

Primera salvedad: quedan sustraídos a la ley sucesoria los aspectos relativos a la admisibilidad y validez material de los testamentos y pactos sucesorios que el causante hubiese podido otorgar: estos se rigen por la ley que habría sido aplicable a

la sucesión si el testador u otorgante del pacto hubiese fallecido en el mismo instante del otorgamiento, es decir, se rigen por la que podríamos denominar, empleando una sintética expresión, “ley sucesoria anticipada” (arts. 24 y 25). Por tanto, aunque no haya de ocurrir necesariamente así, puede producirse en la práctica una disociación de la ley aplicable, ya que, en un mismo supuesto, junto a la ley sucesoria cabe que se dé el concurso de otra distinta, cual sería la que ha de regir la validez del testamento o del pacto otorgados por el causante. Semejante solución no es del todo extraña al ordenamiento español, dado que el artículo 9.8 CC, tras establecer el sometimiento integral de la sucesión a la ley personal del causante, matiza que “las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez” aunque esta sea distinta de aquella.

A decir verdad, la Propuesta de Reglamento de 2009 no preveía ninguna regla especial para la sucesión voluntaria. La variante se introdujo en el año 2012 a fin de solventar los problemas que podrían surgir en orden a la validez y admisibilidad material del testamento a consecuencia de los cambios de residencia habitual del causante entre el instante del otorgamiento y el de su fallecimiento, esto es, a fin de solucionar los inconvenientes que podrían surgir a raíz de un conflicto móvil. Sin embargo, la nueva norma no ha supuesto en verdad una quiebra sustancial del criterio de identificación de la ley aplicable adoptado por el Reglamento, ante todo porque es la “lex successionis” (o sea, la determinada al momento del fallecimiento) la que fija qué derechos legitimarios existen o, lo que es igual, la que fija qué margen de libertad de disposición mortis causa tiene el “de cuius” [vid. art. 23.2.h) del Reglamento]. Luego la solución “no combate de forma radical la posible discrepancia entre lo que el causante desea [y que manifiesta al instante del otorgamiento del negocio jurídico mortis causa] y lo que la ley le permite hacer a la postre” [ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2011), vol. XI, pp. 394 y 395]. Este último subrayado es habitual en la doctrina española [vid., además del autor anteriormente citado, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret* 2/2013, p. 23], lo que probablemente obedezca al hecho de que el artículo 9.8 CC advierte expresamente, después de salvar la validez de los testamentos y pactos otorgados por el causante conforme a una ley distinta de aquella que ha de regir la sucesión, que “las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”.

Segunda salvedad: pero, además, quedan excluidos asimismo de la ley sucesoria los elementos a los que alude el artículo 30 del Reglamento: inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes respecto de los cuales la ley del Estado en que se encuentren establezca disposiciones especiales “que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes”. Es en esta segunda excepción en la que este trabajo quiere concentrar (siquiera brevemente) su atención, sobre todo a fin de determinar si

cabría encuadrar en su seno una de las más características instituciones del Derecho civil vizcaíno, a saber, la troncalidad.

4. La troncalidad constituye en Bizkaia (art. 17 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco –en adelante, LD CF-) un principio de vinculación de los bienes raíces a la familia de su titular en cuya virtud se hace jurídicamente posible su persistencia dentro de tal familia; y así, no solo para el caso de fallecimiento de su titular actual, sino también para aquellas hipótesis en que este realice actos de enajenación que tengan por objeto dichos bienes.

Por tanto, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, no se trata de un principio que se observe únicamente (que también: art. 68 LD CF) en el ámbito de la sucesión intestada, sino que su incidencia se extiende igualmente a otros campos, como son:

a) La sucesión forzosa: junto a la legítima ordinaria en favor de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, existe en Bizkaia una sucesión forzosa “troncal” sobre los raíces de esta índole cuyos beneficiarios pueden serlo, incluso, ciertos colaterales que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad respecto de aquel, de suerte que los actos de disposición mortis causa realizados en conculcación de tal límite se consideran nulos de pleno derecho (art. 24 LD CF).

b) Los actos de disposición inter vivos por título gratuito: de forma paralela, son absolutamente nulas (art. 24 LD CF) las donaciones de bienes troncales hechas en favor de extraños, es decir, de personas que no ostenten la condición de parientes tronqueros (y aun las efectuadas en favor de tales parientes cuando los favorecidos mediante el acto de disposición no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite).

c) Los actos de disposición inter vivos por título oneroso: en este tipo de transmisiones, los parientes tronqueros gozan de un derecho de adquisición preferente (arts. 112 a 127 LD CF) ejercitable en dos momentos diferentes: 1) antes de la enajenación, pues el titular del bien raíz debe practicar un llamamiento público (consignado mediante acta notarial) por si alguno de ellos deseara adquirirlo; 2) después de la enajenación, ya que, de no efectuarse el preceptivo llamamiento, los parientes tronqueros pueden solicitar la anulación del negocio y la adjudicación del inmueble para sí por su justa valoración (“derecho de saca”).

5. En lo que hace al aspecto objetivo de la troncalidad, es pertinente precisar que la misma afecta a la propiedad que recaiga, no sobre cualesquiera inmuebles (art. 334 CC), sino solo sobre aquellos que reúnan una triple condición:

En primer lugar, que se trate de alguno de los bienes raíces enumerados en el artículo 19 LDCF; es decir, “el suelo y todo lo que sobre el mismo se edifica, planta y siembra” (quedando excluido, por consiguiente, lo que se encuentre bajo la superficie terrestre) y “las sepulturas en las iglesias” (referencia de signo tradicional que debe entenderse hoy carente de efectiva entidad práctica).

En segundo lugar, que se trate de un bien raíz sito en el “Infanzonado” o “Tierra Llana” (art. 18 LDCF). Con tal denominación la Ley alude precisamente al ámbito territorial de vigencia del Fuero civil vizcaíno, el cual, como es sabido, no se extiende a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, ya que tanto el término municipal de Bilbao como la ciudad de Orduña y las Villas enumeradas en su artículo 6 (Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandío, Portugalete y Plentzia) se rigen por “la legislación civil general”. Y es que esta provincia ha sufrido históricamente una secular fragmentación legislativa en virtud de la cual cabe distinguir, aun hoy, dos bloques territoriales sujetos a sendos ordenamientos privados separados y divergentes: de un lado, el citado Infanzonado, en el que rige el Derecho civil vizcaíno como ordenamiento civil propio y, de otro, las villas, a las que por el contrario se aplica el Código civil español. Ahora bien, dicho esto, conviene inmediatamente añadir que también se hallan sujetos al principio de troncalidad los raíces ubicados en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio, puesto que a ellos extiende su vigencia igualmente el Fuero vizcaíno (art. 146 LDCF).

En tercer lugar, y puesto que la troncalidad tiene por objeto proteger el carácter familiar del patrimonio (art. 17.1 LDCF), como regla general es necesario, para que los bienes raíces anteriormente mencionados queden sometidos a su imperio, que provengan de tal familia y que, claro está, existan sujetos pertenecientes a ella. Más exactamente, la Ley considera raíces vinculados a los provenientes del tronco, es decir, a aquellos que el titular haya adquirido, bien de un ascendiente común a él y al pariente en cuestión, bien de un colateral si este, a su vez, los recibió de un ascendiente común. Por el contrario, la raíz obtenida de cualesquiera otros sujetos, debe considerarse habida de extraños y, entonces, de libre disposición a los efectos de la troncalidad. Así, por ejemplo, el caserío que el causante recibió mediante herencia del abuelo paterno (primer poseedor) tiene la condición de troncal para sus hijos (línea recta descendente), para su progenitor (línea recta ascendente) y para sus hermanos, tíos y primos que lo sean por parte de padre (línea colateral). Sin embargo, no lo tiene para su madre, ni para los parientes de esta, ni para los hermanos del abuelo paterno.

No obstante, semejante regla general cuenta con una importante excepción, ya que la ausencia de una procedencia familiar del bien no impide la aplicación del principio de troncalidad frente a los hijos y demás descendientes del titular.

En síntesis, bienes troncales serían los siguientes (art. 22 LDCF): a) Con relación a la línea descendente, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado, cualquiera que

fuese el título de su adquisición, aunque hubiesen sido adquiridos de extraños. b) Con relación a las líneas ascendente y colateral, todos los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del sucesor y del causante de la sucesión, “incluso los que este último hubiese adquirido de extraños”. El inciso recién entrecomillado tiene por objeto facilitar, en el particular caso de estas dos líneas de parientes, que recuperen la condición de troncales bienes que la perdieron al salir de la familia troncal del titular actual. De esta guisa, verbigracia, la raíz enajenada onerosamente a extraño por el padre del causante, que hubo, a su vez, del abuelo de este, retornaría troncal (en virtud de la citada norma) frente a los tíos y el progenitor del “de cuius” si finalmente dicho extraño se la transmitiese a este último, y ello aun cuando el causante y sus mencionados tíos hubiesen decidido no ejercitar el derecho familiar de preferente adquisición (arts. 112 y ss. LDCF).

6. En concordancia con cuanto se acaba de exponer, el Fuero vizcaíno dibuja el siguiente espectro subjetivo para el principio de troncalidad, en cuya virtud son parientes tronqueros (arts. 20 y 21 LDCF):

a) En la línea descendente, los hijos y demás descendientes, incluso los adoptivos, sin ningún límite de grado.

b) En la ascendente, los ascendientes de la línea de donde proceda la raíz, aunque el parentesco troncal terminará en aquel que primero la poseyó. Nótese lo lógico de esta última limitación en la medida en que a la raíz solo se le asigna carácter troncal en relación a los ascendientes que, a su vez, desciendan del tronco (o primer titular). Los ulteriores carecen, en consecuencia, de la condición de tronqueros: esta corresponde en exclusiva a los descendientes del tronco y a este mismo.

c) En la línea colateral, los parientes que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz troncal hasta el cuarto grado civil de consanguinidad. Pero recuérdese que, al igual que acontece en la línea recta ascendente, para ser pariente tronquero es necesario, además, que el colateral descienda de un ascendiente común al titular que hubiese poseído la raíz en cuestión. Por ejemplo, el tío del “de cuius” por parte de padre no será pariente tronquero respecto de los raíces que el causante adquirió de su progenitor si este, a su vez, los hubo de extraño, entrando así por primera vez en la familia; y ello a pesar de que, obviamente, aquel se encuentra en la línea (paterna) de la que provienen.

7. Es sabido que, en el Estado español, los conflictos normativos que pueden suscitarse en el nivel interno entre el ordenamiento sucesorio vizcaíno y el Código civil o cualesquiera otras leyes sucesorias autonómicas (catalana, aragonesa, navarra, gallega, etc.) no se resuelven utilizando el mismo punto de conexión establecido para los de carácter internacional (art. 9.8), porque, por definición, este deviene inservible en el plano interregional: en efecto, el sujeto implicado siempre será un

causante con nacionalidad española. De ahí que nuestro legislador opte por el empleo de otro criterio diferente, cual es el que viene suministrado por la vecindad civil. Así, según dispone el artículo 16.1 CC, si bien en principio los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional deberán resolverse según las normas establecidas para los conflictos internacionales, en ellos la ley personal será aquella que venga determinada por la vecindad civil.

Esta figura, regulada en los artículos 14 y 15 CC, puede definirse, por consiguiente, como el criterio que determina la sujeción de los nacionales españoles a alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en el territorio del Estado en tanto que ley personal suya o, dicho más sintéticamente, como el punto de conexión por medio del cual se fija el ámbito personal de los distintos Derechos civiles que coexisten en España. Es, entonces, el criterio que determina qué ordenamiento sucesorio (el del CC o el de alguno de los Derechos civiles autonómicos) se aplica a la herencia de un causante con nacionalidad española.

En este punto, procede resaltar que el papel que a la vecindad civil compete en el seno del Derecho interregional español no ha sufrido variación alguna por mor del Reglamento (UE) n.º 650/2012, pues su artículo 38 establece claramente que los Estados con plurilegislación en materia sucesoria no están obligados a aplicar a los conflictos internos las soluciones que en él se adoptan.

8. Ocurre, sin embargo, que el carácter personal de este punto de conexión no cohonesta adecuadamente con la naturaleza territorial de la propiedad troncal (arts. 17 y 18 LDCF), de donde surge la cuestión consistente en dilucidar si los límites que ella comporta en orden a la libertad de disposición de los bienes raíces afectan solo a los vizcaínos o si, antes bien, afectan a todo titular con independencia de su vecindad civil (art. 10.1 CC).

Si se echa un vistazo a la Historia, se observará que ya la ley XV, título XX del Fuero Nuevo de Bizkaia de 1526 impuso a los vecinos de villa que poseyesen raíces en "Tierra llana" la obligación de respetar y guardar dicho Fuero al momento de disponer de los mismos; norma que, en el sistema del Derecho histórico español, se hizo extensiva a cualquier otro titular de bienes troncales, fuese o no vizcaíno, pues, en este período, y conforme a la doctrina de los estatutos, la sucesión de los inmuebles había de regirse por la "lex rei sitae" (así, para Bizkaia, STS 08-06-1874).

Sin embargo, el Código civil de 1889 rectificó este criterio, y, en su antiguo artículo 10.2, ordenó que las sucesiones legítimas y las testamentarias, cualquiera que fuese la naturaleza de los bienes y el país en que se encontraren, se rigiesen por la ley personal del causante. La introducción de esta nueva (por contraposición al Derecho anterior) norma conflictual implicaba la quiebra del principio de troncalidad, pues cualquier cambio de vecindad que supusiese abandono de la

condición aforada había de tornarlo, forzosamente, inaplicable. Precisamente para evitar este efecto [denunciado por el senador Zavala y el diputado Landecho en los debates suscitados en las Cortes Generales con ocasión de la preparación y promulgación del Código civil -*El Código civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*. Madrid (1989): Secretaría General del Senado, t. II, pp. 1189, 1483 y 1484-], se insertó a continuación de aquel párrafo otro tercero como excepción al régimen de la ley personal del “de cuius”; en él se disponía que “los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya”.

Suprimida esta norma del Código en virtud de la reforma del Título Preliminar llevada a cabo en 1974, es la vigente LDCF la que aborda directamente la cuestión apuntada. A tal fin, dispone en su artículo 23 que los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia, y que, por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma. De donde se deduce que:

- a) Los límites troncales afectan a todo titular de bienes raíces sitos en Tierra Llana que ostente la vecindad civil vizcaína, sea aforada o no (art. 12 LDCF), sin que sea necesario que los parientes tronqueros sean también, a su vez, vizcaínos.
- b) La pérdida de la vecindad vizcaína por adquisición de otra distinta (común o de otro territorio foral) no conlleva la liberación del titular de las limitaciones derivadas de la troncalidad.
- c) Quienes no sea vizcaínos ni lo hayan sido nunca solo podrían quedar sujetos a las restricciones troncales si existiesen parientes tronqueros avecindados en el Territorio Histórico de Bizkaia (fuesen o no, a su vez, aforados).

Nótese, por tanto, que la Ley no impone el principio de territorialidad a todo trance, ya que se exige una conexión personal además de la real: la mera titularidad de una raíz ubicada en Tierra Llana no implica una automática sujeción a los derechos y deberes derivados de la troncalidad; es imprescindible para ello que (por lo menos) uno de los elementos personales de la relación jurídica de que se trate sea (o haya sido) vizcaíno, aforado o no.

9. La previsión de la norma foral puede llegar a suponer una salvedad a la “lex successionis” establecida para los conflictos internos por los artículos 9.8 y 16.1 CC. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, quien en su sentencia de 11-03-2010 ha declarado (precisamente con base en el art. 23 LDCF) que las normas especiales reguladoras de la troncalidad vizcaína conforman una restricción o excepción a la ley sucesoria, con lo que su presencia en el caudal relicto del “de cuius” puede propiciar la quiebra o el fraccionamiento de esta.

Más concretamente, en el supuesto de esta resolución el causante, nacido en Getxo en 1927, pero que había fijado su domicilio en Madrid desde 1964, falleció en esta última Comunidad (en el año 2001) sin descendencia y sin haber otorgado testamento. Su viuda, a falta de otros parientes más cercanos, obtuvo en su favor acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato con base en el artículo 944 CC al ostentar aquel la vecindad civil común (vid. art. 14.5.2.º CC). Sin embargo, en el momento de su muerte dicho “de cuius” era titular, entre otros bienes relictos, de la mitad indivisa de un chalet compuesto de dos viviendas independientes sito en Neguri (municipio de Getxo y, por ende, territorio aforado), porción que adquirió por herencia de su madre en el año 1967.

Al instante de la apertura de la sucesión, sobrevivieron al causante, como únicos parientes colaterales, dos hermanas de vínculo sencillo, que lo eran por parte de madre, así como una sobrina, hija de un hermano de vínculo sencillo premuerto al causante, que también lo era por la rama materna. Ambas hermanas y la sobrina, fundándose en que la finca tenía la consideración de bien troncal con arreglo a los artículos 17 y ss. LDCF, solicitaron se les declarara herederas abintestato respecto de ella con base en lo prevenido en los artículos 23, 68.a) y 72 LDCF.

Pues bien, el Alto Tribunal afirma en la referida sentencia (FJ 3.º) que el hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la LDCF: “La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos inter vivos y mortis causa. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones mortis causa, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión [...]. Este principio se halla reflejado en el artículo 23 LDCFPV, en el que se apoya la sentencia recurrida, el cual, después de establecer que los derechos y obligaciones de la troncalidad corresponden a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia, añade que “[p]or esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma”. En efecto, siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes debe entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados.”

10. Ahora bien, ¿quid de los conflictos internacionales? ¿Puede también la troncalidad actuar en ellos como una excepción al principio de unidad de la ley sucesoria adoptado por el Reglamento (UE) n.º 650/2012?

La respuesta a esta pregunta ha de ser ineludiblemente positiva a la vista de lo dispuesto en su artículo 30, en el que literalmente se lee que “[c]uando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión”. En este precepto el legislador europeo sienta una explícita y nítida excepción al principio de unidad de ley aplicable, sea esta la correspondiente a la residencia habitual del causante, sea la propia de su nacionalidad cuando hubiese hecho uso de la “*professio iuris*” contemplada en el artículo 22.1, excepción por la que se confiere preeminencia a la “*lex rei sitae*” y en cuya virtud se propicia un fraccionamiento de la sucesión.

Tal sería, verbigracia, el caso del vizcaíno (aforado o no) que falleciera en aquel Estado de la Unión en el que venía residiendo habitualmente sin haber optado por la ley de su nacionalidad o el de quien, habiendo emigrado tras perder la vizcainía y adquirir una vecindad civil distinta en territorio nacional, sí hubiese materializado dicha “*professio*”. Al respecto de esta última hipótesis no estará de más llamar la atención acerca de lo prevenido en el artículo 36.1, a cuyo tenor, “[e]n el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión”. El precepto sienta un sistema de remisión “indirecta” conforme al cual la determinación del Derecho territorial aplicable ha de hacerse con arreglo a las normas de conflicto interregional del ordenamiento plurilegislativo. Esto significa, en el caso del Estado español, que la ley sucesoria se determinará con arreglo a la vecindad civil del causante, o, lo que es igual, que a la sucesión del español fallecido en el extranjero que haya hecho uso de la “*professio iuris*” del artículo 22 se le aplicará el ordenamiento sucesorio, estatal o autonómico, que corresponda en función de su vecindad civil.

11. Como con acierto se ha apuntado [CHICOK BARREDA, N.: “Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (2014), vol. 6, núm. 1, pp. 136 y 137], es requisito “*sine qua non*”, por así exigirlo el artículo 30 del Reglamento, que, a fin de que se produzca la neutralización del juego de la norma de conflicto sucesoria, concurra una destinación especial de los elementos objeto de las disposiciones del “*situs*”, destinación que, al afectar a los bienes desde un punto de vista económico, familiar o social, reivindica la existencia sobre ellos de un tratamiento jurídico particular y diferenciado de la regulación de la herencia considerada como un todo. Es, por tanto, la destinación de los bienes la que, como situación fáctica preexistente, se

halla en el germen de la norma sucesoria especial, y no a la inversa. Además, esa realidad de hecho debe afectar muy probablemente –en el pensamiento del legislador europeo– no solo a los intereses individuales de los sucesores, sino también, y sobre todo, a intereses de tipo económico y social, que son los que la norma ha de tender a proteger.

En este sentido, es pertinente subrayar que la troncalidad, como regla de vinculación de los inmuebles en favor de la familia de su propietario, nació cuando la economía de Bizkaia (fundamentalmente, a lo largo de los siglos XIV y XV) se resumía en el desarrollo de una actividad agrícola y ganadera (a través del aprovechamiento de montes y bosques) y, en menor medida, artesanal. Se trataba, pues, de una economía de simple autoabastecimiento que conllevaba una robusta estructura familiar, ya que era el círculo parental el que se constituía en empresa. Tal identificación práctica entre empresa y familia favoreció, a su vez, la identidad jurídica entre bienes y familia de sangre: quien adquiría, a título gratuito u oneroso, inmuebles provenientes de ciertos parientes adquiría, con ellos, un valor obtenido y, quizás, incrementado a través de esfuerzos comunes. El tránsito de dichos bienes a manos extrañas al grupo parental implicaba, por tanto, en forma simultánea el traslado de una riqueza y unas plusvalías forjadas por los miembros del linaje al que pertenecía su dueño. Los efectos reflejos que para la familia tenía cualquier cambio de titularidad de la tierra y la necesidad de mantener y preservar los recursos vitales dentro de ella exigían la articulación de los oportunos instrumentos jurídicos, los cuales obedecían, básicamente, a la siguiente premisa: se otorgaba a los parientes del titular de los inmuebles una posición privilegiada y preferente ante cualquier traslación dominical de tales bienes, al tiempo que se modulaba el alcance y extensión del poder del dueño.

Es palmario que un modelo económico como el descrito no existe en la actualidad. La subsistencia del grupo doméstico ya no depende de la tierra, ni aun del caserío, y, en consecuencia, estos elementos tampoco condicionan (al revés de lo que ocurrió en el pasado) la forma de articulación de aquel. Sin embargo, ello no es óbice para que la troncalidad pueda seguir conceptuándose, todavía hoy, como una manifestación del principio de solidaridad familiar, principio que, en verdad, vendría a informar no solo el Derecho sucesorio de la Tierra Llana, sino su entero ordenamiento privado.

En efecto, nótese cómo las restricciones que la troncalidad comporta respecto de la facultad dispositiva del titular de los bienes raíces no tienen un alcance exclusivamente sucesorio (pues afectan tanto a los actos mortis causa como a los inter vivos, sean gratuitos u onerosos) y que no operan de forma externa, sino que, antes bien, conforman auténticos límites internos del derecho de propiedad recayente sobre ellos. Es decir, no son elementos minorativos de un preexistente derecho de propiedad absoluto, de modo que este quede transformado en un derecho subjetivo distinto, sino particular configuración de aquel. Son de general aplicación a todo titular por prescripción legal y, en este sentido, no constituyen otra

cosa más que el régimen “ordinario” o “normal” de la propiedad recayente sobre inmuebles familiares.

Esto es precisamente lo que quiere significar el artículo 17 LDCF cuando establece que “a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio” (apartado primero), y es este interés familiar al que sirve la troncalidad el que atribuye una concreta configuración a la facultad de disposición ínsita en la titularidad de los bienes raíces (apartado segundo: “En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros”), sin que sea necesario un acto especial para la imposición de semejantes restricciones ni una específica prueba de su concurso: es suficiente con la invocación de la norma que las recoge y con la demostración de la concurrencia del supuesto de hecho que determina su aplicación (apartado tercero: “Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil”). Entonces, los derechos, expectativas, facultades o poderes jurídicos que competen a los parientes tronqueros, en tanto que meras concreciones de ese límite que supone el principio troncal, no podrían conceptuarse jamás como limitaciones externas al derecho de propiedad, sino como elementos que informan su contenido de manera negativa (p. ej., art. 24 LDCF) o positiva (arts. 112 y ss).

De ahí se sigue que no existe impedimento alguno para que la troncalidad reivindique un título exclusivo de aplicación en virtud del artículo 30 del Reglamento frente a una ley sucesoria extranjera. Pues el régimen troncal no es un vacío vestigio de la regla de conservación de los bienes en la familia, sino que es un principio rector que informa el Derecho vizcaíno en su conjunto, “cumplimentando una función social específica que radica en la protección de un valor fundamental de la sociedad vizcaína” (CHICOK BARREDA, N.: “Reflexiones”, cit., p. 141), como es el de la solidaridad familiar.

12. Procede advertir, con todo, que la regla del artículo 30, en tanto que excepciona el principio de unidad de ley aplicable a la sucesión en el que se inspira al Reglamento (UE) n.º 650/2012, ha de ser objeto de interpretación estricta (considerando 54). En particular, no cabría pretender, a partir de ella, la suplantación de la legítima prevista en la “lex successionis” por la establecida por el Fuero vizcaíno para los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante (arts. 55, 56 y 58 LDCF) en el eventual caso de que esta fuese superior a aquella, sino que la salvedad ha de quedar circunscrita a la simple y pura preservación del principio de troncalidad. Cosa distinta, y que solo cabrá resolver “ad casum”, será la de definir el exacto alcance de la incidencia que la troncalidad deba tener, a efectos legitimarios, en la ley que rijan la sucesión de que se trate. En efecto, obsérvese que el principio de vinculación familiar de los raíces, en tales supuestos, originará dos masas de bienes diferenciadas por su contenido: una masa troncal, regida por la LDCF, y otra no troncal, sometida a la “lex successionis” del causante. La cuestión acerca de si ambas

masas deben reputarse totalmente separadas a tales efectos o si, antes bien, han de integrarse entre sí, habrá de ser resuelta conforme a los principios sucesorios en los que se inspire la ley aplicable, aunque es de subrayar que para las hipótesis de Derecho interregional el artículo 25 LDCF contiene una norma de “integración”, según la cual “[q]uienes no sean vizcaínos aforados gozarán de libertad para disponer, a título gratuito, de los bienes troncales en favor de cualquiera de los parientes tronqueros de línea preferente, pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios” [sobre el significado y alcance de este precepto, vid. GALICIA AIZPURUA, G.: “Legítimas y libertad de testar en el País Vasco”, en AA.VV.: *Tratado de legítimas* (coord. por T. F. Torres García). Barcelona (2012): Atelier, pp. 446-448].

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ELEVAR A ESCRITURA
PÚBLICA Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. COMENTARIO A LA STS DE
16 DE SEPTIEMBRE DE 2014

FAILURE TO COMPLY WITH THE OBLIGATION TO GRANT PUBLIC
DEED AND TERMINATION OF THE CONTRACT. COMENT ON STS 16
SEPTEMBER 2104.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 503-516.

Fecha entrega: 28/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
salvador.carrion@uv.es

RESUMEN: La sola inserción en un contrato de compraventa, formalizado en documento privado, de la cláusula por la cual las partes contratantes se obligan a su elevación a documento público, no genera una “obligación principal”, cuyo incumplimiento, conforme a lo dispuesto por el art. 1280 CC, daría lugar a instar la resolución por incumplimiento. Se fija como doctrina jurisprudencial que dicho incumplimiento “no es causa directa de resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil.”

PALABRAS CLAVE: Compraventa, contrato, resolución, forma, obligación, incumplimiento.

ABSTRACT: The mere inclusion in a private purchase contract of the clause agreeing to grant public deed doesn't create a 'primary obligation' whose breach, in accordance with Article 1280 CC would lead to request the termination for failure. This failure won't be cause for termination of the contract, in accordance with Article 1124 CC.

KEY WORDS: Purchase agreement, contract, termination, form, obligation, breach.

1. D. Justiniano presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valladolid, contra D. Clemente, D. Ignacio, D. Ricardo, Dña. Verónica y Doña Eva (todos ellos componentes de una Comunidad de Bienes dedicada a la promoción y construcción inmobiliarias), instando se declarase la resolución de los contratos de compra venta de una plaza de garaje sita, asimismo, en la ciudad de Valladolid, y formalizados en sendos documento privados de fechas 7 de junio y 28 de diciembre de 2006, (de novación del primero), entre el demandante y los demandados. Se invocaba por el demandante, como causa de resolución, la circunstancia de que, si bien en la fecha últimamente citada, se había pagado la totalidad del precio, y se había otorgado la posesión del garaje, no se había procedido al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, a pesar de los requerimientos del actor, pese a figurar dicho otorgamiento en las estipulaciones quinta y novena del último de los contratos de compraventa citados con anterioridad, y que reproducían a su vez las ya contempladas en el contrato antecedente de 7 de junio de 2006. El motivo estaba en que uno de los componentes de la comunidad se encontraba en trámites de separación y liquidación, circunstancia esta que motivaba la negativa de la esposa al otorgamiento de la citada escritura pública. Por todo ello, el actor solicitaba la resolución del contrato.

Asimismo, en el *petitum* de la demanda, se solicitaba por el actor la devolución por los demandados, solidariamente, de la cantidad de cincuenta y un mil diecinueve euros, más los intereses legales de la cifra antedicha desde el 16 de marzo de 2009, fecha del requerimiento notarial llevado a cabo por el demandante solicitando el otorgamiento de la escritura pública aludida en precedencia.

En la contestación, los demandados solicitaron la desestimación de la demanda, así como la condena en costas a la parte demandante.

El Juez de Primera Instancia, en fecha 31 de mayo de 2011, desestimó íntegramente la demanda, con imposición de costas al demandante.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid por la representación procesal de D. Justiniano, la Sección 3ª de la misma dictó sentencia el 21 de febrero de 2012 estimando, en su integridad, la apelación, y en consecuencia, declaró la procedencia de la resolución del contrato, condenó solidariamente a los demandados a devolver al demandante la cantidad por éste solicitada, rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva formulada por Dña. Eva, porque en los documentos de venta no aparecía su firma, y condenó asimismo a los demandados al pago de las costas de la instancia, sin especial imposición de las de la alzada.

La estimación de la apelación se fundamentaba en que en las cláusulas quinta y novena del contrato de 7 de junio de 2006, como en el de novación de 28 de diciembre del mismo año, comprador y vendedor se comprometían a elevar el documento privado a escritura pública. “Cuando existe un documento privado de

compraventa -argüía asimismo el fallo de la Audiencia - y se ha entregado posesión del inmueble y no se ha elevado a escritura pública la compraventa por culpa del vendedor y es solicitado dicho documento por la contraparte la doctrina que sigue la AP de Valladolid... es opuesta a la manifestada por el Juzgador de Instancia y hemos acordado haber lugar a la resolución del contrato. El cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes. El compromiso fue -concluía la sentencia de la apelación- la elevación inmediata a público del documento privado”.

Contra la sentencia de la Audiencia, se interpuso recurso de casación ante la Sala Primera del TS, con apoyo en un único motivo: infracción de los arts. 1278, 1279, 1280 y 1450 CC (en vulneración de la doctrina consolidada del TS, SS. de 5 de febrero de 2007 (núm. 130/2007) y de 29 de julio de 1999).

El fallo del TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, casando y anulando en su integridad la sentencia de la Audiencia, y confirmando en su lugar la del Juzgado, con expresa imposición de las costas de Primera Instancia y de la Apelación a la parte demandante, y declarando la improcedencia de hacer expresa imposición por cuanto a las costas de la casación.

2. En el primero de los fundamentos, la sentencia describe con nitidez la cuestión de fondo planteada:

“El presente caso plantea, como cuestión de fondo, si el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública la compraventa privada de una plaza de garaje, por parte de los vendedores integrantes de una comunidad de bienes dedicada a la construcción y promoción inmobiliaria, es causa de resolución del contrato celebrado al amparo del artículo 1124 del Código Civil”.

3. “Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que el incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado, conforme a lo dispuesto por el artículo 1280 del Código Civil, no es causa directa de resolución contractual al amparo del artículo 1124 del Código Civil”.

4. El núcleo argumental de la sentencia se contiene en el tercero de los fundamentos de Derecho y, a su vez, descansa en dos consideraciones doctrinales (obtenidas desde la perspectiva de la interpretación sistemática de los arts. 1279 y 1280 CC), de las que el Magistrado ponente infiere una conclusión práctica que es la que fundamenta, en su integridad, el fallo.

Moviéndonos ahora en el primero de los planos antedichos, el de las consideraciones doctrinales, no se presenta novedosa la primera de las

consideraciones de la sentencia según la cual no es la compraventa una figura contractual “enmarcable” o “encuadrable” entre los llamados “contratos formales”, que, como su propia denominación indica, exigen la observancia de una forma solemne, o *ad substantiam*, como presupuesto para su validez y eficacia. Y ello por resultar obvio que, en nuestro sistema jurídico, el contrato de compraventa no figura entre aquellos:

“Contrariamente a los casos en que nuestro Código Civil otorga a la forma del contrato un carácter solemne como presupuesto de su validez y eficacia, la exigencia formal del artículo 1280 en relación a que ciertos contratos, entre ellos, la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles, (número primero del citado artículo), consten en documento público no puede ser entendida como una referencia normativa pertinente al presupuesto de validez y eficacia del contrato celebrado, esto es, que incumplida dicha finalidad el contrato resulte inexistente por (*rectius* para?) las partes o carente de eficacia alguna; pues el propio artículo 1279, como proyección del principio espiritualista como criterio rector del formalismo contractual (artículo 1278 del Código Civil), parte de la propia validez y eficacia estructural de los contratos enumerados en el artículo 1280 del Código Civil que no constan en escritura pública al disponer “que contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”.

Procedamos ahora a transcribir la segunda de las consideraciones apuntadas:

“La segunda consideración, al hilo de lo expuesto, es que la exigencia de esta finalidad (la de la elevación a escritura pública, se entiende) incide, en consecuencia, en el plano del reforzamiento de la eficacia contractual del contrato, pues con su cumplimiento el contrato resulta eficaz frente a terceros”.

De las dos anteriores premisas, se infiere la “conclusión práctica al respecto es que: “conforme al principio de la autonomía de la voluntad, si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal un valor determinante ya para la propia validez del contrato, o bien para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos”.

5. Partiendo de la doctrina expuesta, son tres las afirmaciones en las que se sustenta la estimación del recurso de casación:

a) De la interpretación del contrato celebrado “se infiere, sin dificultad, que la meritada exigencia formal no viene revestida del carácter esencial apuntado ya para la propia validez del contrato, o bien para el curso de su propia eficacia contractual resultando, por el contrario, su configuración genérica conforme al marco descrito del artículo 1280. 1 del Código Civil (estipulación novena)”.

b) “En segundo lugar, y atinente al plano de la realidad del contrato se debe señalar que el contrato quedó perfeccionado y ejecutado en sus principales obligaciones, pues resulta indiscutido que en el mismo concurrieron todas las condiciones necesarias para su validez, que se llevó a efecto la entrega de la cosa (con la entrega de las llaves y posesión de la plaza de garaje (estipulación primera) y se realizó el pago del precio pactado (estipulación primera).

c) “Por último, y en tercer lugar, debe también señalarse el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes utilizó el cauce adecuado para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelerse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública”.

La primera de las anteriores afirmaciones no constituye sino reiteración de que el deber de “constar en documento público” los actos y contratos a que se refiere el art. 1280, NO afecta a la validez o existencia del contrato (art. 1261 CC). La observancia de la forma no es, pues, un requisito de validez, y el deber legal formulado en el artículo 1280 de que los actos y contratos que indica el precepto deberán constar en documento público queda subordinado, por virtud de lo dispuesto en el art. 1279, a la *facultad* de que uno de los contratantes pueda exigir del otro que el contrato (válido aunque no conste en documento público) se otorgue en escritura pública. Y ello, ante las ventajas, más que evidentes, que presenta la escritura pública no sólo a efectos de prueba, sino también a otros efectos, entre ellos el acceso a los Registros, el de su oponibilidad a terceros o el de preferencia de los créditos en caso de concurso.

Desde la perspectiva expuesta, que indudablemente es la de nuestro Derecho, se impondría concluir que la facultad de exigir el otorgamiento de escritura, que viene conferida por el art. 1279 CC, viene a añadirse a las que ya, por la propia virtud del contrato, tienen las partes contratantes para exigir el cumplimiento de las obligaciones que de aquél derivan.

Y es que, tomada en su literalidad la regla enunciada en el art. 1280.1, y dado además el amplio elenco de actos y contratos mencionados en el citado artículo, el resultado no sería otro sino el de una extraordinaria reducción, por cuanto a su alcance se refiere, del principio de libertad de forma enunciado en el art. 1278. A evitar así una interpretación tan sumamente adversa para el principio de libertad de forma, responde la finalidad misma del art. 1279, limitando la exigencia legal de la observancia de la forma escrita establecida en el 1280 a una simple facultad de los contratantes en orden a “compelerse recíprocamente a llenar aquella forma” desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del contrato. Establecido, pues, que el contrato es válido aunque no se otorgue la escritura (art. 1278), viene a quedar intacta la regla general según la cual “los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

En el supuesto de que las partes contratantes no hayan atribuido a la meritada exigencia formal un alcance diferente del que se acaba de exponer, que es el que le atribuye el propio Código, cabría hablar (como hace la sentencia) de “configuración genérica” de aquélla, “conforme al marco descrito del artículo 1280.1 del Código Civil”. Desde esta perspectiva, la sentencia viene a “contraponer” de algún modo el plano de la llamada “configuración genérica” (por cuanto a la observancia de la forma se refiere), a aquéllos otros (planos) en los que la dicha observancia opera como presupuesto esencial de “validez” o de “eficacia” contractuales. Es decir, en tanto esta exigencia de observancia de la forma (en el caso, el otorgamiento de la escritura) no venga inserta, con carácter esencial, por la voluntad de las propias partes contratantes, en el ámbito de la validez o de la eficacia del propio contrato, su incumplimiento se ofrece insuficiente en orden a instar su resolución.

6. La circunstancia de que la compraventa no sea en nuestro Derecho un contrato formal, no es óbice desde luego para que las partes lo puedan configurar como tal si así lo desean. Consecuentemente, cuando la sentencia se refiere a que la “meritada exigencia de forma” “no viene revestida de carácter esencial”, es obvio que no se está refiriendo ya al dato normativo de que en nuestro sistema la compraventa no venga sujeta a una exigencia de forma *ad substantiam*, sino a la circunstancia de que las propias partes contratantes, que en el ejercicio de su autonomía, pudieron configurar como “formal” (*ad substantiam*) la concreta compraventa realizada, no lo hicieron así. Ninguna duda podría caber por cuanto se refiere a la libertad de las partes contratantes para “subordinar” la existencia misma del acto jurídico contractual a la observancia de un requisito formal (en el caso, el otorgamiento de la escritura pública notarial). Y es asimismo obvio que, de haber optado aquellas por esta posibilidad, el cumplimiento de tal requisito se ofrecería como elemento esencial indispensable para la existencia misma, y consiguientemente, para la validez del acto jurídico contractual, en cuanto “integrado” o “pertenciente” a la estructura misma del negocio, por la propia voluntad de las partes contratantes. Desde esta perspectiva, es innegable que en los supuestos en que la observancia de una determinada forma viene exigida como requisito de *valides* (vgr., por ser quizá el ejemplo más socorrido, art. 633 CC, para la donación de inmuebles), el elemento formal se ofrece o presenta como esencial, por cuanto se ofrece con idéntico valor al propio del consentimiento, el objeto y la causa. Pero no es menos cierto que este mismo “alcance”, la atribución a la observancia de una forma pública del carácter de “elemento estructural” del negocio, puede ofrecerse como consecuencia de la voluntad de las partes contratantes. En el caso concreto enjuiciado, es claro que la dicha exigencia formal no fue revestida de carácter esencial para la existencia misma y validez del acto jurídico contractual. No se dotó a dicha exigencia de la naturaleza de elemento *esencial* del contrato celebrado. Dicho de otro modo, la “esencialidad” de la forma puede venir, y viene, impuesta por la ley en los llamados “contratos formales”, pero nada impide que las partes, en uso de su autonomía, confieran o atribuyan igualmente idéntico carácter a la observancia de una determinada forma (en el caso, el otorgamiento de la escritura pública) en el contrato que celebran. Y

ello, claro es, aunque se trate, como es el caso contemplado por la sentencia, de un contrato (como el de compraventa) para el que el legislador no establezca como *esencial* la observancia de una forma determinada. No fue ese el caso. Consecuentemente, la exigencia formal se mantuvo, pues, en ese “plano puramente genérico” al que la sentencia se refiere, y que, obviamente, no es otro sino el que se deduce del art. 1280, en interpretación sistemática con los arts. 1279 y 1278 CC. La referencia, pues, del fallo al “plano puramente genérico” en el que la exigencia formal se mantuvo, significa en definitiva que la misma “no descendió” (si se permite la expresión) del plano apuntado al plano propio de los elementos esenciales del acto jurídico contractual, y por esenciales indispensables para la existencia y validez del acto jurídico contractual. Y quizá cabría recordar que la calificación de validez, referida a un determinado contrato, requiere como dato previo que el contrato esté formado, completo, o perfecto, términos todos ellos que, en puridad, no cabría predicar de un contrato “solemne” o “formal” (ya por disposición de la ley, ya por la propia voluntad de las partes contratantes) respecto del que no se hubiere observado la forma *ad substantiam*.

Desde la perspectiva a que acaba de hacerse referencia, no cabría a lo que parece sino estar de acuerdo con el fallo del TS. Que la elevación a escritura pública NO se quiso por las partes como “elemento estructural” del negocio, en concurrencia así con los restantes elementos esenciales, parece fuera de toda duda. Otra cosa bien distinta, y a la que se aludirá después, es la de si quepa, o no, compartir en su integridad el argumento de la sentencia según el cual la dicha exigencia “se mantuvo” en ese plano aludido como de “configuración genérica”, cuando aquella venía recogida de modo expreso en las cláusulas quinta y novena del contrato privado, siquiera referida desde luego al ámbito de la eficacia contractual.

7. “[L]a meritada exigencia formal”, afirma la sentencia, “no viene revestida del carácter esencial apuntado “para el curso de su propia eficacia contractual” resultando, por el contrario, su “configuración genérica conforme al marco descrito del artículo 1280.1 del Código Civil (estipulación novena)”.

El hilo argumental de la sentencia desciende ahora, del plano de la validez, al plano de la eficacia del acto jurídico contractual. A la dicha exigencia de forma, según la sentencia, ni las partes le atribuyeron carácter esencial en orden a la validez del contrato, ni tampoco en orden al plano de su eficacia. Presupuesto así para el juzgador que a la forma solemne no se le atribuyó por los contratantes carácter esencial en orden a la formación, completitud, o perfección del contrato celebrado, se trata a continuación de determinar si las partes quisieron o no esa misma esencialidad, siquiera ahora referida a la producción de los “efectos negociales”: los que se producen cuando el contrato está formado, completo o perfecto.

“Se debe señalar -afirma la sentencia- que el contrato quedó perfeccionado y ejecutado en sus principales obligaciones, pues resulta indiscutido que en el mismo

concurrieron todas las condiciones necesarias para su validez, que se llevó a efecto la entrega de la cosa (con la entrega de llaves y posesión de la plaza de garaje, estipulación primera) y se realizó el pago del precio pactado (estipulación primera)”.

Se entremezclan aquí consideraciones referidas a la estructura misma del acto jurídico negocial (“el contrato quedó perfeccionado...”; “...en el mismo concurrieron todas las condiciones necesarias para su validez”), con las atinentes ya al ámbito de la eficacia contractual (“...y ejecutado en sus principales obligaciones, se llevó a efecto la entrega de la cosa [...] y se realizó el pago del precio”).

La referencia del fallo a “las principales obligaciones” que del contrato dimanaban, es obvio que hay que entenderla hecha a los denominados por la doctrina científica “efectos negociales típicos o propios” (por contraposición a los denominados efectos “accesorios”, “laterales”, o “protectores”, con los que se protege la posibilidad del cumplimiento), que son los que responden a la finalidad pretendida al contratar y, más concretamente, a los “esenciales”, que, en el caso concreto de la compraventa, se materializan en la entrega de la cosa con la intención de transmitir la propiedad de aquélla (por el vendedor), y el pago del precio pactado (por el comprador).

Sin duda que en las consideraciones de la sentencia que se acaban de transcribir descansa el argumento “central” en orden a desestimar el ejercicio de la acción de resolución: la elevación del contrato privado a escritura pública no vino configurada por las partes contratantes como obligación principal. No le atribuyeron tal carácter. Y ello pese a hacerse constar en dos de las cláusulas contractuales del contrato suscrito por aquéllas. O dicho de otro modo, la “principalidad” sólo sería predicable, insisto, según el fallo, de los efectos negociales típicos “esenciales” de la compraventa (entrega de llaves y posesión de la plaza de garaje y pago del precio). De ahí la improcedencia del ejercicio de la acción de resolución *ex art.* 1124 CC.

Además, la dicha eficacia del acto jurídico contractual no solamente se produjo, sino que fue inmediata, en cuanto esos efectos negociales típicos no quedaron relegados a un momento ulterior al de su perfección.

“Si las partes quieren otorgarle a esta exigencia formal (la de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado) un valor determinante para su eficacia, esta condición esencial debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo” (careciendo en otro caso de la relevancia requerida a efectos de su resolución).

¿Cuándo cabría considerar entonces que las partes han otorgado a esa “exigencia formal” un “valor determinante” en orden a la eficacia del contrato por ellas celebrado?: desde un planteamiento sumamente general, cabe decir que siempre que la producción de esos “efectos negociales típicos” no sea querida por los contratantes en el caso de que no se lleve a cumplimiento la citada exigencia de

forma. Con lo que cabría hablar en tal caso de una “eficacia mediata o diferida”, por cuanto dicha eficacia se produciría en un momento ulterior al de la perfección del acto jurídico contractual. Una previsión en tal sentido, inserta desde luego en el contenido mismo del negocio, conllevaría como consecuencia que la meritada exigencia de forma, lejos ya de venir configurada genéricamente, “descendería” al plano de la eficacia, impidiendo (por voluntad desde luego de las propias partes contratantes) la producción de los efectos típicos para el caso de la no observancia de aquélla.

¿Se trataría entonces de una condición en sentido técnico? Ningún inconveniente parece haya en cuanto a la configuración de ese otorgamiento de la escritura como un acontecimiento incierto, y, consiguientemente futuro, del que se hace depender los efectos típicos del negocio celebrado. Dejemos ahora de lado el encuadramiento de una tal previsión en el marco clasificatorio de las condiciones. El término “condición esencial” es el utilizado por la sentencia, pero es obvio, por evidente, que el empleo aquí del término “condición” no lo es en sentido técnico, dada la conexión que el fallo establece entre la susodicha “condición esencial” y “la relevancia requerida a estos efectos”, efectos que, a lo que parece, no pueden ser otros sino precisamente los solicitados por la parte demandante, es decir, los propios de la resolución contractual. Y es que mal cabría hablar de “resolución” con referencia a un acto jurídico contractual cuyos efectos vienen subordinados, por voluntad de quienes lo celebran, al cumplimiento de un acontecimiento incierto, configurado, claro es, como condición suspensiva.

No cabe sino concluir que la utilización del término condición esencial debe ser entendida necesariamente aquí como equivalente a “cláusula contractual” a la que las propias partes atribuyan u otorguen un valor determinante. En definitiva, la exigencia de observancia de la forma pública será “esencial”, y tendrá “un valor determinante”, en cuanto posibilitará en su caso el ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento, cuando presente naturaleza de “obligación principal”, y que, consecuentemente, y como la propia sentencia se encarga de corroborar, quizá innecesariamente, “debe figurar inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo”, y ello en orden a una hipotética y futura pretensión de resolución. Se pasaría así de la “configuración genérica” de esa constancia en documento público de los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles *ex* art. 1280.1 CC a la que, por contraposición a aquélla, cabría llamar “previsión concreta” de esa observancia de una forma pública.

Pero ¿acaso en el caso concreto enjuiciado no figuraba inequívocamente en el contenido contractual llevado a cabo esa obligación de elevar a forma pública? La respuesta no puede ser sino afirmativa. En consecuencia, el verdadero alcance de la exigencia de “figurar inequívocamente” parece no pueda ser otro sino el de atribuir carácter de obligación principal a la susodicha obligación, alejándola ya de esa “configuración genérica conforme al marco descrito del artículo 1280. 1. CC”. No

se trata, pues, de que el contrato la mencione, la establezca, o se refiera a ella, sino de que, además, le venga atribuida por las partes el carácter de “obligación principal”, convirtiéndola así en “efecto negocial esencial” del propio contrato de compraventa, y cuyo incumplimiento (entonces sí) permitiría instar la resolución.

8. Para enervar sin embargo esa simple “configuración genérica” de la exigencia de forma pública *ex* art. 1280.1 CC, por cuanto a la transmisión del dominio de inmuebles se refiere, la doctrina sentada por la sentencia viene a afirmar la insuficiencia, *per se*, de la inclusión de dicha exigencia en el contenido contractual llevado a cabo. No basta, pues, que figure en el contrato: la susodicha “condición esencial debe figurar inequívocamente, pues de otra forma carece de la relevancia requerida a estos efectos” (efectos que, insisto, no pueden ser otros que los dimanantes de la pretensión de resolución, instada por la parte compradora).

¿Qué quiere decir exactamente el fallo cuando se refiere a “condición esencial (que) debe figurar inequívocamente”? ¿Acaso cabría afirmar que esa constancia inequívoca no se producía aun con la inserción de cláusulas contractuales del siguiente tenor?:

“Comprometiéndose (el comprador) a concurrir al otorgamiento de la correspondiente escritura ante notario en el plazo en el que sea requerido por el promotor, siendo condición indispensable para la firma de las escrituras de compraventa el haber abonado todas las cantidades acordadas” (quinta de las estipulaciones del contrato privado de compraventa de fecha 28 de diciembre de 2006).

“El presente contrato será elevado a escritura pública conforme señala el artículo 1280.1 CC ante el notario con residencia en Valladolid que el vendedor designe, ello por expresa facultad que el comprador concede a aquél”.

La constancia “inequívoca” no parece, pues, pueda ser puesta en duda al menos desde una perspectiva puramente gramatical, puesto que la “previsión contractual” era, a lo que entiendo, del todo clara al respecto. El carácter inequívoco viene aquí conectado al carácter principal o no de la exigencia formal de elevar a escritura pública el contrato de compraventa celebrado. La procedencia entonces de la resolución exigía, a su vez, la determinación del “carácter principal” de dicha exigencia formal, con lo que la sentencia que se comenta viene a trazar (al igual que otras precedentes) una línea divisoria entre obligaciones que, en la compraventa, cabría calificar de “básicas”, y las restantes, de las que no cabría predicar tal carácter. Reducidas las primeras a la entrega de la cosa y el pago del precio, y cumplidas ambas en el caso enjuiciado, la determinación entonces del carácter principal o no de la tantas veces citada exigencia formal, centra el análisis ulterior, que se resuelve en sentido negativo. Pese al tenor de las cláusulas contractuales transcritas con anterioridad, el fallo estima que la dicha exigencia formal se mantuvo en el plano de su “configuración genérica”, sin llegar a alcanzar o revestir el carácter de prestación

“principal”, presupuesto este indispensable en orden al ejercicio en su caso de la acción de resolución *ex art.* 1124. Determinar entonces “lo que constituye o no una prestación principal es algo que se confía, en general, -afirmaba MONTÉS PENADÉS, V.L: “Comentario al art. 1124 CC”, en AA.VV: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, (dirección por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART). Madrid (1989): Edersa, tomo XV, Volumen 1º, arts. 1088-1124, p. 1240)-, al criterio del juzgador, pero en la que cabe un cierto juego de la autonomía de la voluntad en función de los fines que se propongan los contratantes; ... las partes -añadía- pueden configurar como importantes o principales determinadas prestaciones dentro del ámbito de la buena fe y de los usos negociales”. Ninguna duda puede haber entonces respecto a que “la configuración (por las partes) como importante o principal” de una determinada prestación (en el caso, la elevación a documento público del contrato privado) y “el otorgamiento a la exigencia formal de un valor determinante” (terminología esta empleada por la sentencia) se ofrecen como declaraciones equivalentes.

9. La desestimación de la pretensión de resolución *ex art.* 1124, la fundamenta asimismo la sentencia (fundamento tercero) en un tercer argumento:

“Por último, y en tercer lugar, debe también señalarse el hecho crucial de que, pese al tiempo transcurrido, cinco años, ninguna de las partes utilizó el cauce adecuado previsto para el cumplimiento de esta exigencia formal, esto es, compelerse en vía judicial para que se proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública”.

El cauce aludido por el fallo, obviamente, no es otro sino el del art. 1279 CC, pero a lo que aquí importa el transcurso de un periodo de cinco años sin que ninguna de las partes compudiese judicialmente a la otra en orden a proceder al otorgamiento de la escritura, es tomado en consideración por la sentencia en orden a la consideración del carácter “no principal” de la dicha obligación. En definitiva, del transcurso de esos cinco años sin hacer entrar en juego el precepto del Código a que se ha hecho referencia, se infiere por la sentencia que no fue voluntad de las partes configurar como “principal” la dicha obligación. El argumento, con todo, aún siendo indicativo en alguna medida, distaría de presentarse como decisivo. Presupuesta la existencia de la susodicha obligación en dos de las cláusulas contractuales, el retraso (por prolongado que sea, en el ejercicio de la acción *ex art.* 1279, y obviamente, siendo posible aun su ejercicio al no haber transcurrido el plazo de prescripción de aquélla), no parece se ofrezca con virtualidad suficiente en orden a la conclusión inferida por el fallo.

10. La doctrina sentada por la sentencia objeto de este comentario se presta a algunas consideraciones que, consecuentemente, tienen que ver con ese ámbito, con frecuencia dudoso y ambiguo, del “carácter principal” de alguna(s) de la(s)

cláusula(s) o estipulaciones que suelen contenerse en el contenido de un contrato de compraventa.

En mi opinión, cuando las partes contratantes insertan en el contenido mismo del contrato que suscriben cláusulas del tenor de las que se contenían en el supuesto enjuiciado por la sentencia objeto de este comentario, no parece pueda compartirse el criterio según el cual aquéllas se ubicarían en ese marco de “configuración genérica” descrito en el art. 1280.1 CC. Y es que, a lo que creo, la tan aludida “configuración genérica” parece deba entenderse acontecida cuando, celebrado en documento privado un contrato de compraventa de inmuebles, no cupiere hallar en el propio contenido contractual referencia alguna a la elevación de aquél a documento público, al amparo del precepto antedicho. Y ello, por cuanto, aun omitiéndose como digo en el propio contenido contractual referencia alguna a esa elevación, es innegable que las partes contratantes podrían compelerse a ello, al amparo del art. 1279 CC.

Consecuentemente con lo anterior, cuando en el contrato se haya previsto expresamente esa formalización del mismo en documento público, como sin ningún género de duda acontecía en el caso enjuiciado, considerar (aún así) improcedente el ejercicio de la acción de resolución por incumplimiento, estimando que, aún presupuesta, insisto, esa previsión contractual, se seguiría estando (por así decirlo) en la “configuración genérica” del 1280.1, dado el carácter no principal de la dicha cláusula contractual, parece desemboque necesariamente en una conclusión que, muy posiblemente, se ofrezca contradictoria con el respeto a la propia voluntad de las partes, por el sumo cuidado que habrán estas de desplegar, cuando se trate de compraventa de inmuebles formalizada en documento privado, en orden a pormenorizar la atribución del “carácter principal” que, en su caso, atribuyan a la elevación de aquél a escritura pública. Y ello, porque no bastará la sola inserción de una cláusula contractual en tal sentido, sino la descripción digamos “minuciosa” del alcance de aquélla, y de su incidencia en el régimen de efectos del contrato celebrado, y todo ello a efectos de que no pueda ofrecerse dudosa la “principalidad” de la misma, y consiguientemente quepa instar sin problema alguno la acción de resolución, caso de incumplimiento.

Si a ello se añade, de un lado, que la plena oponibilidad *erga omnes* sólo la gozan los derechos reales sobre inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, y la necesidad de constancia de aquéllos en documento público, de otro, para el acceso de los mismos a los libros registrales, parece que ello debiera militar de algún modo en pro del carácter principal de cláusulas contractuales como las contenidas en el acto jurídico contractual contemplado por la sentencia objeto de este comentario. Y ello, a lo que creo, por su sola inclusión en el contrato de que se trate.

ESTUDIO DE LA EXTINCIÓN DEL MANDATO DESDE UN PUNTO DE
VISTA JURISPRUDENCIAL

A STUDY EXAMINING THE CESSATION OF THE MANDATE
ACCORDING TO CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 517-532.

Fecha entrega: 26/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

ENRIQUE JOSÉ ESCRIVÁ TERÁN
Becario del IDIBE

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de la jurisprudencia recaída a propósito de la extinción del mandato, prestándose especial atención al supuesto de la revocación, estudiándose sus formas, efectos y excepciones.

PALABRAS CLAVE: Mandato, extinción, revocación, jurisprudencia.

ABSTRACT: This paper analyzes case law regarding the cessation of the mandate; in particular, the revocation, studying its forms, effects and exceptions.

KEY WORDS: Mandate, cessation, revocation, case law.

1. El art. 1709 CC define el mandato como aquel contrato por el cual “se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

Se trata, pues, de un contrato por el cual una persona, llamada mandante, confía a otra, llamada mandatario, la gestión o la realización de algún acto o negocio jurídico, aceptando esta última desempeñarlo por cuenta de aquélla.

Recordemos que es necesario diferenciar las figuras del mandato y de la representación.

a) El mandato es un contrato, con efectos internos, entre el mandante y mandatario, por el cual aquél encarga a éste que actúe por su cuenta.

b) La representación es la facultad que tiene el representante para actuar frente a terceros en nombre del representando, obligando a éste frente a ellos, facultad derivada del negocio de apoderamiento, conferido por el poderdante (representado) al apoderado (representante).

El mandato puede ir unido a un poder de representación, pero ello no tiene por qué ser así. En el primer caso, se habla de mandato representativo, que es aquél que contiene un poder de representación, de modo que el mandatario (representante) actúa en nombre y por cuenta del mandante (representado), obligando a éste frente a terceros. Por el contrario, el mandato no representativo es aquél que no va acompañado de un poder de representación, por lo que el mandatario actúa por cuenta del mandante, pero en nombre propio, quedando él mismo obligado frente al tercero. Además, del mismo modo que hay mandato sin representación, también es posible que exista representación sin mandato. Así sucede en la representación legal de los padres o tutores respecto de sus hijos sujetos a patria potestad o pupilos y en la representación voluntaria, cuando el poder no acompaña al contrato de mandato, sino a otro distinto, como, por ejemplo, el contrato de sociedad, habilitando al administrador único para actuar en nombre de la sociedad.

Sus caracteres básicos son los siguientes: 1º) Se trata de un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, sin exigirse forma alguna, según resulta de los arts. 1709 y 1710 CC. 2º) Es un contrato gratuito, salvo que se pacte lo contrario, aunque, “cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a la que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo” (art. 1711 CC). 3º) Es un contrato bilateral o unilateral, según que produzca obligaciones recíprocas o, exclusivamente, para el mandatario, lo que dependerá de que se haya pactado, o no, retribución. 4º) Es, por último, un contrato de marcado carácter personal, basado en la confianza recíproca de las partes, lo que explica que, además de extinguirse por el mutuo acuerdo de ambas [véase a este respecto el caso resuelto por la SAP Vizcaya 15 septiembre 2004 (JUR 2004, 310362)],

pueda revocarse o renunciarse a él libremente, así como su extinción por muerte de cualquiera de aquéllas.

El art. 1732 CC recoge las causas de extinción del mandato, entre las que no figura, por su obviedad, el cumplimiento del encargo para el cual fue dado.

2. A tenor del precepto, el contrato de mandato se extingue, en primer lugar, por revocación del mandante (art. 1732.1º CC); y ello aunque, tal como precisa la STS 23 marzo 2006 (Tol 872724), el mandato sea retribuido.

A tenor del art. 1733 CC, “El mandante puede revocar el mandato a su voluntad”, lo que es consecuente con la idea de ser un contrato basado en la confianza recíproca de las partes; y, por lo tanto, podrá “compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato”. Según observan las RRDGRN 2 enero 2005 (Tol 570864) y 5 marzo 2005 (Tol 610012), la tenencia, por parte del mandatario, del documento en que conste el mandato permite presumir la vigencia de éste.

La revocación tiene lugar mediante una declaración unilateral de voluntad dirigida al mandatario, por lo que no requiere la aceptación del mismo (aunque sí que llega a su conocimiento) y, dependiendo de la mera voluntad del mandante, éste no tiene por qué solicitarla judicialmente, si es discutida por aquél

Así lo constató la SAP Málaga 20 febrero 2007 (JUR 2007, 174954), la cual rechazó la pretensión del mandante de que se dictara sentencia, declarando la resolución de un contrato de mandato, cuya revocación ya había sido puesta en conocimiento del mandatario mediante una comunicación extrajudicial, “por lo que a partir de ese momento surte efectos jurídicos”. Considera, así, “a todas luces improcedente (...) que se lleve a cabo declaración judicial de resolución contractual de un mandato, que desde la fecha indicada ha de considerarse revocado a instancia del mandante, como consecuencia de la naturaleza ‘intuitu personae’ que lo caracteriza”.

Lógicamente, la revocación ha de ser anterior a la realización del cometido del mandatario.

La STS 30 abril 1992 (Tol 1660482) observa, así, que, “Al no darse revocación constatada antes de la venta llevada a cabo y sólo posterior, la misma resulta inoperante y los derechos del tercero han de ser protegidos y prevalecer, ante la existencia de una efectiva relación contractual, vinculante para las partes”.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona 10 octubre 2000 (JUR 2001, 22482), que señala que no se puede “hablar de revocación cuando la prestación o servicio se encuentran concluidos”. En el caso por ella conocido el mandatario había ya realizado las gestiones encomendadas, restando únicamente el

otorgamiento de la escritura pública, “momento en que ya no es viable eludir el pago al mandatario de los honorarios por los servicios efectivamente prestados.” En consecuencia, le correspondía al mandatario una indemnización por los daños y perjuicios causados, debidos a “la pérdida de los honorarios correspondientes a las gestiones de buena fe realizadas”, al no haber acreditado el mandante que el mandatario “hubiera actuado de forma abusiva”.

2.1. La revocación puede ser expresa, por ejemplo a través de un fax [SAP Guadalajara 30 abril 2003 (JUR 2003, 151226), o de la comunicación del Abogado del mandante, confirmada posteriormente por un correo electrónico y una conversación telefónica [SAP Islas Baleares 8 enero 2013 (JUR 2013, 54577)], pero también tácita, tal y como afirma la vieja STS 10 julio 1946 (RAJ 1946, 938), la cual explica que, tanto una como otra, “requiere, por su carácter de declaración de voluntad, unilateral y recepticia, que ésta llegue al conocimiento del mandatario, para que produzca con respecto a éste, sus naturales efectos”.

La revocación puede ser hecha tácitamente, por ejemplo, si el mandante comparece en la junta general de accionistas para la que había conferido delegación [STS 25 febrero 1992 (Tol 1661487)] o si interviene en la venta que había encargado realizar [STS 4 enero 1991 (RAJ 1991, 106) y SAP Murcia 24 abril 2002 (JUR 2002, 156312)]; así mismo, cuando nombra un “nuevo mandatario para el mismo negocio”, produciendo efectos la revocación del mandato, “desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido” (art. 1735 CC), a no ser que “se haya dado para contratar con determinadas personas”, en cuyo caso “su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber” (art. 1734 CC).

La STS 12 marzo 2012 (RAJ 2012, 4637) entendió que había quedado revocado tácitamente el mandato representativo concedido por la administradora única de una sociedad de responsabilidad limitada, al haber sido ésta cesada por la Junta General de la misma. La administradora había conferido el poder con carácter reservado a uno de los accionistas, desconociéndolo los demás. Dicho poder fue utilizado por el representante, justamente, un día después de conocer la desestimación de la solicitud judicial de suspensión del acuerdo social de destitución de la administradora, para llevar a cabo la venta de naves industriales de la sociedad. Observa el TS que dicha operación no quedaba amparada por el mandato inicialmente conferido, puesto que el mismo había sido revocado tácitamente con anterioridad a la concusión del contrato, declarando, además nula, la venta por simulación, al apreciar la mala fe conjunta del representante y del comprador.

La jurisprudencia ha declarado de manera reiterada que el mero cambio o sustitución de la persona que ostentaba la representación orgánica de una persona jurídica (por ejemplo, el administrador de una sociedad), por sí sola, no implica la revocación tácita del mandato representativo por ella conferido en el ejercicio de sus funciones.

La SAP Madrid 6 noviembre 1996 (AC 1996, 2365) observa que “no se puede confundir la esfera de la representación orgánica de la Sociedad, en la que la misma actúa por sí a través de tal representación, [...] con el ámbito de la representación voluntaria, en el que la Sociedad, al igual que cualquier otra persona, puede actuar a través de otras ajenas a sus órganos de gestión, en virtud del apoderamiento que a favor de ellas hubieren podido otorgar [...]. Por ello, es irrelevante, a efectos del apoderamiento, que se altere la representación legal de la sociedad, o cese en su cargo el Administrador Único que en su día lo confirió, subsistiendo aquél mientras no sea revocado por quien tenga facultades para ello.” Observa la sentencia que “ha quedado probado que, en el momento del otorgamiento del poder, el órgano de gestión de la sociedad estaba constituido por un Administrador Único, siendo debidamente inscrito en el Registro Mercantil [...] pero sin que conste después la revocación expresa y su correspondiente inscripción registral”. De este modo, desestima la Audiencia la pretensión de nulidad del contrato de compraventa celebrado mediante dicho poder.

2.2. Si el mandatario celebra un contrato en nombre del mandante, siendo concedor de la revocación, es evidente que éste último no quedará vinculado por la actuación de aquél (pues obrará sin poderes), a no ser que la ratifique (en los términos previstos en el art. 1259.II CC). Véase a este respecto STS 22 marzo 1986 (Tol 1734462), 16 junio 1990 (Tol 1730384) y 3 marzo 1994 (Tol 1665815).

Por el contrario, si el mandatario no conoce la revocación (y no debiera haberla debido conocer conforme a las exigencias de la buena fe), lo hecho por él vinculará al mandante, siempre que las personas con quienes haya contratado también hubiesen actuado de buena fe; y ello, por aplicación del art. 1738 CC.

La SAP Islas Baleares 21 octubre 1996 (AC 1996, 1984) explica que “El artículo 1738 del Código Civil reconoce como válido y productor de todos sus efectos respecto de terceros que hayan contratado de buena fe, lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, entre ellas, la revocación del poder”. En el caso enjuiciado se otorgó poder el día 6 de abril de 1992, se revocó en escritura pública ante el Cónsul de París en fecha 5 de mayo de 1992, escritura que no fue recibida por el mandatario hasta el día 8 de mayo, y se realizó la venta litigiosa en fecha de 7 de mayo. Se afirma que “en contra de lo apreciado por la sentencia que se impugna, que no queda acreditado con plenitud que llegara a conocimiento del [mandatario] la revocación del poder anterior a la celebración del contrato de compraventa. Pero lo que este Tribunal no considera en modo alguno acreditado es el ‘consilium fraudis’ entre el [mandatario] y los codemandados adquirentes del inmueble. Existe un precio escriturado de 2.500.000 ptas. que si bien es verdad que no se puede considerar el precio de mercado inmobiliario, por sí sólo puede llevar a la convicción de tratarse de un negocio jurídico nulo por inexistencia de precio o precio vil por cuanto el principio de autonomía de la voluntad que rige en materia de contratación hace

innecesario e incluso perjudicial toda indagación acerca de las motivaciones íntimas que lleva a los sujetos contratantes a prestar cuantos negocios estimen por convenientes y con las condiciones que les parezcan oportunas”.

2.3. El hecho de que el mandato sea retribuido no significa que el mandante, que, en tiempo y forma oportunos, hubiera hecho saber al mandatario su posterior revocación deba pagar a este último lo que se hubiera estipulado para el caso de realización de la actividad que se le hubiera encomendado y que, debido a la revocación, no se llevó a cabo.

La SAP Valencia 9 marzo 2000 (AC 2000, 3641) desestimó la pretensión de resarcimiento del mandatario, a quien se había encargado el cobro de un crédito a un deudor moroso, habiendo quedado supeditada su retribución al cobro efectivo del mismo. Dice así que “la revocación podía producirse, como así fue, en cualquier momento”; y concluye: “los exorbitantes honorarios fijados se justificaban sólo por el éxito en el cobro, ciertamente difícil, que era lo que determinaba la intervención del actor en la gestión de aquél, por lo que mal puede hablarse de perjuicios reales y concretos ante hecho tan incierto como el que apuntamos, que es el origen de los honorarios que se dice se han dejado de percibir por la actuación del demandado y que constituyen el perjuicio irrogado al actor”.

En general, puede afirmarse que, siendo la revocación un derecho del mandante, siempre que se ejercite de buena fe, por sí misma, no da lugar a ninguna pretensión de resarcimiento en favor del mandatario (salvo lo que luego diremos respecto de la revocación injustificada cuando el mandato ha sido dado por un plazo determinado). Así lo constata la STS 30 noviembre 2004 (RAJ 2004, 7858), que, sin embargo, matiza dicha idea, indicando que sólo excepcionalmente puede dar a la reparación de daños y perjuicios “una revocación arbitraria en determinadas circunstancias debidamente probadas”, sin que en el caso por ella enjuiciado concediera el resarcimiento solicitado por un Procurador, porque el mismo no tenía “dedicación exclusiva, ni lo era por período pactado, ni en ningún caso [la revocación por parte del Abogado que lo había contratado] fue arbitraria”.

2.4. No obstante lo dicho, el mandato es irrevocable en el caso de que así se haya pactado expresamente, siempre y cuando tal pacto esté conforme con su finalidad [SSTS 31 octubre 1987 (Tol 1737140) y 20 julio 1995 (Tol 1668992)].

La SAP Barcelona 30 marzo 2007 (AC 2007, 1597) consideró lícito el pacto expreso de irrevocabilidad de un mandato representativo concedido por dos hijas a su padre, en virtud del cual este último, con conocimiento de que sus poderes habían sido revocados, compró para sí las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada (que anteriormente había sido una sociedad anónima) pertenecientes a las hijas, quienes demandaron la invalidez de tal contrato.

Por otro lado, la sentencia expone que: “El demandado se opone a la demanda y alega: a) que la compraventa de acciones a favor de sus hijas producida (...) se produjo con el dinero que el propio demandado entregó a sus hijas; b) que seguidamente se otorgó un poder, con carácter de irrevocable, en salvaguardia de los intereses del verdadero propietario de las acciones (después participaciones); c) que la finalidad de dicha transmisión fue que sus hijas se fueran introduciendo en el negocio familiar, en base, a la relación de afectividad existente; d) que como consecuencia de su separación matrimonial, las hijas tomaron partido por su madre, apartaron al demandado del negocio y le han dejado en la calle y sin recursos, siendo estos los hechos que le determinaron a hacer valer los derechos que le concedía el poder.”

La Audiencia, revocando la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Dice, así que “Documentalmente queda acreditado: a) que se pacta la irrevocabilidad; b) que se explica el porqué de ese pacto, al manifestar las hoy actoras que adquirieron las acciones (...) con dinero recibido de su padre; c) que el poder viene circunscrito objetivamente a las acciones de dicha sociedad, no afectando a ningún otro bien de las actoras. No hay que deducir nada; expresamente se realizan las anteriores manifestaciones en los documentos suscritos entre las partes con motivo de la adquisición de las acciones por las actoras;” y concluye: “Partiendo de esta situación fáctica documentada e indiscutida, son las actoras las que han de acreditar que lo que dijeron no es verdad, y en este sentido lo que alegan es que en aquel tiempo firmaban papeles en blanco a su padre. Esto es lo que ellas deben demostrar y, obviamente, no lo han hecho”.

La SAP Cádiz 22 septiembre 2003 (JUR 2003, 243386) conoció de un supuesto de hecho relativo a un mandato con pacto de irrevocabilidad, otorgado por los condueños de una comunidad de propietarios a favor de una empresa gestora, “facultándola para el pleno desarrollo del objeto de la comunidad”, con encargos tales como “comprar el solar, contratar la ejecución de la obra”, estableciéndose “como obligación de los dueños la de mantenimiento del poder, que por tanto solo será revocado por decisión unánime de los propietarios”. Sin embargo, la totalidad de propietarios, con anterioridad a la entrega de llaves (momento en que debía concluir el mandato) revocaron el poder otorgado a favor de la gestora.

La Sala consideró, que si bien no se había producido la entrega de las fincas a los propietarios en el plazo establecido, así como que “en ese momento aún quedaban muchas cosas por hacer y pagos que atender”, todo ello no constituía “una violación grave del contrato [...] para provocar el grave efecto de producir la extinción del mandato.” Afirma, así, que “lo que los comuneros poderdantes no podían hacer era yugular el cumplimiento total del mandato y revocarlo cuando éste estaba ya casi cumplido [...] y por ello viciando de nulidad, los actos finales de entrega de las llaves de los inmuebles y de rendición de cuentas, actividad –con la- que, [...] –se agota el mandato”.

Estimó, en definitiva, improcedente la revocación del mandato, pactado como irrevocable hasta la conclusión del encargo, constatando que se había conferido en atención a la consecución del negocio principal – la edificación y adquisición de viviendas a favor de los comuneros-; y entendió que, por al no haberse acreditado que mediara incumplimiento grave por el mandante, que justificara la revocación extemporánea del encargo conferido, correspondía condenar a la comunidad de copropietarios al pago de las retribuciones dejadas de percibir por la gestora.

2.5. La jurisprudencia observa que el mandato no es irrevocable, si, simplemente, se ha establecido un plazo para su vigencia; no obstante, en este supuesto (a diferencia de lo que antes hemos expuesto como regla general), si aquél es retribuido, su revocación anticipada, hecha sin justa causa, podrá dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Así lo afirman las SSTS 21 diciembre 1963 (RAJ 1963, 5363), 12 junio 1980 (Tol 1740561), 25 noviembre 1983 (RAJ 1983, 6502). En el mismo sentido se orienta la STS 3 marzo 1998 (Tol 171458), que condenó al mandatario, en este caso una empresa dedicada a la prestación de servicios industriales, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la revocación extemporánea del contrato de mandato, el cual había sido pactado por un período de duración de tres años, efectuándose tal revocación, sin haber mediado ningún tipo de incumplimiento, ni cumplimiento defectuoso por parte de la mandataria.

Existen numerosos casos en los que el administrador de una comunidad de propietarios demanda una pretensión de resarcimiento por revocación anticipada del contrato (cuya calificación jurídica oscila entre el arrendamiento de servicios y el mandato). La suerte de la pretensión resarcitoria se hace depender de si la comunidad tenía, o no, un justo motivo para poner fin a la relación contractual antes del plazo pactado.

La SAP Madrid 27 enero 2001 (AC 2001, 262) reconoció, así, una indemnización por cese anticipado del administrador de una comunidad de propietarios antes de haber vencido el plazo pactado, admitiendo su derecho a cobrar los honorarios dejados de percibir, aplicando las normas sobre el mandato a una relación jurídica cuya naturaleza se discutía. Señala la Audiencia Provincial que “sea una u otra la naturaleza que le demos al contrato, [...] debe reconocerse al Administrador cuyo cargo se prorrogó, el derecho a ser indemnizado por la remuneración correspondiente a los meses dejados de percibir, desde que fue cesado en su cargo en Junta de Propietarios antes del vencimiento de la relación contractual renovada, salvo que se acreditara el incumplimiento de sus funciones y obligaciones, y ello con apoyo en los artículos 1711, 1725 y 1733 Código Civil”. Respecto a esta posibilidad, la Sala considera que en ese caso concreto “el incumplimiento real del Administrador, aunque existe, es de escasa relevancia, pues no puede entenderse reiterado ni grave hasta el punto de hacer imposible o muy gravosa la continuidad de la relación contractual, no se quebró la esencia del negocio jurídico, ni se revela en la prueba aportada una conducta anterior que hiciera temer repeticiones

indeseadas de la inasistencia a la Junta que se le reprocha”. Confirmó, de este modo, la procedencia, en concepto de indemnización, del pago de los honorarios dejados de percibir por el Administrador, a causa de la revocación extemporánea del mandato.

La SAP Madrid 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 49507) desestimó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios demandada, contra la sentencia que estimaba la demanda que interpuso el Administrador de la misma, reclamando las cantidades dejadas de percibir con motivo de la revocación anticipada del mandato que se le confirió. La Audiencia afirma que “ciertamente, el mandante puede revocar el mandato a su voluntad (art. 1733 CC). No obstante, si el mandato es retribuido [...] y sujeto a un plazo determinado, la revocación anticipada por parte del mandante genera la obligación de indemnizar al mandatario por los perjuicios causados, salvo que existiera una causa que justificara el cese del mandatario antes de la expiración del plazo convenido.” Observa que “corresponde a la demandada la carga de acreditar, como hecho extintivo –de la reclamación de las cantidades dejadas de percibir por cese anticipado – la existencia de una causa que justificara la remoción anticipada” y que “la comunidad no ha acreditado que el malestar de los propietarios fuera debido al incumplimiento por el actor de los deberes de su cargo”.

En sentido semejante se pronuncia la SAP Madrid 19 febrero 2004 (JUR 2004, 250137), que rechaza la tesis de la comunidad demandada de que “no cabe indemnización cuando lo que se hace es acudir a una facultad del mandante como es la de revocar el mandato”. Afirma que, “si bien existe dicho derecho este debe hacerse dejando indemne al mandatario por lo que si como es el caso presente no existe incumplimiento de las obligaciones por parte del mandatario sino que el cese se hace descansar en la presunta onerosidad excesiva de la retribución pactada, surge la obligación de indemnizar por parte del mandante”.

La SAP Madrid 8 septiembre 2005 (JUR 2005, 253169) resume la doctrina jurisprudencial sobre la materia. Afirma, así, que “No se discute por las partes la calificación como mandato de la relación jurídica que vinculaba a las partes. Y ciertamente, el mandante puede revocar el mandato a su voluntad (artículo 1.733 del Código Civil). No obstante, si el mandato es retribuido (por tanto, contrato bilateral y recíproco) y sujeto a un plazo determinado, la revocación anticipada por parte del mandante genera la obligación de indemnizar al mandatario por los perjuicios causados, salvo que existiera una causa que justificara el cese del mandatario antes de la expiración del plazo convenido”.

En el caso enjuiciado no se estimó la pretensión de resarcimiento del administrador de una comunidad de propietarios, por entenderse que la revocación anticipada había sido debida a la “pérdida de confianza de ésta en aquél,” considerándose probado que el administrador no había acudido a una Junta Extraordinaria en la que estaba prevista tratar un conjunto de temas de gran importancia. Dice, así, que “si

entre las obligaciones, entre otras, por parte del administrador, está el asesorar y asistir a la Comunidad de Propietarios, siendo una de las funciones fundamentales el comparecer y asistir a las juntas, el hecho de no haber concurrido a dicha junta, sin haber acreditado causa o motivo alguno que impidiera su intervención, tanto a los efectos de asesorar a la Comunidad, como informar sobre los distintos puntos del orden del día que iban a ser objeto de debate, debe entenderse como causa suficiente de que la resolución anticipada del contrato de mandato que vinculaba a las partes no pueda tener la consecuencia de proceder a ningún tipo de indemnización.”

En la misma sentido se orientó la SAP Madrid 31 julio 2000 (JUR 2000, 277543), al conocer de una pretensión de indemnización del administrador de una Comunidad de Propietarios, cuyo mandato fue revocado por ésta, pese a que (según se explica en la sentencia) “al no constar ni haberse realizado preaviso de la no continuación de los servicios contratados”, se había producido la renovación, de forma tácita, del mandato conferido durante otro año.

No obstante, quedó acreditado el incumplimiento por parte del administrador de las obligaciones inherentes a su cargo, tales como “la falta de previsión en el pago de las facturas – o – hasta el incumplimiento de acuerdos de la Comunidad mandante, pasando por el impago de recibos que provocaron el corte de suministros esenciales”. Por consiguiente, la revocación del mandato se fundó “no en la libre y voluntaria decisión de la Comunidad [...] sino invocando expresamente la falta de asistencia [del Administrador]”. Ante esto, concluye la Audiencia afirmando que “la justificada pérdida de confianza en su labor, por ende, fundamental de la decisión adoptada, alejada del libre voluntarismo o decisión de atribuir el servicio a un tercero”, constituye la causa de justificación del cese producido respecto al Administrador, al cual no corresponde por tanto, percibir indemnización por ningún concepto puesto que, por otra parte, percibió la totalidad de los honorarios correspondientes a los servicios prestados.

2.6. Así mismo, el mandato tampoco es revocable, cuando no es una simple expresión de confianza o se basa en el simple interés del mandante, sino que la celebración del contrato en el que se estipula responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas. En este sentido se orientan, por ejemplo, las SSTS 6 mayo 1968 (RAJ 1968, 4537), 31 octubre 1987 (Tol 1737140), 19 noviembre 1994 (Tol 1665713), 30 enero 1999 (Tol 2684), 3 septiembre 2007 (Tol 1138373) y 20 noviembre 2007 (Tol 1213839).

La STS 3 septiembre 2007 (RAJ 2007, 4709) aplicó esta doctrina, en un supuesto en el que los socios iniciales de una Sociedad Anónima habían procedido a una ampliación de capital de la misma, dando entrada a otros socios, a los que, en consecuencia, se les permitía participar de la titularidad y explotación de las marcas,

modelos industriales y nombres comerciales de la misma. A cambio de ello, en la correspondiente Junta General, de la cual ya formaban parte, se adoptó un Acuerdo en el que se reconocía que la propiedad material de los bienes que hasta ese momento estaban a nombre de dicha sociedad, pertenecían a los socios iniciales en la proporción de 80% y 20% respectivamente; así mismo, se acordaba otorgarles un poder irrevocable con el fin de que pudieran cambiar la titularidad formal, de los bienes en cuestión a su favor. Posteriormente, la Junta General de la referida Sociedad, acordó revocar dicho poder, revocación que fue considerada improcedente por el TS, que afirma que “cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente [...] que le sirve de causa o razón de ser”, en esos casos, se exige “la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido.”

En la misma dirección se orienta la SAP Zaragoza 27 octubre 2003 (JUR 2003, 252314), que desestima el recurso interpuesto por el mandante, relativo a la revocabilidad del mandato conferido, puesto que tal como señala la Audiencia “en el aludido contrato se pactó su irrevocabilidad mientras dure la construcción de la finca”, de modo que el mandato en cuestión, tal como señala la doctrina del TS al respecto, “no constituye un negocio jurídico autónomo sino que obedece a cosa distinta como cuando se confiere en cumplimiento o complemento de un contrato principal”; y, por tanto, “la irrevocabilidad pactada tiene que durar el tiempo convenido en tanto en cuanto no se resuelva [...] el contrato principal”.

3. En segundo lugar, el mandato se extingue por la renuncia del mandatario (art. 1732.2º CC), aunque lógicamente, la renuncia no le exime de la responsabilidad en la que hubiera podido incurrir por el inadecuado desempeño del mismo, tal y como constata la STS 3 febrero 1962 (RAJ 1962, 920).

A tenor del art. 1736 CC, “El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante”. No obstante, “Si éste sufriere perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”.

Además, según el art. 1737 CC, “El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta”. Por ello, la RDGRN 30 junio 1997 (Tol 223617), afirma que, en caso de renuncia de administradores que dejen el órgano de administración inoperante, “un mínimo deber de diligencia exigible por razón del cargo que ejercían les obliga, pese a su decisión, a continuar en el ejercicio del mismo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación”.

4. En tercer lugar, el mandato, conforme a la idea de que es un contrato basado en la confianza se extingue, por muerte del mandante o del mandatario (art. 1732.3º CC), si bien, por exigencia de la buena fe, en caso de muerte de éste, sus herederos deberán ponerlo en conocimiento de aquél “proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste” (art. 1739 CC).

La STS 3 junio 1950 (RAJ 1017, 1950) reitera el carácter extintivo que, por regla general, tiene la muerte del mandante respecto al mandato conferido, declarando la nulidad de una partición hereditaria en la que había intervenido el apoderado del testador, porque “la representación del mandante se había extinguido por fallecimiento del mismo con anterioridad a la fecha en que el apoderado suscribió la partición”. Igualmente, la STS 29 septiembre 1975 (RAJ 1975, 3406) consideró inválida una escritura de adopción otorgada por el apoderado de dos cónyuges, escritura que resultó haber sido “utilizada por el mandatario [...], 44 días después del fallecimiento de –uno de los mandantes, y por tanto – el mandatario no podía suplir por su cuenta, [...] una voluntad que ya no podía conocerse por haber fallecido la persona a quien se atribuye”.

Por aplicación del art. 1732.3º CC, se entiende que, muerto el titular de una cuenta corriente, se extingue la facultad de la persona por él autorizada para disponer de los fondos en ella depositados. Véase a este respecto, la SAP Barcelona 7 mayo 2007 (JUR 2007, 261618), respecto a un supuesto en el que la mujer autorizada en la cuenta del marido trató de retirar el saldo, con posterioridad a la muerte de éste.

4.1. La jurisprudencia, desde antiguo, ha admitido excepcionalmente la posibilidad de que un mandato pueda subsistir tras la muerte del mandante, en los mismos casos en los que, según se ha visto, lo considera irrevocable, esto es, cuando su celebración no es expresión de la mera confianza o se basa en el simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante, sino también el mandatario o terceras personas, y ello, mientras dicho subsista.

En tal sentido se orienta STS 30 septiembre 1975 (RAJ 3408,1975), que dice, así, que, con carácter general, la “extinción del mandato - se produce - por muerte del mandante”. Sin embargo, en el caso por ella enjuiciado consideró que la muerte del mandante, no determinó la extinción del poder dado para llevar a cabo una partición hereditaria; y ello, basándose en que dicho mandato se fundamentaba, no en “la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de otro contrato [...], y por lo mismo ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder”. Admite, pues, en estas condiciones excepcionales la validez de lo que denomina un mandato “post mortem”.

4.2. A pesar de haberse extinguido el mandato por muerte de mandante, el art. 1738 CC dispone que “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte o del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”.

La STS 24 octubre 2008 (Tol 1393366) observa que el precepto es una excepción a la regla general (que se deduce del art. 1459 CC) de que, tras la extinción del mandato, lo hecho por el mandatario no vincula al mandante (porque obra sin poder de representación), excepción que exige “la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es que desconociera la anterior extinción del mandato; y, en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del mandato, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato”. En el caso concreto consideró nula la hipoteca constituida por el mandatario sobre bienes del mandante, conociendo su previo fallecimiento, afirmando que concurría exclusivamente, la primera de las condiciones enunciadas, pero no la segunda de ellas.

La misma doctrina, de exigencia conjunta de las dos condiciones (buena fe concurrente del mandatario y de los terceros que contratan con él), es reiterada por la reciente STS 13 febrero 2014 (RAJ 2014, 1343), que consideró inválida la venta realizada por el mandatario con conocimiento de la muerte del mandante. Confirmó, así, la sentencia recurrida, que había afirmado que “siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera pero no la segunda, pues ni siquiera se ha discutido que el mandatario, en el momento de actuar como tal, conocía el anterior fallecimiento del mandante; de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma”.

Por el contrario, sí aplicó la solución excepcional del art. 1738 CC la SAP La Coruña 11 julio 2014 (AC 2014, 1244), por considerar probado que, al efectuarse el negocio jurídico objeto del mandato (una transferencia bancaria) con desconocimiento de la extinción del mismo a causa de la muerte del mandante, acaecida unas horas antes de haberse realizado la transferencia, no podía resultar perjudicada la empresa vendedora que había contratado con el mandatario, teniendo ambos buena fe. Dice, así: “Concurren en el caso presente todos los requisitos necesarios para que lo realizado por la mandataria tenga plena eficacia, al haber actuado ésta cumpliendo un deseo del mandante, ignorando su fallecimiento con lo que no puede desconocerse que su actuación ha sido realizada con buena fe, puesto que si bien es cierto que la muerte del mandante extingue el mandato, cuando lo realizado ha tenido lugar ignorando la muerte, ello es válido y surte todos los efectos respecto a terceros que hayan contratado de buena fe”; y concluye: “la norma contenida en este precepto defiende al tercero de buena fe sobre la base de una especie de protección de la confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica, constituyendo una

excepción a los principios generales a tenor de los que el error invalida el consentimiento, justificada por razones de equidad”.

En la jurisprudencia no ha prevalecido, pues, la tesis doctrinal que postulaba una interpretación correctora del tenor del art. 1738 CC, favorable a entender que el tercero de buena fe tenía derecho a ser protegido con independencia de que el mandatario con quien contratara supiera, o no, la muerte del mandato.

Esta tesis fue acogida por la SAP Orense 30 noviembre 2001 (JUR 2002, 23178), según la cual resulta suficiente que la buena fe se circunscriba únicamente a los terceros, “sin necesidad por tanto de concurrencia de la –buena fe- del mandatario, siendo la protección de los terceros de buena fe, autónoma y directa en aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica”. Por ello, la Audiencia, a efectos de dilucidar la validez de las ventas de una fincas, se centra en averiguar si los compradores de las mismas conocían el fallecimiento del poderdante, “actuando de mala fe en connivencia con el mandatario”, llegando a la conclusión de “sabían a la fecha de la firma de las escrituras [...] que el –mandante- había fallecido” además de que aquéllos “conocían –al mismo – antes de su fallecimiento”; y, en cualquier caso, “la tardanza en el otorgamiento de las escrituras, [...] habría de llevar a los adquirentes a indagar sobre si vivía o no- el mandante - al tiempo del otorgamiento, soportando al no hacerlo las consecuencias de su falta de diligencia investigadora.” Por lo tanto, declara la invalidez de las escrituras, al constatar que en este caso no concurría el presupuesto del mencionado art. 1738 CC.

5. Por último, el mando se extingue por incapacitación, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o del mandatario (art. 1732.3º CC).

La lógica de esta causa de extinción estriba en que si el mandante es incapacitado o declarado pródigo tendrá quien lo represente (el tutor) o complemente su capacidad (el curador), por lo que es a estas personas a quien corresponderá velar por sus intereses; y si es el mandatario quien es incapacitado o declarado pródigo tendrá restringida su capacidad de obrar, tanto para gestionar asuntos propios como ajenos. En el caso de concurso voluntario del mandante o mandatario, éstos tendrán suspendidas las facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo sustituidos en su ejercicio por los administradores concursales (art. 40.2 LC); y, si el concurso es voluntario, mantendrán dichas facultades, pero quedando sometido su ejercicio a la autorización o conformidad de los administradores (art. 40.1 LC).

No obstante, no tendrá lugar la extinción del mandato por la incapacitación sobrevenida del mandante, cuando “en el mismo se hubiera dispuesto su continuación” para este supuesto o, precisamente, “se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante”, casos éstos, en los que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse la tutela o posteriormente, a solicitud del tutor (art. 1732.3º CC, “in fine”).

Se trata de una novedad introducida por el art. 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de la personas con discapacidad. En consecuencia, como explica la SAP Barcelona 11 febrero 2008 (JUR 2008, 130970), “la incapacitación del mandante no siempre producirá la extinción del mandato, [...] sino sólo cuando no ha establecido otra cosa el propio mandante”, disponiendo un apoderamiento preventivo, que puede revestir dos modalidades: “a) el apoderamiento normal u ordinario en el que se prevé su subsistencia [...] a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante- mandato prorrogado-; y b) el previsto expresamente para el supuesto de incapacidad del poderdante- mandato de protección”. Concluye, así, que “si se ha dispuesto que el poder continúe a pesar de la incapacidad sobrevenida del poderdante- mandato prorrogado-, el poder despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento [...] y una vez sobrevenida la incapacidad del poderdante, se mantiene su vigencia.”

QUÉ ES LO QUE UN COMUNERO PUEDE Y NO PUEDE HACER,
VIGENTE LA COMUNIDAD DE BIENES

WHAT A CO-OWNER CAN AND CANNOT DO THROUGHOUT THE
LIFE OF THE COMMUNITY OF PROPERTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 533-540.

Fecha entrega: 15/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: En el trabajo se examinan en clave jurisprudencial los derechos de los partícipes sobre la cosa común, deteniéndose en aspectos tales, como la facultad de usarla, la contribución a los gastos de conservación, la realización de actos de administración y disposición sobre el bien o las actuaciones procesales en defensa de la comunidad.

PALABRAS CLAVE: comunidad de bienes, comunero, cosa común, actos de administración, actos de disposición.

ABSTRACT: This paper examines according to case law the rights of co-owners in the good in joint-ownership, for example the faculty to use it, their contribution to common expenses, their actions of administration or disposal, or its procedural acts for the community.

KEY WORDS: community of property, co-owners, good in joint-ownership, actions of administration, actions of disposal.

1. En este breve artículo se pretende examinar cuáles son las facultades de los comuneros durante la vigencia de la comunidad de bienes, teniendo en cuenta que la mayoría de normas que se van a exponer son de derecho dispositivo, por lo que es la voluntad de los comuneros la que, en última instancia, determinará el funcionamiento de la comunidad.

2. El art. 394 CC reconoce a cada partícipe una facultad individual de usar las cosas comunes, estableciendo, así, como regla general, un uso solidario de las mismas, que no se halla en función de la cuota de cada uno de ellos [SSTS 23 marzo 1991 (Tol 1728312) y 7 mayo 2007 (Tol 1075936)], pero “siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho”, por lo que, como observa la STS 22 junio 2012 (LL 2012, 44089), cabe el ejercicio de los interdictos, cuando un copropietario se arroge, en su beneficio y de manera exclusiva, el disfrute de la posesión de la cosa común, privando de ella a los demás partícipes.

La STS 12 noviembre 2009 (Tol 1726754) consideró, así, que una sociedad que había comprado parte de las cuotas de la propiedad de una finca no podía, sin el consentimiento de los demás copropietarios, ejecutar en el subsuelo de la misma trabajos para la construcción de una galería minera, ordenando la suspensión de la obra de instalación de cintas de transporte de mineral. Dice, así, que “cuando hay copropiedad, existe coposesión, de acuerdo con el art. 445 CC, por lo que ambos copropietarios poseen el todo, a no ser que hayan pactado utilidades distintas y, por lo tanto, la posesión individual de las partes de la misma cosa, lo que no consta que haya ocurrido en el caso objeto del litigio”.

El art. 394 CC, como ya se ha dicho, es de carácter dispositivo y puede ser modificado por los partícipes a través de los acuerdos a que lleguen por el sistema de mayoría de cuotas previsto en el art. 398 CC. Los comuneros pueden, así, acordar un uso sucesivo del bien conforme a criterios de carácter temporal (por ejemplo, respecto del uso de una pista de tenis) o pueden, por el contrario, seguir un criterio de reparto espacial (por ejemplo, en un edificio se atribuye el uso de ciertas plantas o habitaciones a cada uno de ellos).

El acuerdo será necesario en el caso de una vivienda, que pertenezca a dos comuneros, pues, en este supuesto, se trata de un bien que no permite el uso simultáneo por parte de sus respectivas familias, por ser ello imposible o, al menos, muy incómodo [RDGRN 27 junio 1994 (Tol 1018271)]. En defecto de acuerdo, será la autoridad judicial la que deba determinar los criterios de uso de la vivienda, incluso provisionalmente, en tanto se procede a la venta de la vivienda. La STS 23 marzo 1991 (Tol 1727303) revocó, así, la sentencia recurrida, que había reconocido al actor el derecho a usar un chalet, en el que residía su hermana (con la que estaba enemistado), hasta que se vendiera, pero sin establecer pautas para armonizar dicho

uso con el de los otros dos comuneros, como puede ser el determinar “cuáles son las habitaciones concretas del chalet que, en proporción a su cuota, tiene derecho a usar el actor, aquí recurrido, o bien, a opción de los condueños por mayoría de cuotas, establecer y regular un sucesivo y cronológico uso exclusivo de la totalidad del chalet por cada uno de los condueños, por meses sucesivos”.

Los comuneros pueden, también, decidir arrendar la casa a un tercero, ya que se trata de un acto de administración ordinaria, que puede ser adoptado por el sistema de mayorías. Sin embargo, el arrendamiento en favor de uno de los comuneros (especialmente, si es el mayoritario) puede constituir un abuso de derecho.

3. Los gastos de conservación, necesarios para evitar la pérdida o deterioro del bien, son cargas de la comunidad, por lo que han de ser satisfechos por todos los partícipes (art. 393 CC). No obstante, si son pagados por uno de los comuneros en su integridad, éste tiene acción para exigir su reintegro a los demás en proporción a sus respectivas cuotas (art. 395.I CC).

La STS 13 abril 2011 (Tol 2092662) considera un acto de conservación el pago para levantar una hipoteca anterior a la adquisición de la finca por los comuneros, tras ser requeridos éstos por el acreedor hipotecario; en consecuencia, reconoce al partícipe que pagó el derecho a exigir de los demás su parte proporcional.

El art. 395.II CC afirma que “Sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio”. El precepto admite, pues, que quien no quiera contribuir a los gastos de conservación se pueda liberar de esta carga, renunciado a su cuota en la comunidad, la cual acrecerá a los demás.

La STS 15 octubre 1986 (Tol 1735817) precisa que dicha renuncia no puede perjudicar a tercero. Consideró, en consecuencia, inválida la renuncia hecha por los partícipes de un Grupo Sindical de Colonización, constituido para obtener un préstamo de un organismo público con el fin de transformar tierras de secano en regadío. Afirma el TS que “la renuncia sólo podrá hacerse válidamente cuando el grupo tenga pagadas sus deudas o transfiriendo (lo que ya no es renuncia) las participaciones a otro que se subroge en las obligaciones contraídas”. Evidentemente lo que los renunciantes pretendían era exonerarse de cumplir las obligaciones derivadas del contrato de préstamo, que libremente habían suscrito.

4. Los actos de administración han de ser adoptados por acuerdo de los partícipes, que representen la mayoría de cuotas de la comunidad. Así se deduce del art. 398.I CC, que, sin embargo, es un precepto de Derecho dispositivo, por lo que cabe establecer un sistema de adopción de acuerdos distinto. Por ejemplo, se puede pactar que sea necesario el voto favorable de partícipes, que representen 2/3 de las

cuotas o, incluso, exigirse la unanimidad; es también posible acordar un sistema de administración unipersonal.

La jurisprudencia considera como actos de administración todos aquellos que se refieren “al disfrute de la cosa, sin alterar su sustancia” [STS 22 febrero 2013 (Tol 3239793)]; en particular, la celebración de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, salvo que sea de larga duración [STS 28 marzo 1990 (Tol 1729216)], así como la resolución del mismo [STS 5 marzo 1982 (Tol 1739231)]; la decisión de desalojar a uno de los comuneros que se hallaba en el uso exclusivo de la finca [STS 30 abril 1999 (Tol 342434)] o el cambio del uso del edificio, decidiendo la mayoría que deje de estar dedicado al ejercicio de la docencia [STS 19 marzo 1996 (Tol 217612)].

La STS 12 diciembre 1983 (RAJ 1983, 6931) afirma que “ni el art. 398 del C. Civ., habla de la necesidad de junta comunitaria alguna, para tomar los acuerdos que afecten a la administración y mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido”.

Es posible que pueda lograrse un acuerdo de la mayoría de los partícipes o que el acuerdo mayoritario sea “gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común”, en cuyo caso, cabrá acudir al Juez para que provea lo que corresponda, incluso nombrar un Administrador” (art. 398.II CC).

La STS 4 febrero 1994 (Tol 1656984) consideró gravemente perjudicial para los intereses comunitarios la celebración de un contrato de arrendamiento de larga duración sobre una planta baja, habiéndose pactado una renta que equivalía a una cuarta parte del importe del alquiler en el mercado, así como la inclusión de una prórroga forzosa a favor del arrendatario.

La imposibilidad de lograr la mayoría puede deberse al empate en la votación, cuando hay dos comuneros con partes iguales o cuando el comunero mayoritario se niegue a adoptar cualquier tipo de acuerdo para la administración de la cosa común, impidiendo, así, el funcionamiento de la comunidad.

5. A diferencia de lo que sucede respecto de los actos de administración, para realizar “alteraciones en la cosa común”, se requiere la unanimidad o acuerdo de todos los partícipes.

El consentimiento puede ser tácito, deduciéndose, por ejemplo, de la no oposición a obras, que supongan una alteración de la cosa común, sufragadas por uno sólo de los partícipes, hechas a la vista y sin oposición de los demás.

La STS 20 junio 1995 (Tol 1657691) consideró, así, que las obras realizadas por un comunero en el pajar y cochera común habían supuesto un acto de alteración de los mismos, por lo que debieran haber sido autorizadas por todos los partícipes. Sin embargo, como dichas obras habían sido ejecutadas “a vista, ciencia y paciencia” de los demás, reconoció al comunero que las había realizado el derecho a percibir un 20% adicional sobre el precio de venta de los inmuebles.

Por alteración hay que entender, tanto la física, como la jurídica [STS 19 diciembre 1985 (Tol 1736260) y RDGRN 11 noviembre 1991 (RAJ 1991, 8233)].

La alteración física es una modificación permanente que afecta a la sustancia o a la forma de la cosa [STS 24 enero 1966 (RAJ 1966, 23)], por ejemplo, instalar motor y tuberías en un pozo-noria [STS 7 mayo 2007 (Tol 1075936)], la corta de la totalidad del arbolado de la finca [STS 26 noviembre 1963 (RAJ 1963, 3534)], la realización de obras que alteran la configuración y estructura de un local [STS 12 mayo 1972 (RAJ 1972, 2309)] o un cambio del destino de la finca, como convertir una de secano en regadío.

La alteración jurídica es un acto de disposición sobre la cosa común, consistente en la enajenación de la misma [STS 9 octubre 2008 (Tol 13860499)] o en la constitución de un derecho real sobre ella [STS 28 febrero 1992 (RAJ 1992, 2881)], por ejemplo, un usufructo o una hipoteca.

A estos actos de alteración hay que asimilar, según se ha expuesto, la celebración de un arrendamiento, rústico o urbano, de larga duración, que se considera un acto de administración extraordinaria; así mismo, la resolución del contrato de compraventa de la cosa común [SSTS 7 mayo 1999 (Tol 72790) y 18 noviembre 2000 (Tol 10977)] o el ejercicio de un derecho de retracto [STS 23 octubre 1990 (Tol 1729950)].

6. La jurisprudencia tradicional ha venido sosteniendo que los actos de disposición sobre la cosa común, realizados por uno o varios comuneros sin el consentimiento de todos ellos, son nulos, en general, por falta de poder de disposición de los enajenantes [SSTS 29 abril 1986 (Tol 1735170), 17 febrero 2000 (Tol 2406), 13 noviembre 2001 (Tol 133275), 9 octubre 2008 (Tol 13860499), 7 marzo 2012 (Tol 2481162) y 26 marzo 2012 (Tol 2498273)].

Sin embargo, esta solución, contradicha por algunas sentencias [SSTS 31 enero 1994 (Tol 1664897), 26 febrero 2008 (Tol 1311955), 23 marzo 2012 (Tol 2498225) y 28 marzo 2012 (Tol 2503388)], parece contrastar con la tesis unánimemente admitida por la doctrina y la jurisprudencia de que la venta de cosa ajena es válida. Parece, en efecto, absurdo considerar válido el contrato por el que una persona vende una cosa que en su totalidad pertenece a otra distinta y considerar, en cambio, nulo el contrato por el que una persona vende una cosa de la que en parte es propietaria.

Es, por ello, que, tras muchas vacilaciones, la jurisprudencia parece haber sentado de manera definitiva la doctrina de que la venta de cosa común realizada por uno solo de los comuneros es, estructuralmente, un contrato válido, que produce entre las partes que lo celebran sus efectos obligacionales típicos; y ello, sin perjuicio de que, obviamente, el comunero no pueda transmitir al comprador las cuotas de las que no es titular y sobre las que, en consecuencia, carece de poder de disposición, lo que afecta, exclusivamente, a la eficacia de la transmisión de dichas cuotas, pero no a la de la que le pertenece [STS 15 enero 2013 (Tol 3407803)].

La STS 26 febrero 2008 (Tol 1311955) afirma, así, que la venta por un comunero de una cuota mayor de la que le corresponde debe ser tratada como un caso de enajenación de cosa ajena por lo que se refiere al exceso, con la consecuencia de que el contrato es justo título, que sirve para la usucapión ordinaria.

7. La jurisprudencia admite que cada comunero pueda actuar en beneficio de la comunidad, bien ejercitando acciones, bien oponiendo excepciones [SSTS 3 julio 1981 (Tol 1739575), 14 marzo 1994 (Tol 1665312) y 6 junio 1997 (Tol 215359)], pero siempre que no exista oposición judicial de los demás comuneros [SSTS 8 abril 1965 (RAJ 1965, 2150) y 31 enero 1973 (RAJ 1973, 100)], por lo que no requiere un litisconsorcio activo necesario.

La STS 3 marzo 1998 (Tol 171461) precisa que “la legitimación activa del comunero se determinará por su fundamento en el derecho material y el resultado provechoso pretendido, sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad, de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, redundará en provecho de la comunidad y siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor”.

La STS 18 noviembre 2000 (Tol 10977) negó legitimación para ejercitar la acción de nulidad de contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria a seis comuneros de un total de cien, por considerar que no habían actuado en beneficio del resto de comuneros. La STS 13 diciembre 2006 (Tol 1023009) denegó también legitimación activa al comunero, porque solicitó una indemnización de daños y perjuicios, “no en beneficio de la comunidad, sino para sí exclusivamente”, según resultaba de los términos en que había planteado la demanda reconvenzional.

La sentencia beneficia a todos los comuneros, en lo que les sea favorable, pero no les perjudica en lo que no lo sea [SSTS 3 julio 1981 (Tol 1739575), 28 octubre 1991 (Tol 1728072) y 8 julio 1997 (Tol 215260)].

Se admite que un comunero pueda, en beneficio de los demás, resolver el contrato de arrendamiento urbano [SSTS 31 enero 1973 (RAJ 1973, 100) y 7 febrero 1981 (RAJ 1981, 384); STSJ Navarra 26 junio 2007 (Tol 1222773)], pero no, en cambio, resolver el contrato de compraventa de la cosa común, por asimilar dicha actuación

Qué es lo que un comunero puede y no puede hacer, vigente la comunidad de bienes.

a un acto de disposición, que requiere actuación conjunta de todos los partícipes [SSTS 28 febrero 1980 (RAJ 1980, 1015), 18 noviembre 2000 (Tol 10977) y 13 de noviembre de 2001 (Tol 133275)]. La RDGRN 30 octubre 1984 (RAJ 1984, 5201) admite que pueda inmatricularse una finca a petición de alguno de sus condueños.

8. Por el contrario, en el que caso de que la demanda se dirija contra la comunidad, deberán ser demandados todos los comuneros, dándose una situación de litisconsorcio pasivo necesario [SSTS 22 noviembre 1993 (Tol 1663523), 2 diciembre 1994 (Tol 1665499) y 16 febrero 1998 (Tol 169683)].

REFLEXIONES SUSTANTIVAS Y PROCESALES DE LOS RETRACTOS
LEGALES DE COMUNEROS Y COLINDANTES DESDE UN PUNTO DE
VISTA JURISPRUDENCIAL

SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL CONSIDERATIONS OF THE
RIGHTS OF PRE-EMPTION AND REDEMPTION OF CO-OWNERS AND
ADJACENT PROPERTY OWNERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 541-550.

Fecha entrega: 02/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo se examinan los requisitos sustantivos para que tenga lugar la posibilidad de ejercicio de los retractos legales de comuneros y colindantes, así como las cuestiones prácticas que dicho ejercicio puede plantear desde un punto de vista procesal: procedimiento, legitimación, precio que debe pagar el demandante y, en particular, la delicada cuestión del momento de inicio del cómputo del breve plazo de caducidad de la acción.

PALABRAS CLAVE: tanteo, retracto, comuneros, colindantes.

ABSTRACT: This paper examines the substantive requirements to exercise the rights of pre-emption and redemption of co-owners and adjacent property owners, as well as the practical issues from a procedural point of view: type of procedure, the price that must be paid by the applicant and in particular the complicated question of the start of the computation of the period for filing the claim.

KEY WORDS: rights, pre-emption, redemption, co-owners, neighbors.

1. A tenor del art. 1521 CC, “El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago”. El derecho de retracto se excluye, pues, implícitamente, en los supuestos de enajenación a título gratuito, como es la donación, según observa la STS 25 mayo 2007 (Tol 1081767).

La jurisprudencia, como constata la STS 28 octubre 1999 (Tol 2562), lo admite también en el caso de adjudicación de la cosa como consecuencia de un procedimiento judicial de ejecución. Sin embargo, no tiene lugar, en todos los casos de enajenación a título oneroso, excluyéndolo la jurisprudencia en el caso de permuta [SSTS 16 mayo 1960 (RAJ 1960, 2042) y 23 mayo 1960 (RAJ 1960, 2052)], en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima por parte del socio fundador en la escritura de constitución de la misma [STS 12 junio 1964 (RAJ 1964, 3261)] o en transmisiones efectuadas por contrato de renta vitalicia [SSTS 9 diciembre 1964 (RAJ 1964, 5774) y 2 abril 1985 (Tol 1736772)].

En el CC se contemplan los retractos legales de comunero (una modalidad del cual es el de coherederos), de colindantes y el enfitéutico, de los cuales estudiaremos solamente los dos primeros.

2. A tenor del art. 1522 CC, “El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común”.

La finalidad del retracto de comuneros es no perpetuar las situaciones de comunidad de bienes, que son vistas con disfavor por el CC, así como evitar que entre en la comunidad otra persona (un extraño) que sea ajeno a ella.

El retracto puede ser ejercitado por cualquiera de los comuneros: en caso de que la cosa estuviera gravada con un usufructo, el nudo propietario sigue conservando tal derecho, pues, como explica la STS 4 diciembre 1979 (RAJ 1979, 4314), sigue ostentando la cualidad de comunero, aunque tenga temporalmente sustraída la facultad de disfrute.

El retracto no procede, lógicamente, cuando lo que se vende no es una cuota de la comunidad, sino la cosa común: en tal caso no se reconoce a ninguno de los comuneros un derecho de adquisición preferente. Véase en este sentido la STS 11 mayo 1992 (Tol 1659785), que constata lo absurdo de la solución contraria, que llevaría a que el retrayente adquiriera su propia cuota.

3. El retracto de colindantes aparece contemplado en el art. 1523 CC, a cuyo tenor “También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea.

El derecho a que se refiere el párrafo anterior no es aplicable a las tierras colindantes que estuvieren separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos y otras servidumbres aparentes en provecho de otras fincas.

Si dos o más colindantes usan del retracto al mismo tiempo será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida; y si las dos la tuvieran igual, el que primero lo solicite”.

La STS 29 mayo 2009 (Tol 1547678) precisa que el retracto no procede cuando el fundo retraído es colindante con otro que es propiedad del adquirente.

La finalidad de este retracto es evitar la disgregación de la propiedad rústica a través del minifundio.

La STS 14 junio 2007 (Tol 1106779) ha negado la aplicación del art. 1522 CC a un supuesto en que existía entre los predios una servidumbre de acueducto, pero también, porque el retrayente no estaba cultivando totalmente la finca colindante, ni constaba que fuera agricultor, sino hostelero, teniendo su domicilio en la capital de otra provincia, “por lo que no se puede decir que su acción haya pretendido la unión de pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción, debiendo ser interpretado el precepto según la realidad social del tiempo en que es aplicado”, conforme al art. 3.1 CC.

La jurisprudencia interpreta estrictamente el requisito de que la finca rústica vendida tenga una extensión superficial inferior a una hectárea (esta exigencia superficial se refiere, exclusivamente, a la finca vendida, no a la de quien ejerce el derecho de retracto).

La STS 12 febrero 2000 (Tol 1488) desestimó el recurso de casación en el que se pretendía una interpretación extensiva del precepto, consistente en la aplicación del retracto al supuesto en que la finca colindante tuviera una cabida superior a la hectárea. Dice el TS: “La interpretación extensiva que se pretende en cuanto a la cabida de la finca no encuentra apoyo en el artículo 3 del Código Civil, pues la normativa que contiene es de interpretación genérica, valiendo como pauta hermenéutica solamente la conexión con algún precepto concreto respecto el cual aquella regla no ha sido observada y que en el caso concreto no resulta procedente, en relación a lo que se deja estudiado, para decretar como superficie que haría factible el retracto, la extensión de 15.000 metros cuadrados, y con mayores razones, tampoco procede la interpretación analógica que autoriza el artículo 4 del Código Civil”.

La legitimación activa para ejercitar la acción corresponde, exclusivamente, al propietario de la finca colindante. Si ésta se halla en situación de comunidad, se requerirá el consentimiento de todos los comuneros [STS 13 febrero 1987 (RAJ 1987, 709)]. No puede ejercitar el derecho de retracto el titular de otros derechos reales sobre la finca colindante, como, por ejemplo, el usufructuario [STS 5 junio 1929 (JC 1929, 99)].

El precepto se refiere solamente a fincas rústicas, lo que plantea el problema de distinguir este tipo de fincas de las urbanas.

La jurisprudencia decide la cuestión, teniendo en cuenta el destino principal del predio, considerándolo rústico, si se ejerce en él una explotación agrícola, ganadera o forestal; y urbano, si está dedicado a vivienda o al ejercicio de una industria o comercio, valorando también “su situación o emplazamiento en el campo o en la población” [SSTS 8 mayo 1944 (RAJ 1944, 644), 10 junio 1954 (RAJ 1954, 1869), 14 octubre 1978 (RAJ 1978, 3075), 14 noviembre 1991 (Tol 1728549) y 26 febrero 2010 (Tol 1793027)].

a) En aplicación de este criterio se ha decidido que, no existe derecho de retracto, cuando la finca vendida, aunque se encuentre situada en el campo, sin embargo, no se dedica al cultivo, especialmente, si está próxima a suelo urbano.

La STS 14 noviembre 1991 (Tol 1728549) consideró que no era rústica la finca, sobre la que se pretendía ejercitar el retracto, porque, aunque estaba situada en el campo, sin embargo, se hallaba en una zona lindante con una población turística y su destino no era el cultivo, además de no tener el retrayente la condición de agricultor, sino que era cocinero. En el proceso se habían aportado fotografías en las que podía apreciarse claramente que la finca del retrayente tenía una casa, con almacén en la planta baja, y gran cantidad de patines acuáticos y cascos de embarcaciones ligeras, propiedad del demandante que los explotaba durante la temporada estival en las playas de la ciudad.

b) Esta decisión no se modifica por el mero hecho de que finca no cultivada tenga la calificación administrativa de suelo no urbanizable [STS 18 abril 1997 (Tol 215940)] o de que en el Registro de la Propiedad sea descrita como finca rústica, si se demuestra que su destino es otro (por ejemplo, el de vivienda).

La STS 26 febrero 2010 (Tol 1793027) excluyó, así, el derecho de retracto por considerar probado que la finca vendida no tenía el destino correspondiente a finca rústica, sino el de vivienda, lo que implicaba “la falta de un presupuesto esencial del retracto de colindantes”, observando que “la constancia registral de carácter de finca rústica, a efectos del retracto, no excluye la prueba de que no sea así”.

c) Tampoco tiene lugar el retracto, cuando el terreno vendido es un jardín o huerto anejo de casas, que se hallen situadas en una población [STS 8 julio 1903 (JC 1903, 19)].

4. El derecho de retracto deberá ejercitarse en juicio declarativo ordinario, debiendo el retrayente consignar el precio pagado por la finca vendida, siendo admisible la entrega de un cheque conformado o la presentación de aval bancario [STS 17 mayo 2002 (Tol 161935)].

Es claro que si el retrayente desconoce el precio satisfecho no podrá exigírsele la consignación de éste, por lo que bastará con que afiance consignarlo cuando se sepa [STS 9 febrero 1984 (Tol 1738019)].

El precio que el retrayente ha de pagar es el real y no el que a efectos fiscales se haya hecho constar en la escritura pública de compraventa [SSTS 16 mayo 1956 (RAJ 1956, 2422), 25 mayo 1973 (RAJ 1973, 2203), 19 junio 1986 (Tol 1735354), 20 septiembre 1988 (Tol 1735749), y 30 abril 1991 (Tol 1728604)].

La STS 30 marzo 1995 (Tol 1667235) confirmó la sentencia recurrida, revocando la de primera instancia. Entendió que el retracto debía ser ejercitado por el precio real pagado (diez millones de pesetas), que constaba en documento privado y no por el precio ficticio (cuatro millones y medio de pesetas), que constaba en la escritura pública de compraventa. Afirma, así: “que en el proceso en que este recurso se refiere, dado el muy específico objeto del mismo —la subrogación en el lugar del comprador, en que todo retracto consiste—, es requisito esencial y decisivo, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprobable, el conocimiento del precio real y verdadero en que fue vendida la finca que se trata de retraer, que es el que ha de pagar el retrayente, por lo que sólo ha de reiterarse que la afirmación de que el precio real fue el de diez millones no aparece impugnada en forma”.

Conforme al art. 1525 CC, en relación con el artículo 1518 CC, el retrayente deberá también pagar los gastos del contrato, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Según observa la STS 20 marzo 2003 (Tol 353834), los gastos útiles realizados en la finca adquirida comprenden todo el incremento del valor que haya experimentado aquélla por la inversión del comprador retraído, con inclusión del valor de la nave construida.

La STS 30 de junio 2011 (Tol 2196673) afirma que no son reembolsables los gastos e intereses del préstamo obtenido por el comprador para financiar la adquisición del bien, pero sí la comisión del mediador pagada por éste, siempre que pruebe haber existido una necesidad razonable de acudir a la mediación para la realización de la compra y de que el importe de la comisión se comunique al retrayente antes o al mismo tiempo que las condiciones esenciales de la compraventa.

Legitimado pasivamente lo está el adquirente de la cosa [STS 11 mayo 1992 (Tol 1659785)], no, en cambio, el vendedor, a quien no es necesario demandar [SSTS 30 enero 1989 (Tol 1732441) y 27 junio 2000 (Tol 170989)].

En el caso de que haya habido varias transmisiones del bien, la demanda deberá dirigirse contra el primero y los sucesivos adquirentes o citar a éstos después de contestada la demanda de retracto [STS 27 febrero 1954 (RAJ 1954, 981)].

La STS (Pleno) 29 abril 2009 (Tol 1514755) ha precisado que, si bien, el plazo para el ejercicio del retracto es civil y, por lo tanto, deben incluirse en su cómputo los días inhábiles, no obstante, por aplicación del principio de tutela judicial efectiva y del derecho del retrayente “a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley”, es posible interponer la demanda el primer día hábil siguiente a la finalización de aquél.

La STS 28 julio 2010 (Tol 1945371), aplicando dicho criterio, permitió presentar la demanda el día 27 de diciembre, al expirar el plazo previsto para el ejercicio del derecho de retracto a las 24.00 horas del día 24 de diciembre.

5. Dice el art. 1524 CC: “No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

El retracto de comuneros excluye el de colindantes”.

La brevedad de este plazo se justifica por razones de seguridad jurídica, esto es, para evitar prolongar en exceso la incertidumbre del adquirente acerca de si el titular del derecho de retracto ejercitará su derecho de adquisición preferente, subrogándose, así, en su posición contractual [STS 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

Según la jurisprudencia, el plazo es de caducidad, lo que significa que no admite interrupción [SSTS 30 abril 1940 (RAJ 1940, 304), 15 diciembre 1957 (RAJ 1957, 1131), 8 noviembre 1958 (RAJ 1958, 3439), 28 octubre 1999 (Tol 2562), 11 mayo 2007 (Tol 1079740) y 25 mayo 2007 (Tol 1081767)].

Respecto al cómputo del día inicial, el precepto habla de inscripción, expresión ésta que debe interpretarse en sentido literal, es decir en referencia al asiento del mismo nombre, con exclusión del de presentación [SSTS 6 marzo 1942 (RAJ 1942, 622), 27 junio 2000 (Tol 170989) y 17 marzo 2003 (Tol 265188)].

Obsérvese que, según el tenor literal del art. 1524.I CC, el cómputo del inicio del plazo tiene lugar, en el momento (objetivo) de la inscripción en favor del adquirente, y, sólo, faltando ésta, desde la fecha del conocimiento (subjetivo) de la venta. Conocimiento, este último, que deberá ser probado por quien lo invoque, esto es, el

adquirente, que quiera evitar que prospere la acción de retracto ejercitada contra él. Así lo constata la STS 22 julio 2013 (Tol 3888217), la cual, en un supuesto de venta judicial de cuota, afirma que “los actores [los otros comuneros] no estaban obligados a seguir la evolución de los autos judiciales para comprobar a quién y en qué fecha tenía lugar la adjudicación. Les bastaba estar pendientes del Registro de la Propiedad para ejercer su derecho de retracto ante los tribunales una vez que se produjera la inscripción del dominio a favor de la entidad demandada (adjudicataria)”.

Pero, como afirma la jurisprudencia, la previsión legal del art. 1524.I CC también se aplica cuando existe una inscripción posterior, pues, “acreditado que el retrayente conoció en detalle la venta con anterioridad, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento” [STS 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

Esto es lógico, por una elemental aplicación del principio de la buena fe. Pensemos en que han transcurrido más de nueve días entre la consumación de la venta y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Si el titular de derecho de retracto, en su momento, tuvo conocimiento suficiente y exacto de la venta y no ejerció su derecho de adquisición preferente, no puede hacerlo después, una vez producida la inscripción, alegando que es, a partir de este momento, cuando comienza a correr el plazo de caducidad.

Respecto al conocimiento de la venta, hay que entender que el retrayente ha de tener conocimiento, no sólo del hecho de que se haya producido, sino también del precio y de las demás circunstancias de la adquisición, porque sólo así podrá valorar convenientemente si le interesa o no subrogarse en el lugar del comprador. Así lo afirman las SSTS 12 diciembre 1986 (Tol 1734060), 21 marzo 1990 (Tol 1729208), 19 mayo 1992 (Tol 1659748), 7 marzo 1996 (Tol 217167) y 22 julio 2013 (Tol 3888217), conforme a las cuales no bastan referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones, o la mera noticia de la misma. La STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591) reitera que “El ejercicio de la acción de retracto está supeditado al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc.”.

En la práctica se ha planteado si, en defecto de inscripción, el cómputo del plazo de caducidad debe comenzar en el momento de perfeccionarse la venta o, por el contrario, hay que posponerlo hasta que tenga lugar la transmisión del dominio al comprador a través de la tradición real o ficticia del bien, mediante, por ejemplo, el otorgamiento de la escritura pública.

La jurisprudencia tradicionalmente se ha venido inclinando por la segunda de las soluciones. La STS 20 mayo 1943 (RJ 1943, 572) dice así: “La más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días

al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida, y en esta tendencia conviene insistir: a) porque la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente, y b), porque este artículo, al señalar el comienzo del cómputo de los nueve días la fecha de inscripción de la venta, por estimar con presunción ‘juris et de jure’ que en este momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, claramente da a entender que se refiere a la venta consumada por tradición y consiguiente transferencia inmediata y directa del dominio, quedando excluida de esta norma rectora del cómputo la venta meramente perfeccionada, que por ser negocio obligacional no tiene acceso inmediato al Registro”.

Por lo tanto, de acuerdo con esta orientación, el mero conocimiento de la celebración de la compraventa o del documento privado en que aquélla se haya documentado no determina el inicio del plazo de ejercicio de la acción de retracto, que debe empezar a contarse desde el momento del otorgamiento de la escritura pública, forma de tradición instrumental, que, precedida del correspondiente título, determina la transmisión de la propiedad.

En este sentido se orientan las SSTS 2 junio 1950 (RAJ 1950, 1160), 5 febrero 1952 (RAJ 1952, 477), 20 febrero 1978 (RAJ 1978, 586) y 6 junio 1988 (Tol 1733062), que afirman que “el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmita la propiedad de la finca, haya sido consumado [...] la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica”. En el caso concreto, el TS consideró cumplida esta exigencia, al haberse otorgado escritura pública de compraventa. La misma orientación sigue la STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591), según la cual “el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección”. En consecuencia, se desestimó la demanda del retrayente, por falta de legitimación activa, ya que si bien la compraventa se había perfeccionado, sin embargo, todavía no había sido elevada a escritura pública.

En el caso de ventas judiciales, el inicio del cómputo tiene lugar en el momento de conocimiento por el retrayente del auto de aprobación del remate y de adjudicación al rematante de la finca subastada, el cual constituye una forma de tradición simbólica [SSTS 1 julio 1991 (Tol 1728892), 11 julio 1992 (Tol 1660013), 8 junio 1995 (Tol 1658501), 14 diciembre 2007 (Tol 1227447), 18 marzo 2009 (Tol 1474912) y 22 julio 2013 (Tol 3888217)].

En el caso de transmisiones, como consecuencia de subastas en expedientes administrativos de apremio, a falta de adjudicación judicial, el retracto nacerá en el momento de otorgarse escritura pública de compraventa, no antes. Véase en este sentido la STS 14 diciembre 2007 (Tol 1227447), que desestimó el argumento de

que el plazo de ejercicio de la acción de retracto había empezado a correr desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la subasta.

En mi opinión, esta orientación jurisprudencial se explica fundamentalmente por la mayor posibilidad que tiene el retrayente de conocer una escritura pública que un documento privado. Sin embargo, si, pese a ello, conoce el documento privado de venta y ejercita la acción de retracto, no parece que pueda desestimarse la demanda con el argumento de que, al no haberse otorgado escritura pública, aún no se ha producido la transmisión, por lo que todavía no ha nacido la acción real.

En contra, sin embargo, se pronuncia la STS 14 noviembre 2002 (Tol 229591). No obstante, la STS 25 mayo 2007 (Tol 1081767), respecto de una venta judicial, consideró pertinente el ejercicio de la acción de retracto, después de que hubiera tenido lugar el remate, pero antes de que hubiera recaído el auto judicial de aprobación del mismo. Pero el argumento empleado es realmente “sorprendente”, pues consiste en entenderse superada la “línea que mantenía que el cómputo empezaba en la escritura pública o su equivalente, el auto de aprobación del remate”, afirmando que la jurisprudencia moderna acepta que puede ejercitarse la acción de retracto cuando se haya perfeccionado la compraventa (como podría ser un documento privado sin tradición) o se ha celebrado la subasta judicial, con remate y adjudicación (aun antes del auto) puesto que el retrayente conoce todos los términos de la transmisión”. Lo “sorprendente” es entender superada una línea jurisprudencial que parece que sigue siendo mayoritaria; y ello, con independencia de que en el caso concreto la solución a la que se llegó sea justa.

UN ESTUDIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES EN
CLAVE JURISPRUDENCIAL

A STUDY EXAMINING THE CREATION OF EASEMENTS ACCORDING
TO THE CASE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 551-562.

Fecha entrega: 20/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

RESUMEN: En el presente artículo se estudian las distintas formas de constitución de las servidumbres, prestándose particular atención a las que tienen lugar en virtud de un acto de autonomía privada. Se examina, en particular, la constitución por signo aparente y la adquisición por usucapión, con especial énfasis en la servidumbre de vistas.

PALABRAS CLAVE: servidumbres, constitución, jurisprudencia, autonomía de la persona, usucapión, servidumbre de vistas.

ABSTRACT: This paper analyzes the different forms of creation of easements; in particular the easements created by voluntary acts. It examines especially the creation through apparent signs and acquisitive prescription, with an emphasis on an uninterrupted view.

KEY WORDS: easements, creation, case law, individual freedom, acquisitive prescription, uninterrupted view.

1. A tenor del art. 536 CC, “Las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales y estas voluntarias”.

No obstante hay que hacer una precisión conceptual.

a) A pesar de la confusa terminología del CC, no son servidumbres los límites legales del dominio, impuestos recíprocamente a los predios por razón de las relaciones de vecindad. Por ejemplo, la de no abrir ventanas con vista rectas, ni balcones sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared que se construyan y dicha propiedad (art. 582 CC).

Así mismo, la de recogida obligatoria de aguas procedentes de predios superiores (art. 552 CC); la de paso de materiales de construcción por el predio ajeno y construcción de andamios u otros objetos (art. 569 CC); o la de construcción de cubiertas o tejados de manera que las aguas fluviales recaigan sobre el propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino (art. 586 CC).

En este supuesto, no estamos ante gravámenes soportados por una finca en beneficio de otra, sino ante restricciones que afectan por igual a todos los predios, las cuales delimitan el contenido normal del derecho de propiedad.

b) Distintas de los límites legales del dominio son las servidumbres legales en sentido estricto, también llamadas servidumbres forzosas.

Es, por ejemplo, el caso de la servidumbre de paso regulada en el art. 564, I CC, conforme al cual, “El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización”. Igualmente, el de la servidumbre de acueducto, prevista en el art. 557 del CC, según el cual “Todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya, tiene derecho a hacerla pasar por los predios intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, como también a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas”. Deberá, sin embargo, “indemnizar al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos” (art. 558 CC).

Este tipo de servidumbres se caracterizan, porque su constitución es obligatoria, cuando se dan los supuestos de hecho previstos por la norma. Por lo tanto, el propietario del que será el predio sirviente no puede oponerse a su creación, aunque tiene derecho a exigir una indemnización por el perjuicio que de ello se deriva, así como a la extinción de la servidumbre en el caso de un cambio sobrevenido de circunstancias, que motiven la desaparición de la razón por la cual se constituyó.

Así, según el párrafo primero del art. 568 CC, “Si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté

contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga la servidumbre, devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización”; añadiendo, en su párrafo segundo, que “Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso a la finca enclavada”.

La STS 17 noviembre 2011 (RAJ 2011, 7289) consideró que había desaparecido la situación de necesidad, que había determinado la concesión de una servidumbre de paso a través de un porche comunitario, porque la dueña del predio dominante, un local situado en la entreplanta del edificio, lo había agrupado con otro local, ubicado en la planta baja, que tenía salida directa a la vía pública.

La STS 22 octubre 2003 (Tol 324647) mantuvo, en cambio, el derecho real de servidumbre, aunque desde el predio dominante podía accederse a la vía pública a través de un camino privado, que atravesaba las fincas colindantes a otra, adquirida por los propietarios de aquél.

2. Las servidumbres voluntarias, a diferencia de las forzosas, tienen su origen en la libre voluntad de los propietarios de dos fundos diversos.

Así, por ejemplo, los propietarios de dos fincas colindantes podrán crear una servidumbre de paso entre ellas, aunque ello no sea necesario para poder accederse a un camino público desde el predio dominante; o una servidumbre de vistas, de modo que el dueño del predio sirviente no pueda edificar a menos de tres metros de distancia de la pared (del predio dominante) en la que estén abiertas las ventanas o construidos los balcones (art. 585 CC).

Téngase en cuenta que ésta servidumbre voluntaria de vistas es distinta de la limitación legal del dominio, prevista en el art. 582 CC, en virtud de la cual ninguno de los propietarios colindantes podrá abrir ventanas con vistas rectas, ni construir balcones, sobre la finca del otro, a menos de dos metros de distancia.

3. Las servidumbres voluntarias tienen su origen en un negocio jurídico, normalmente, un contrato, entre los propietarios de los que habrán ser predios dominante y sirviente, en el que se establece el gravamen.

Dicho negocio, no requiere para su validez y eficacia ningún requisito de forma, por lo que no es necesario que quede plasmado documentalmente para que nazca la servidumbre [SSTS 6 diciembre 1985 (Tol 1736101) y 24 febrero 1997 (Tol 215638)], salvo que estemos ante una constitución gratuita del derecho real, en cuyo caso recayendo, necesariamente, sobre inmuebles, deberá constar en escritura pública (art. 633 CC).

Por lo demás, el documento público será, sin embargo, necesario, si se quiere inscribir la servidumbre. La STS 30 abril 1993 (Tol 1663077) dice, así que “Al tratarse de un derecho real sobre bienes inmuebles, puede ser inscrito en el Registro para que produzca efectos frente a terceros, debiendo la inscripción figurar como carga en el asiento del predio sirviente, y pudiendo también figurar en la inscripción del predio dominante, pero como una cualidad del mismo”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que si hay signos materiales externos (ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados), “tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro” [STS 15 marzo 1993 (Tol 1662873)]. Por lo tanto, las servidumbres aparentes, aun no hallándose inscritas en el Registro de la Propiedad, pueden oponerse a los terceros adquirentes, quienes, en consecuencia, deberán soportarlas, sin que puedan invocar en su favor el art. 34 LH [SSTS 27 junio 1980 (Tol 1740503), 20 mayo 1992 (Tol 1659772), 24 marzo 1993 (Tol 1662830), 14 diciembre 1993 (Tol 1655864) y 23 marzo 2001 (Tol 99638)], ya que, en este caso, se presume que las conocieron, por lo que no tienen buena fe.

La STS 27 junio 1980 (Tol 1740503) dice, así, que “no puede admitirse esa buena fe cuando, aun no haciéndose constar en la escritura pública de transmisión de una finca la existencia de gravámenes o derechos reales que sobre ella puedan tener personas distintas al vendedor, conocía el comprador su existencia, y tal conocimiento existe cuando los signos de una servidumbre sean ostensibles y, por ende, indubitados, ya que en este caso la apariencia exterior de los mismos atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y surte efecto contra el adquirente del inmueble a quien perjudique aunque del Registro de la Propiedad no resulte la existencia de aquélla, y esto es lo que en el caso objeto del pleito, del que el presente recurso dimana, acontece, pues la existencia de los numerosos huecos —unos con voladizo y otros sin él— abiertos en la pared posterior de la finca inmediata, y contigua en nivel superior, a la del recurrente, perteneciente a los demandantes, hoy recurridos, es un signo de servidumbre, toda vez que éstos reciben por tales huecos luz y tienen vistas sobre edificio ajeno”.

La razón de esta orientación jurisprudencial estriba en la consideración de la buena fe, no sólo como un estado subjetivo de ignorancia del derecho real, sino también como un modelo objetivo de conducta, que exige desplegar una diligencia regular o media en orden a averiguar el exacto estado de la finca que se compra, más allá de la consulta al Registro de la Propiedad, en donde la servidumbre puede no haberse inscrito.

Tampoco el comprador de una finca gravada con una servidumbre aparente, que no constara en la escritura, podrá alegar el desconocimiento de aquélla para solicitar la rescisión de la compraventa o pedir una reducción proporcional del precio (art. 1483 CC).

La STS 22 diciembre 2008 (Tol 1432674) denegó, así, a una inmobiliaria, adjudicataria en subasta pública de una finca, la posibilidad de reclamar (con base en el art. 1483 CC) por la existencia de una servidumbre, que, si bien no constaba en el pliego de condiciones, sin embargo, era fácilmente identificable con una simple inspección, por la existencia de tendidos eléctricos (cables y torres) sobre el terreno adquirido.

En cualquier caso, dado que la propiedad se presume libre de gravámenes [SSTS 23 diciembre 1988 (Tol 1734007), 16 mayo 1991 (Tol 1726795) y 23 junio 1995 (Tol 211333)], “ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes” [STS 6 diciembre 1985 (Tol 1736101)] de manera expresa, “sin que sea lícito interpretarla extensivamente, y en los casos dudosos los principios generales del derecho y la jurisprudencia aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente” [STS 13 marzo 1952 (RAJ 1952, 498)].

La STS 10 julio 2002 (Tol 202992) afirma que “cuando se trata de la constitución ‘inter vivos’ de las servidumbres es necesario un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, pues en caso de duda debe operar el principio de presunción de libertad del fundo”.

4. A tenor del art. 594 CC, “Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público”.

El precepto, pues, admite, dentro de los límites que establece, no sólo la posibilidad de modificar el contenido típico de las servidumbres forzosas, sino también la de crear servidumbres atípicas.

La RDGRN 14 mayo 1984 (RAJ 1984, 2588) admitió, así, la inscripción de la servidumbre establecida por el propietario de dos fincas colindantes, a favor de los titulares futuros de una de ellas, de que el garaje que se construyera en esta última pudiese extenderse a cierta parte del subsuelo de la otra. Justificó esta solución, argumentando que “la servidumbre constituida es una exigencia de las relaciones socio-urbanísticas que la realidad genera, y en la que razones de necesidad, utilidad y servicio imponen el que un edificio expanda su garaje a parte del subterráneo de un duelo colindante no edificable”.

La servidumbre ha de constituirse de tal modo que en las fincas entre las que se establezca la “relación de servicio-beneficio” esté perfectamente determinada, siendo necesaria la concurrencia de los requisitos estructurales de aquélla; por lo tanto, ha de configurarse de tal modo que el predio sirviente preste al dominante una utilidad, parcial y permanente.

La STS 19 mayo 2008 (Tol 1320884) consideró admisible la constitución de una servidumbre voluntaria, la cual permitía al titular del predio dominante la íntegra utilización del caudal de agua que afloraba del pozo situado en el predio sirviente, entendiéndose que tal forma de aprovechamiento no agotaba todas las utilidades del fundo gravado.

Además, la jurisprudencia afirma que “es fundamental, en materia de servidumbres voluntarias, que el título constitutivo de los mismos determine su extensión y modo de ejercicio” [STS 29 mayo 1979 (RAJ 1979, 1950)].

5. No obstante lo dicho, el art. 541 CC permite una modalidad de constitución tácita del derecho real (la tradicionalmente denominada “por destino del padre de familia”).

Dice el precepto que “La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura”.

En realidad, pese a la dicción de la norma, lo que la misma regula no es la continuación de un gravamen, sino su creación “ex novo”, como consecuencia de la enajenación de una de las fincas, cuando entre ambas preexistía una relación de servicio, que hubiera podido dar lugar al nacimiento de una servidumbre, si su propietario no hubiese sido la misma persona.

Por ello, como explica la STS 31 diciembre 1999 (Tol 2652), dicha relación de servicio entre los predios ha de reunir las “notas características de lo que puede ser una servidumbre”, como son “el carácter durable y permanente”; “a lo que debe añadirse que igualmente es preciso que se dé la especificación o concreción (determinación), en unión de la parcialidad de la utilidad del fundo ‘sirviente’ (especialidad); y no concurre la primera si el signo —estado de hecho— no está perfectamente configurado, y falta la segunda si el servicio no consiste en un uso parcial, sino en una utilización plena e integral de la finca (lo que puede, teóricamente, ser otro derecho real, pero no una servidumbre)”.

Los requisitos para que pueda tener lugar esta constitución tácita son, pues, los siguientes:

a) La existencia de dos fundos pertenecientes a un solo propietario. La STS 24 febrero 1997 (Tol 216542) no aplicó el precepto, porque “no existían dos fincas distintas al establecer dicho signo aparente, sino una sola y única, integrada por el edificio litigioso antes de su constitución en régimen de propiedad horizontal”.

b) “Un estado de hecho entre ambos, del cual resulte por signos visibles y evidentes que uno preste al otro un servicio determinante de una servidumbre” [SSTS 13 mayo 1986 (Tol 1735382) y 20 diciembre 2005 (Tol 795260)]. Por ejemplo, la existencia de una pasarela (indicativa de un servicio de paso) colocada por los propietarios de dos fincas, que no se quitó al tiempo de venderse una de ellas [STS 30 junio 1978 (RAJ 1978, 2628)]; de unas puertas de comunicación, abiertas por el dueño común de ambas heredades, que no se hicieron desaparecer al transmitirse una de las fincas [STS 1 abril 1993 (RAJ 1993, 2983)]; o de un falso techo que cubría parte del local adquirido por el que transcurren conductos de aire acondicionado y de extracción de humos para acceder al patio común del inmueble, porque la circunstancia de que el techo estuviera sensiblemente bajado con escayola era un signo de la existencia de algún elemento entre dicha escayola y el forjado [STS 12 diciembre 2013 (Tol 4053248)].

La STS 7 marzo 1991 (Tol 1728147) precisa que la existencia del servicio prestado ha de ser “fácilmente comprobable”. Por ello, la STS 4 junio 2008 (Tol 1331035) entendió que no podía ser considerado un signo aparente de servidumbre la existencia de una tubería, porque ésta transcurría por debajo de la finca del actor, desconociendo éste su existencia hasta el momento en que pretendió construir sobre su propiedad. El TS asume la tesis de la sentencia recurrida, según la cual no existían signos evidentes y reveladores de un estado de hecho entre ambas propiedades, por el que la finca del actor prestara un servicio a la del demandado determinante de una servidumbre de desagüe.

La STS 20 mayo 2008 (Tol 1320874) afirma que es necesaria una consideración conjunta de la objetividad del signo y de la finalidad para la que fue creado; por ello, entendió que no se había constituido una servidumbre por signo aparente, debido a que la puerta de acceso al terrado de casa inferior no había sido construida para su uso, sino para su limpieza y adecentamiento.

c) Que esos signos demostrativos de la servidumbre hubieran sido establecidos por el dueño común (“el padre de familia”).

STS 14 julio 1995 (Tol 211068) recuerda, así, que no es “eficaz el signo establecido por persona distinta del propietario”.

La STS 8 abril 1988 (Tol 1733203) matiza, sin embargo, que “basta con que, constando previamente las servidumbres a favor y en contra de las respectivas fincas”, el adquirente de ellas, una vez bajo su titularidad, no las haya hecho desaparecer, lo que “implica y comporta unos resultados equivalentes a la creación por él mismo de dichos signos que implícitamente ha consentido y aceptado”.

d) Que uno de los fundos sea enajenado por éste. La jurisprudencia interpreta la expresión enajenar en sentido amplio, “comprendiendo en él, tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la

parcial, y, además, la división de una sola finca”. Véase en este sentido STS 27 octubre 1974 (RAJ 1974, 3976). Véase también, por cuanto concierne a la aplicación del art. 541 CC a los supuestos de división de una finca en previa situación de comunidad, SSTs 10 octubre 1957 (RAJ 1957, 2861) y 7 marzo 1991 (Tol 1728147).

e) Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la constitución tácita de la servidumbre, ni se haga desaparecer el signo aparente al tiempo de la transmisión.

La jurisprudencia considera que el mero hecho de que en la escritura, se exprese escuetamente (como cláusula de estilo) que el predio se encuentra “libre de cargas”, no puede ser considerado como una manifestación o expresión contraria a la constitución tácita de la servidumbre, sino que dicha manifestación contraria ha de ser clara y terminante [SSTs 10 octubre 1957 (RAJ 1957, 2861), 21 enero 1960 (RAJ 1960, 438), 16 abril 1966 (RAJ 1966, 1971), 2 junio 1972 (RAJ 1972, 2596), 30 diciembre 1975 (RAJ 1975, 4846), 13 mayo 1986 (Tol 1740278), 31 enero 1990 (RAJ 1990, 108), 22 diciembre 1997 (Tol 215772) y 17 enero 2002 (Tol 129841)].

6. El art. 537 CC afirma que “Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren en virtud de título, o por la prescripción de veinte años”.

Por lo tanto, sólo las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por usucapión, lo que también confirma el art. 539 CC, según el cual “Las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud del título”.

Por título, ha de entenderse “el negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre” [STS 30 abril 1993 (Tol 1663077)], el cual, según el art. 540 CC, sólo podrá suplirse por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente [a lo que, como afirma STS 22 octubre 2003 (Tol 324647), no equivale la no constancia de oposición] o por sentencia firme, la cual “se tiene que producir como consecuencia de un pleito en el que se pruebe que hubo título para su constitución o, en otras palabras, negocio jurídico creador de la servidumbre, no que hubo un título en el sentido de documento en el que se consignó aquel negocio” [STS 20 octubre 1993 (Tol 1656318)].

Resulta lógico que solamente las servidumbres continuas puedan ser adquiridas por usucapión, ya que en las discontinuas, por ejemplo, en la de paso, falta el requisito de que la posesión sea interrumpida. La STS 30 abril 1993 (Tol 1663077) afirma que en la servidumbres “discontinuas, que sólo se usan a intervalos más o menos largos y dependientes de actos del hombre, puede el propietario del predio sirviente haber permitido equívocamente actos de simple dejación o complacencia, pero sin que exista el necesario ánimo constitutivo”.

Téngase en cuenta, sin embargo, que para las servidumbres, en particular, las de paso, adquiridas antes de entrar en vigor el CC, en virtud de la disposición transitoria primera del mismo, la jurisprudencia admite que hubieran podido ser adquiridas por prescripción a través de posesión inmemorial, modo este de adquirir contemplado por las Partidas [SSTS 14 junio 1977 (RAJ 1977, 2881), 15 febrero 1989 (Tol 1732380), 5 marzo 1993 (Tol 1662758), 13 febrero 2004 (Tol 347009) y 16 mayo 2008 (Tol 1343772)].

Es igualmente lógico que no puedan adquirirse por usucapión las servidumbres no aparentes, porque, en este caso, faltará el requisito de que la posesión sea pública.

Existe un plazo especial para la usucapión de servidumbres, que es de 20 años (art. 537 CC), debiéndose estar para el inicio de su cómputo a lo dispuesto en el art. 538 CC.

Dice el precepto que “Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre”.

En la práctica ha planteado problemas el momento de inicio del cómputo del plazo para la usucapión de las servidumbres de vistas del art. 585 CC, que la jurisprudencia califica como aparentes y continuas.

Los Tribunales distinguen dos supuestos:

a) Cuando se abre una ventana en pared medianera o se construye un balcón o voladizo sobre el suelo del vecino, la servidumbre se considera positiva y, en consecuencia, el plazo para la usucapión se empieza a contar desde la fecha de la apertura del hueco o construcción.

La STS 8 octubre 1988 (Tol 1733509) dice, así, que “la servidumbre adquiere el carácter de positiva, en cuanto el dueño del predio dominante ya está imponiendo al del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa (invasión u ocupación de su derecho de vuelo mediante el citado voladizo o saliente)”.

b) En cambio, cuando la ventana se abre en pared propia, se entiende que la servidumbre es negativa, por lo que el plazo de prescripción comenzará a contarse, no desde la fecha de apertura del hueco, sino desde el día en que el dueño del predio dominante hubiere prohibido al dueño del predio sirviente, mediante un acto de oposición formal, hacer lo que le sería lícito, de no existir la servidumbre, esto es, le

requiera para que no edifique a menos de tres metros de distancia [SSTS 26 octubre 1984 (Tol 1738250) y 8 octubre 1988 (Tol 1733509)].

Véanse así las SSTS 30 septiembre 1982 (Tol 1738963), 26 octubre 1984 (Tol 1738250), 8 octubre 1988 (Tol 1733509), 25 septiembre 1992 (Tol 1660084) ó 1 octubre 1993 (Tol 1656314), la cual afirma que “Sin excepción alguna, desde la promulgación del Código Civil, la jurisprudencia ha venido manteniendo siempre, que la servidumbre de luces y vistas, cuando los huecos se han abierto sobre pared propia, es negativa, pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; más cuando los huecos se han abierto en pared ajena o medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ello se debió contar con la autorización del propietario del predio sirviente, o del otro medianero”.

La razón de esta posición jurisprudencial es clara: evitar que quien abre una ventana en pared propia (quizás, incluso, sin respetar la limitación legal del dominio establecida en el art. 582 CC) pueda, ante la mera tolerancia del dueño del predio colindante (que no protesta), adquirir por usucapión la servidumbre de vistas del art. 585 CC. En la práctica, en este supuesto, será raro que llegue a consumarse la usucapión, pues lo lógico es que se responda negativamente al requerimiento del vecino (que no hay por qué aceptar) de que no se edifique, a menos de tres metros de distancia de su pared, interrumpiéndose, así, la prescripción (adquisitiva).

LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y LA
ENAJENACIÓN FORZOSA O VOLUNTARIA DE LA FINCA HIPOTECADA

THE MORTGAGE AS SECURITY FOR THE LEGAL OBLIGATION OF
ALIMONY AND THE TRANSFER OF THE MORTGAGED PROPERTY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 563-572.

Fecha entrega: 25/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho civil, Acreditada a Catedrática
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: La hipoteca como garantía real puede ser de utilidad para asegurar la obligación legal de prestar alimentos o la pensión alimenticia fijada judicialmente en caso de nulidad, separación o divorcio. Nos planteamos el modo de constitución de este tipo de hipoteca y las consecuencias derivadas de la enajenación de la finca hipoteca a un tercero, sea consecuencia de un procedimiento de ejecución o de una transmisión voluntaria.

PALABRAS CLAVE: hipoteca, pensiones de alimentos, obligación legal de alimentos, enajenación de finca.

ABSTRACT: The mortgage as collateral may be useful to ensure the legal obligation to pay pension or alimony judicially determined in case of annulment, separation or divorce. We set the mode of formation of this type of mortgage and the consequences of the sale of the mortgaged property to another party, they are the result of an enforcement proceeding or a voluntary transfer.

KEY WORDS: mortgage, pension, alimony, transfer of property.

1. En Derecho español la hipoteca rentaria se caracteriza por ser la que garantiza la obligación de pagar periódicamente una renta, canon o pensión, como sucede con la obligación derivada de un contrato de renta, vitalicia [arts. 1802 y 1805 CC y RDGRN de 31 de mayo de 1951 (RJ 1951, 2035)] o no, la obligación legal o contractual de alimentos (arts. 142 y 153 CC), la obligación de pagar una renta arrendaticia, la constituida en garantía del crédito del legatario de rentas o prestaciones periódicas [arts. 88 a 91 LH; arts. 879 y 880 CC y RDGRN de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3779)], o de las pensiones de alimentos o por desequilibrio económico en caso de nulidad, separación o divorcio (arts. 93 y 97 CC).

El régimen jurídico de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas viene dado por el art. 157 LH, precepto que ha sido criticado doctrinalmente por su falta de claridad y precisión, y el art. 248 RH. Nos planteamos en este breve artículo la utilidad que puede presentar la constitución de esta hipoteca para asegurar la obligación legal de alimentos prevista en los arts. 142 y siguientes CC, cuando se opte por cumplirla mediante el pago de una pensión periódica, o la pensión alimenticia en caso de nulidad, separación o divorcio, poniendo, al tiempo, de manifiesto los conflictos que pueden surgir en caso de transmisión voluntaria o forzosa de la finca hipotecada.

2. El art. 569-36 del Código civil catalán prevé que los cónyuges que tienen derecho a percibir una pensión compensatoria en forma de pensión o una pensión alimentaria, en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, o una compensación económica por razón del trabajo, pueden exigir la constitución de hipoteca en garantía de tales prestaciones —se trataría de un supuesto de hipoteca legal o forzosa—, y así también puede acordarlo la autoridad judicial para asegurar la obligación de prestar alimentos a los parientes que tengan derecho a ellos, según prevé el art. 569-37 remitiéndose en cuanto a su regulación a lo previsto en el artículo precedente “en todo aquello que no se oponga a la naturaleza específica del derecho de alimentos”.

No previéndose en el Código civil un supuesto de constitución legal de hipoteca para garantizar la obligación de alimentos entre parientes (cfr. art. 158 y ss. CC) su constitución será siempre voluntaria, pudiendo ser, a su vez, bilateral o unilateral. En el primer supuesto habrá mediado convenio o contrato entre el hipotecante y el acreedor, esto es, el alimentista. En el segundo, a la constitución unilateral por acto *inter vivos* del dueño de la finca (hipotecante) le será de aplicación el art. 141 LH en cuanto a la aceptación por el beneficiario de la hipoteca (alimentista), que precisará, por ello, constancia registral para evitar la cancelación unilateral por el hipotecante, y cuyos efectos se retrotraerán al momento en que fue inscrita en el Registro (cfr. art. 248.I RH).

Será título inscribible la escritura pública de constitución, en que constarán los extremos a los que se refiere el art. 157.II LH. Atendiendo a este precepto en la inscripción de la hipoteca rentaria “se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas”, así como “la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación, o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción” (art. 248.III RH). Respecto al “acto o contrato por el que se hubieran constituido las rentas o prestaciones” hay que tener en cuenta que la obligación de alimentos surge *ex lege* cuando concurren los presupuestos previstos en el CC —relación de parentesco, situación de necesidad del alimentista y capacidad económica del alimentante—, y que desde ese momento se pueden reclamar judicialmente (art. 148 CC). En caso de que la pensión alimenticia se haya acordado como consecuencia de nulidad, separación o divorcio los cónyuges podrán prever las condiciones de la hipoteca en el convenio regulador aprobado judicialmente o en un convenio posterior, que deberá contener las previsiones del art. 248 RH.

De los arts. 157 LH y 248 RH se desprende que la renta, prestación o pensión garantizada debe ser temporal, debiendo constar el vencimiento de la última renta, que podrá hacerse por referencia a una fecha (término fijo) o a un hecho (objetivo futuro incierto), como el cumplimiento de una condición (arts. 1113 y sigs. CC), que es lo que sucederá en el caso que nos ocupa, ya que la obligación de prestar alimentos está sujeta un hecho incierto, cual es, la subsistencia del estado de necesidad.

Por tanto, si están fijadas en la escritura pública o en el convenio regulador el número de pensiones alimenticias que deben pagarse y que quedan garantizadas mediante hipoteca deberán indicarse en la inscripción, con expresión de la fecha de la última pensión o prestación; pero, lo normal será que el número de pensiones sea inicialmente indefinido, aunque la hipoteca siempre tendrá una duración temporalmente limitada. En este supuesto, sostiene la doctrina que no es preciso que conste en la inscripción la cifra máxima de responsabilidad asegurada, “pues la hipoteca del art. 157 LH es la única que no está sujeta a esta exigencia” [CORDERO LOBATO, E.: “Capítulo 16. Obligaciones asegurables con hipoteca inmobiliaria”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J.: *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Cizur Menor (2008): Civitas, pp. 842-843].

Para las hipotecas en garantías de pensiones compensatorias o alimenticias en caso de nulidad, separación o divorcio (y por remisión para hipotecas en garantía de la obligación de prestar alimentos entre parientes), el art. 569-36, apartado 3, del Código civil catalán, prevé que debe establecerse, en todo caso, “el plazo de duración de la hipoteca, el importe de la pensión y la forma y plazos de pago”. Además, si se ha previsto su actualización, “el índice ha de ser objetivo y debe establecerse un porcentaje máximo, a los efectos de la responsabilidad hipotecaria”.

3. Es controvertido en la doctrina si la hipoteca en garantía de una pensión de alimentos o de la obligación legal de prestarlos puede ser constituida por un sujeto distinto al deudor de la obligación garantizada (alimentante). Esto es, si cabe la figura del hipotecante no deudor o fiador real en este tipo de hipotecas. Para aquellos que entienden que en esta hipoteca el titular de la finca es el obligado al pago de las pensiones (obligación *propter rem* u *ob rem*) no sería posible [por todos, ROCA SASTRE, R. M^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, Tomo VIII, *Hipotecas*, 8^a ed. revisada y puesta al día, Barcelona (1998): Bosch, p. 515]. No obstante, atendiendo a que ni el art. 157 LH ni el art. 248 RH lo prohíben, no hay por qué considerar que la hipoteca rentaria tenga un régimen especial respecto a los sujetos que pueden intervenir en su constitución. De este modo, la obligación personal correspondería al deudor (alimentante), mientras que el hipotecante tan sólo respondería con la finca hipotecada del pago de las rentas, pero no estaría obligado personalmente al pago [en tal sentido, RUIZ ARTACHO, J.: “La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas”, *RCDI*, (1946), pp. 224-ss.; BADENAS CARPIO, J. M.: “Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas”, *ADC*, octubre-diciembre (1996), p. 1516; CORDERO LOBATO, E.: “Capítulo 16...”, cit., p. 844; GARCÍA URBANO, J. M^a: “Comentario al art. 157”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirs. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo VII, Vol. 8^o, Madrid (2000): Edersa, p. 686; ZURITA MARTÍN, I.: “Hipoteca en garantía de prestaciones periódicas”, *RJN* (julio-septiembre 2001), pp. 212].

4. La hipoteca rentaria permitirá al acreedor hipotecario (alimentista) instar la ejecución parcial de la hipoteca ante el impago de cualquiera de las rentas o prestaciones periódicas vencidas y no satisfechas (pensiones alimenticias), por los procedimientos de ejecución judicial o extrajudicial. Luego, la hipoteca de rentas y prestaciones periódicas y, en particular, la que garantice las pensiones alimenticias, es susceptible de tantas ejecuciones como prestaciones vencidas y pendientes de pago existan, de manera que tras la ejecución la hipoteca no se cancela hasta el completo pago de todas y cada una de las rentas periódicas (no vencidas).

El art. 157.III LH prevé que “el que remate los bienes gravados con tal hipoteca, los adquirirá *con subsistencia de la misma y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento*”, expresión ésta que ha suscitado una fuerte polémica en la doctrina sobre si el rematante o adquirente en el procedimiento de ejecución asume personalmente la deuda de satisfacer las rentas o prestaciones periódicas que la hipoteca garantizaba [v. por todos, GARCÍA URBANO, J. M^a: cit., pp. 698-705].

Para un relevante sector doctrinal, el art. 157.III LH estaría señalando que hay una subrogación legal en la obligación de pago de la renta periódica (pensión de alimentos) por el adjudicatario del bien hipotecado, lo que es consecuencia de entender que la obligación garantizada es una obligación *ob rem*. Así, según ROCA SASTRE, R. M^a y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL “al transmitirse el bien gravado con

la hipoteca de renta, el débito u obligación de pagar periódicamente la renta o pensión correspondiente hace tránsito pasivamente al que adquiera el bien hipotecado adquirido, produciéndose tal adquirente como si *de iure* propiamente asumiera tal débito” [*Derecho hipotecario*, cit., pp. 504-505]. El art. 157.III LH no se habría limitado a disponer que la hipoteca subsistirá en garantía de rentas venideras, sino que al añadir “con subsistencia... de la obligación de pago de la pensión o prestación” está previendo la subrogación legal del rematante en la obligación garantizada con la hipoteca, de la que responderá personalmente. Se mantiene, además, que una vez constituida esta hipoteca no se puede bifurcar el crédito personal y la responsabilidad real, “que han de estar unidos en el titular adquirente de la finca en caso de transmisión onerosa” [CABELLO DE LA SOTA, P.: “La hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas: sus problemas”, *AAMN* (1950), pp. 145-146]. Desde la adjudicación de la finca el deudor queda completamente liberado, asumiendo la deuda el rematante, resultado éste que se considera que tutela más la posición del acreedor, que si se considera que el primitivo deudor de la renta sigue vinculado, ya que, al haber perdido la finca tras la ejecución, no podrá extraer las rentas de sus frutos [ZURITA MARTÍN, I.: “Hipoteca en garantía”, cit., p. 226].

BADENAS CARPIO, aun defendiendo que el adquirente de los bienes rematados asume la obligación personal garantizada, desvincula esta asunción de deuda de un cambio de la naturaleza de la obligación garantizada, que sería siendo personal, y no real. Simplemente se produciría un cambio del responsable de la obligación personal respecto de las prestaciones o pensiones futuras, pero no de las vencidas no pagadas de las que el rematante que sólo respondería con la finca gravada, con los límites de los arts. 114 y 115 LH, de manera que el deudor primitivo seguiría siendo responsable respecto de aquellas rentas insatisfechas anteriores al límite temporal del art. 114 LH (“Comentarios y jurisprudencia”, cit., pp. 1528, 1530, 1536). Esta asunción legal de la deuda prevista en el art. 157.III LH, a juicio de este autor, desplazaría al art. 1205 CC, al ser aquel precepto más específico y posterior a este último.

Frente a esta tesis se alza la de quienes consideran que, a pesar del tenor literal del art. 157.III LH, el rematante o adjudicatario de la finca gravada con hipoteca rentaria no adquiere la condición de deudor personal de la renta o prestación, sino que responde con el bien gravado de las pensiones atrasadas (y con el límite de los arts. 114 y 115 LH) y de las aún no devengadas, en tanto que, a pesar de la ejecución, la hipoteca no se extingue mientras no lo hagan las rentas garantizadas [CORDERO LOBATO, E.: “Capítulo 16”, cit., p. 845; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: efectos de la transmisión del bien hipotecado”, en AA.VV.: *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (coord. J. GÓMEZ GÁLLIGO), Tomo II, Pamplona (2008): Civitas, pp. 130. ss.; SIMÓN MORENO, H.: “Comentario a la Sentencia de 18 de junio de 2010”, *CCJC*, núm. 81 (2011), pp. 822-823]. El acreedor de las rentas o prestaciones periódicas no perderá su derecho a reclamarlas al deudor (ejecutado), que continúa siendo responsable personalmente con todo su patrimonio, en caso de insuficiencia

del valor del bien hipotecado, o cuando las rentas superen el límite previsto en el art. 114 LH.

Siguiendo esta última tesis la hipoteca rentaria funcionaría como una hipoteca ordinaria en este sentido, ya que el adjudicatario del bien gravado sólo será deudor si asume personalmente la obligación, siempre con consentimiento del acreedor en virtud del art. 1205 CC [BLASCO GASCÓ, F.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia (2000): Tirant Lo Blanch, pp. 348-349; CASTILLO MARTÍNEZ, C.: *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Pamplona (1999): Aranzadi, pp. 222-223]. No habría subrogación legal o asunción automática (ni liberatoria ni cumulativa) de la deuda por el tercer adquirente de finca hipotecada en un procedimiento de ejecución, que tan sólo podrá verse afectado, ante el incumplimiento de la obligación del deudor de satisfacer rentas o prestaciones periódicas, con la ejecución del inmueble (y respecto de las rentas ya devengadas con el límite del art. 114 LH), pero no responderá de tal deuda personalmente con todo su patrimonio.

A nuestro juicio, cabe tener en cuenta el siguiente dato relevante: de admitirse la subrogación en la obligación personal en caso de enajenación forzosa de la finca, por ejecución hipotecaria, si la finca se la adjudicase el acreedor la hipoteca se extinguiría por consolidación y por confusión la deuda, resultado este último no deseable a la luz del art. 157.III LH, cuya finalidad sería la de destacar la subsistencia de la hipoteca a pesar de la ejecución por impago de alguna o algunas de las rentas, y que seguirá garantizando las rentas y prestaciones no vencidas (así, CORDERO LOBATO, E.: “Capítulo 16”, cit., p. 845; BADENAS CARPIO, J.M.: “Comentarios y jurisprudencia”, cit., p. 1530; SIMÓN MORENO, H.: “Comentario”, cit., p. 829).

No es ésta, sin embargo, la postura adoptada por la STS 18 junio 2010 (RJ 2010, 4894) que, aplicando e interpretando el art. 157 LH “por su texto, por sus antecedentes y por su función teleológica, así como atendiendo también a la doctrina de los autores”, entiende que “el adquirente por enajenación forzosa (no procede entrar en la transmisión voluntaria que no se plantea en el presente caso) de una finca hipotecada con hipoteca rentaria, la adquiere con la carga de la hipoteca y, al tiempo, asume la obligación de pago de la renta que está garantizada con tal hipoteca”. Como resultas de esta interpretación, el Alto Tribunal consideró que, al haberse adjudicado en el procedimiento de ejecución hipotecaria la acreedora la finca gravada con la hipoteca rentaria (instado por ella ante el incumplimiento de la obligación de pago de la renta por el deudor), se produjo la “extinción del derecho real por consolidación, ya que al adquirir el derecho real pleno, propiedad, se extingue el derecho real limitado, que garantizaba una obligación de pago de renta, de la que ella era acreedora”, extendiéndose el correspondiente asiento de cancelación. Como ulterior consecuencia, se produjo “la extinción de la obligación de pago de la renta, ya que, por disposición del artículo 157, tantas veces citado, adquirió las fincas con la obligación de pago de la renta y de esta obligación ella es acreedora, lo cual es precisamente el concepto de confusión conforme al artículo

1192 del Código civil: causa de extinción de la obligación que se produce cuando se reúnen en la misma persona las titularidades de acreedor y deudor”.

Las consecuencias de la tesis mantenida por esta Sentencia del TS para el acreedor ante el incumplimiento sucesivo del pago de las rentas periódicas por el deudor son absolutamente desfavorables, ya que produce el efecto perverso de que el deudor de la renta se libera de la obligación como consecuencia de su incumplimiento y posterior ejecución, llegándose a extinguir la deuda si el propio acreedor se adjudica el bien hipotecado en el procedimiento de ejecución, lo que no parece un resultado justificable [GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: “La hipoteca”, en AA.VV.: *Instituciones de Derecho privado* (coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL), Tomo II, Reales, Vol. 3º, Madrid (2005): Thomson Civitas, p. 787; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: “Hipoteca en garantía”, cit., pp. 1303-1305; SIMÓN MORENO, H.: “Comentario”, cit., pp. 822-826 y 830)].

A estos argumentos válidos para toda hipoteca rentaria, cabe añadir que, en el supuesto de que garantice pensiones alimenticias, esta obligación tiene carácter personalísimo o *intuitu personae*, lo que entraría en contradicción con una subrogación legal o asunción automática de la deuda por el rematante o adjudicatario (SIMÓN MORENO, H.: “Comentario”, cit., p. 826).

5. Idéntica polémica respecto a la asunción de la deuda o subrogación en la responsabilidad personal del deudor se reproduce tratándose de la enajenación voluntaria, no derivada de un proceso de ejecución, de la finca gravada con hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas.

Así, aunque el tenor literal del art. 157.III LH sólo se refiere a la transmisión de la finca como consecuencia de la ejecución judicial sostiene un sector doctrinal también sería de aplicación a los demás supuestos de transmisión voluntaria, en que habría subrogación legal en la responsabilidad personal del deudor o una asunción automática de la deuda por el adquirente [ROCA SASTRE, R. Mª y L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, cit., pp. 504 y 506; ZURITA MARTÍN, I.: “Hipoteca en garantía”, cit., pp. 225-227]. Esta conclusión vendría refrendada por la expresión con la que comienza la última frase del art. 157.III LH, al declarar: “*Iguals efectos* producirá la hipoteca en cuanto a *tercero*; pero respecto a las pensiones vencidas y nos satisfechas, no perjudicarán a éste sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafos 1º y 2º del artículo 115 de esta Ley”.

La referencia al art. 114 LH ha de interpretarse en el sentido de que respecto de las rentas ya vencidas y no satisfechas al efectuar la transmisión voluntaria el nuevo propietario (“el tercero” al que se refiere el art. 157.III LH) responderá tan sólo “realmente” (con la finca hipotecada) dentro del límite del art. 114 LH para los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente, pero respecto de estas rentas atrasadas ya vencidas seguirá siendo deudor personal el

anterior propietario (que responderá sin dicho límite temporal). Ahora bien, el anterior dueño quedará liberado de responsabilidad personal respecto de las rentas futuras, que serán asumidas automáticamente por el nuevo propietario.

En cambio, para otros autores no es posible sostener tal conclusión (la asunción personal de la deuda por el nuevo adquirente), lo que vendría refrendado por el art. 118.II LH, en que para la venta voluntaria de la finca hipotecada, aun cuando el comprador haya descontado o retenido el importe de la obligación del precio de la venta, no se produce por ello la subrogación automática en la obligación personal ni queda liberado el deudor [ANGUITA RÍOS, R. M.: *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid (2006): Dykinson, pp. 218 y 219]. Incluso aquellos autores que sostienen que el art. 157.III LH prevé una asunción legal de la deuda por el rematante del bien hipotecado en el proceso de ejecución, consideran que este efecto no se produce en el supuesto de venta hipotecada, que exigiría el consentimiento del acreedor. Ello por dos órdenes de razones: de una parte, por la persona que provoca esta transmisión, ya que en el primer caso es el propio acreedor que debe soportar la asunción de deuda por un tercero, mientras que en el segundo, “la potencial asunción de deuda devendría de un acto realizado por un tercero, el deudor, del cual no pueden derivarse contra el acreedor efectos no consentidos”; de otra parte, por el interés del acreedor, que es el que se protege cuando se insta la ejecución judicial, y al que beneficiaría el cambio de sujeto pasivo de la deuda personal, “puesto que el deudor originario dejó de cumplir lo que le incumbía” [BADENAS CARPIO, J.M.: “Comentarios y jurisprudencia”, cit., p. 1538].

En relación con esta cuestión, cabe destacar que el apartado 4 del art. 569-36 del Código civil catalán, al tratar la hipoteca en garantía de pensión compensatoria o alimentaria acordada para un cónyuge en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, establece expresamente que “la persona que remata los bienes hipotecados los adquiere con subsistencia de la hipoteca y con la responsabilidad real del pago de las pensiones hasta que se extinga la obligación, sin perjuicio de la obligación personal del pago del cónyuge”, con lo que queda descartada una asunción automática de la deuda personal por el adquirente en proceso de ejecución de la finca hipotecada. Esta previsión es aplicable igualmente al supuesto de constitución de hipoteca para asegurar la obligación de prestar alimentos a los parientes que tengan derecho a ellos, por remisión del art. 569-37. Por último, el art. 569-38 regula la hipoteca en garantía de pensión periódica derivada “de la constitución de un censal o de una pensión vitalicia”, remitiéndose a lo establecido por la legislación hipotecaria con relación a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. El apartado 4 del art. 569-38 CC catalán confirma que la asunción de la deuda por el tercer adquirente no opera automáticamente con la transmisión de la finca gravada, al establecer que “Puede pactarse, en caso de venta de la finca hipotecada en garantía del censal, que los adquirentes se subroguen en la obligación de pagar las pensiones, de modo que los vendedores queden liberados de las obligaciones desde el momento en que los acreedores de la pensión *consienten la*

subrogación de forma expresa o tácita por medio de una conducta clara y concluyente”.

EL JUEGO DE LAS CONDICIONES EN LOS CONTRATOS
TRANSMISIVOS DEL DOMINIO: COMENTARIOS A LA RDGRN DE 25 DE
ENERO DE 2012

THE SET OF CONDITIONS IN CONTRACTS TRANSMISSIVE
OF PROPERTY: COMMENTS TO THE TDGRN OF 25 JANUARY OF 2012.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 573-586.

Fecha entrega: 12/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MANUEL MONTÁNCHEZ RAMOS
Registrador de la propiedad
mmontanchez@registradores.org

RESUMEN: En la presente resolución se trata la cuestión de la titularidad dominical en aquellos supuestos en que el título de adquisición de tal derecho aparece condicionado de manera suspensiva y resolutoria al mismo tiempo, llegando a plantearse quién es el “verus dominio” en función de juego de tales condiciones. Una vez concretada tal cuestión se refiere al juego del cumplimiento o incumplimiento de las mismas así como su acreditación frente al Registro de la Propiedad.

PALABRAS CLAVE: propiedad, condiciones, cumplimiento, resolver, título, terceros adquirentes.

ABSTRACT: In this resolution the issue of actual ownership in those cases in which the degree of acquisition of such a right is conditional suspension and adjudicative manner while it is led to consider who the “dominii verus” game based on such conditions. Upon completion of this question relates to the game of performance or breach thereof and their accreditation against the Property Registry.

KEY WORDS: property, conditions, enforcement, terminate a contract, deed, third party purchasers.

1. El BOE de 12 de marzo de 2012 publica la RDGRN 25 enero 2012, que resuelve el recurso interpuesto por Inversiones Corintia S.L y Twkorin S.L. contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar N°3 a hacer constar registralmente el incumplimiento de ciertas condiciones suspensivas determinando un cambio dominical.

El supuesto de hecho en cuestión consiste en la existencia de una finca registral inscrita a nombre de Arisa 86 S.A. por título de compraventa a la mercantil Sudafricana de Hoteles, S.A. De la propia inscripción resulta que la mercantil vendedora retiene la posesión de la misma que entregará a la compradora en el momento en que se satisfaga el precio global así como los enseres inventariados en un adjunto al contrato.

Así mismo la venta se condiciona suspensivamente a que quede inscrita la misma libre de cargas excepto servidumbres y afecciones urbanísticas y previa obtención de licencia de segregación y declaración de obra nueva. En segundo lugar queda condicionada a la obtención de las preceptivas licencias administrativas para poder desarrollar en la misma una actividad hotelera. En tercer lugar a que no existan deudas o cargas que afecten al inmueble distintos a los previstos en el propio título de la compraventa y, en cuarto y último lugar, a la obtención por parte de la entidad compradora de la adecuada financiación en los términos reseñados en el mismo documento.

Además se condiciona con carácter resolutorio la compraventa al hecho del pago por la parte compradora de la cantidad aplazada del precio en el plazo de 40 días desde la notificación a la misma del cumplimiento de las condiciones suspensivas.

Posteriormente se presenta en el Registro de la Propiedad escritura por la que el representante de la vendedora hace constar que ninguna de las condiciones suspensivas se han cumplido junto con acta de manifestaciones otorgada en el mismo día de la venta por la que ambas partes del contrato estipulan que si en el plazo de seis meses no se han cumplido todas y cada una de las condiciones el representante de la vendedora podrá otorgar los documentos necesarios para obtener la anulación de la inscripción de la compraventa.

El Registrador de la Propiedad califica negativamente el documento al entender que para lograr tal cancelación resulta necesario el consentimiento expreso de la compradora sin que fuera suficiente el apoderamiento contenido en el acta manifestaciones anteriormente referida; siendo además que el mismo tiene el carácter de condicional ya que queda conferido tan sólo para el caso de incumplimiento de las referidas condiciones suspensivas.

El interesado recurre gubernativamente contra la calificación del Registrador ya que entiende evidente y como hecho cierto el que las condiciones no se han cumplido y

que resulta erróneo entender que le apoderamiento recogido en el acta es condicional como hace en su nota de calificación el propio Registrador.

La DGRN en esta R. 25 enero 2012 confirma el criterio del Registrador, al entender que la habilitación que se concede al vendedor para otorgar los documentos necesarios para obtener la “anulación de la inscripción de la compraventa” no puede extenderse más allá que una habilitación para demostrar ante el funcionario calificador el incumplimiento de cualesquiera de las condiciones suspensivas debiendo acudir o bien al consentimiento expreso de ambos contratantes o bien a la obtención de una resolución judicial firme en tal sentido.

2. En primer lugar debemos referirnos a la situación dominical existente en los libros registrales tras la inscripción de la compraventa condicionada. La resolución comienza indicando en su expositivo primero que “figura inscrita en el Registro, a favor de Arisa S.A. como consecuencia de compraventa otorgada por la anterior titula registral...” indicando que el titular dominical no es otro que la entidad compradora. Sin embargo, y como consecuencia del juego de las condiciones suspensivas y resolutorias pactadas en el negocio, parece que el dominio pertenece a la vendedora sujeto una compraventa condicionada suspensivamente, quedando tan sólo a favor de la entidad compradora una expectativa dominical condicionada resolutoriamente al impago del precio aplazado.

Ante tal divergencia debemos plantearnos cuál es la situación tabular en el momento de presentar la escritura objeto de calificación. Parece indudable que antes del otorgamiento de la escritura de compraventa la vendedora, Sudafricana de Hoteles S.A, ostentaba el pleno dominio de la finca. Por lo tanto debemos centrarnos en el contenido propio del contrato en sí. En el mismo se produce una división dominical. Por un lado en vendedor retiene el dominio ya que todo el contenido contractual queda condicionado suspensivamente a la concurrencia de ciertos hechos, quedando por lo tanto sin producir efecto alguno hasta ese momento en base a lo dispuesto en el art. 1114 CC al establecer que “en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos... dependerán del acontecimiento que constituya la condición.”

Por lo tanto el dominio, pese a lo que indique la resolución se mantiene en poder del vendedor ya que el principio de autonomía de la voluntad va a permitir por la voluntad negocial de las partes modificar el contenido típico de los contratos en todos o algunos de sus efectos, buscando adaptarlo a las necesidades concretas de la realidad sobre la que se debe aplicar. Así por ejemplo citaremos como supuesto similar en su estructura la venta con reserva de dominio en la que las partes posponen uno de los efectos propios de la compraventa como es el traspaso posesorio a un momento ulterior a la perfección negocial siendo admitido así de forma uniforme por la jurisprudencia. En tal sentido citaremos, entre otras, las SSTs

20 junio 1983 (RJ 1983, 3635), 11 junio 1983 (RAJ 1983, 4208), 10 junio 1958 (RAJ 1958, 2124) y 19 mayo 1989 (RAJ 1989, 3778).

Por lo tanto, el vendedor mantendrá un dominio condicionado a la eficacia de un contrato. Este contrato a su vez otorga una serie de derechos y obligaciones al comprador. Este segundo ostenta una expectativa de adquisición de dominio, o lo que podríamos denominar un dominio potencial expectante del cumplimiento de una serie de condiciones ajenas completamente a su voluntad. A su vez esa expectativa queda condicionada resolutoriamente al hecho del pago completo del precio aplazado.

3. Esta yuxtaposición de condiciones sobre el derecho del comprador nos lleva a analizar si desde punto de vista teórico pueden coincidir sobre el mismo derecho condiciones suspensivas y resolutorias. Podría sostenerse que no cabe tal concurrencia por la propia naturaleza de las condiciones ya que si condicionamos suspensivamente un derecho nada ha nacido por el momento y por ese mismo motivo no cabe afectar de resolución una adquisición que no se ha producido. Sin embargo, si nos detenemos en el contenido negocial sujeto a condición, podemos concluir la respuesta contraria y por ende admitir tal figura. El comprador condiciona suspensivamente la eficacia del contrato de compraventa en cuanto a todos sus efectos, excepto la entrega posesoria que se difiere a un momento independiente, existiendo hasta el momento de tal cumplimiento tan sólo una expectativa junto la legitimación para reclamar judicialmente tal nacimiento en caso de cumplimiento ante la posible negativa del vendedor. Por lo tanto esa expectativa junto a su condición existe y tiene eficacia desde el momento de celebración del contrato.

Junto a esto se pacta la resolución del contrato para el caso de impago del precio aplazado. Esta resolución que en principio pudiera parecer incompatible con el derecho suspensivo lo es sólo aparentemente. Y lo es sólo aparentemente puesto que se refieren a momentos distintos en el iter negocial ya que la posible resolución tan sólo nacerá no en el momento de perfección del contrato sino en un momento posterior, cuando el comprador se haya convertido en propietario mediante el cumplimiento de las cuatro condiciones suspensivas pactadas y, una vez titular dominical como consecuencia de la consolidación derivada de la expectativa en su día adquirida, quedará sujeto en su derecho a una posible resolución en caso de que impague el precio aplazado.

4. Vista la posición jurídica de ambas partes debemos referirnos al carácter de las condiciones suspensivas inscritas. Las partes acuerdan condicionar la adquisición por el comprador a las cuatro condiciones anteriormente reseñadas. Las mismas dependen de la voluntad tanto del vendedor como de terceros y en nada del comprador con lo que debemos ponerlos en relación con lo dispuesto en el art.

1115 CC al establecer que “cuando el cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación condicional será nula.” Este precepto parece distinguir entre las condiciones causales y potestativas, siendo las primeras las que dependen de un hecho accidental respecto de las partes y las segundas las que dependen del comportamiento de una de las partes de la relación jurídica condicionada. Ningún problema se plantea respecto de la admisibilidad del primer tipo de las mismas, resultando sin embargo respecto de las condiciones potestativas la prohibición de su validez tanto por el precepto citado como por aplicación de lo dispuesto en el art. 1256 del mismo cuerpo legal. Sin embargo la doctrina apunta la diferencia entre los límites que se establecen en ambos preceptos puesto que si bien en el art. 1115 se prohíben las condiciones cuyo cumplimiento dependen de la “exclusiva voluntad del deudor” en el art. 1256 hace referencia “al arbitrio de uno de los contratantes.” Por ello el margen de admisión de las condiciones potestativas va estar delimitado por la interpretación más o menos estricta que se realice de la idea de “exclusiva voluntad”.

Pothier encontró una fórmula intermedia permisiva de la validez de las obligaciones a la vez que respetuosa de la voluntad de las partes. Así basó su criterio de admisión en las palabras de “pura y sola voluntad” de la persona que se compromete. Este apunte doctrinal se revistió carácter legal en la primitiva formulación del art. 1174 del Código Civil francés bajo los términos de “puramente potestativa”, si bien posteriormente se sustituyó por la expresión de que dependiera “únicamente de una obligación potestativa por parte de quien se obliga” ante el temor por parte del Tribunalado de las dudas hermenéuticas que el término puramente podía generar. Aun así esta segunda redacción tampoco resultó la definitiva al ser sustituida posteriormente por la expresión de “puramente y únicamente”.

En nuestro derecho García Goyena definió la condición potestativa o voluntaria como aquella que “depende puramente de la voluntad de una de las partes” pensando que nada depende tan omnímoda y exclusivamente del arbitrio y potestad del hombre “que no haya lugar en ello a la providencia”, es decir, tomando como presupuesto que la condición realmente potestativa no existe.

En el mismo sentido la jurisprudencia española entiende que siempre entran en juego otros intereses distintos de la exclusiva voluntad de las partes por lo que raramente califica una condición de puramente potestativa, así podemos citar las SSTs 10 diciembre 1960 (RAJ 1960, 3793), 21 diciembre 1965 (RAJ 1965. 5953), 28 febrero 1974 (RAJ 1974, 740) y la SAT Bilbao 8 junio 1985 (LL 1985-4, p. 937). De esta manera parece que tanto la doctrina como la jurisprudencia califican como nulo el caso en que el obligado haya de realizar un acto que suponga para él tan poco esfuerzo que equivalga a dejar la obligación pendiente de reiteración de su voluntad de quedar obligado y, al contrario, serían válidas todas las condiciones potestativas en que la obligación dependa de que el obligado adopte una decisión que suponga cierto esfuerzo o sacrificio para el mismo.

5. Una vez distinguida la condición potestativa de la puramente potestativa debemos referirnos a la validez de las mismas en relación a las condiciones tanto suspensivas como resolutorias. Respecto de ello conviene apuntar las diferentes teorías esgrimidas por la doctrina. Así, como señala MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Comentario al art. 1115 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. M. ALBALADEJO). Madrid (1984): Edersa, pp. 1048-1060, es frecuente encontrar la afirmación de que toda condición puramente potestativa está prohibida si constituye una condición suspensiva y no en caso de ser resolutoria. Sin embargo afirma ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, vol. II, 11ª ed. Barcelona (1991): Bosch, en contra de dicha opinión que la condición puramente potestativa es válida si depende de la voluntad del acreedor o adquirente pero no si depende del deudor del Derecho; criticando la admisión en las condiciones resolutorias al no distinguir el propio art. 1115 CC. En el mismo sentido MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Comentario”, cit., afirma que dicha opinión no es a su juicio válida puesto que no se trata, como manifiestan sus defensores, en que el obligado quiere o no verdaderamente quedar sujeto a la relación obligatoria en la condición suspensiva y que decide poner un término a su obligación con la condición resolutoria como una extensión de la facultad de desistir.

Por lo tanto podemos concluir que la doctrina, en base a los razonamientos antes expuestos así como los antecedentes históricos ha llegado a la conclusión de la necesidad de separar la condición potestativa de la puramente potestativa, estableciendo la nulidad de la obligación que dependa de la segunda pero no de la primera y, concluyendo además, que la validez de la misma no va a depender del carácter suspensivo o resolutorio de la condición, puesto que la diferente limitación temporal de una y otra (en la primera se limita el nacimiento de los efectos del negocio y en la segunda se pone fin a los mismos) no va a afectar a la aplicación o no de la sanción impuesta por el art. 1115 CC.

En tal sentido se ha pronunciado la RDGRN 12 mayo 2010, al establecer que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo preconiza una interpretación restrictiva del art. 1115 del Código Civil, entendiendo que el precepto reseñado se está refiriendo a las condiciones puramente potestativas, no a las simplemente potestativas. Para el Tribunal Supremo se considera válida la condición cuando no depende del mero arbitrio del obligado (vid. Sentencias de 13 de febrero de 1999, 16 de mayo de 2005 y 28 de junio de 2007, entre otras y Resoluciones de esta Dirección General de 15 de febrero de 2002 y 22 de julio de 2004). En el caso que nos ocupa, no depende de la exclusiva voluntad del deudor ni subrogarse en el préstamo hipotecario inscrito ni obtener financiación, lo que en la época actual se revela evidente”, y en Resolución de 25 de septiembre de 1995 al reconocer que “El primero de los defectos de la nota impugnada plantea la cuestión de la inscribibilidad de un negocio de cesión de bienes en pago de asunción de deudas que se sujeta a la siguiente condición suspensiva: “Todo lo pactado en esta escritura queda sujeto a la condición suspensiva de que antes de que termine el año mil novecientos noventa y tres se incoe expediente de suspensión de pagos de la entidad mercantil cesionaria, y

además que en el mismo, dentro de los plazos legales y reglamentarios y, por tanto, aunque sea con posterioridad al año mil novecientos noventa y tres, se apruebe con las mayorías legales convenio entre la entidad suspensa y sus respectivos acreedores. Por consiguiente, si antes de que acabe el año mil novecientos noventa y tres no se incoase expediente de suspensión de pagos de la cesionaria o si, incoado éste, no se llegase en el mismo a aprobar mediante auto firme un convenio entre las suspensas y sus acreedores, lo pactado en la presente escritura quedará absolutamente ineficaz retro trayéndose a este momento los efectos de esta ineficacia.' 2. Teniendo en cuenta: a) Que la solicitud de declaración del estado de suspensión de pagos es decisión absolutamente discrecional del propio solicitante sin que legalmente venga compelido a ello cualquiera que sea su situación patrimonial (art. 2 de la Ley de Suspensión de Pagos); b) Que es elemento esencial para la existencia del contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes, esto es, su firme y definitiva voluntad sobre su objeto, causa y perfección (arts. 1.261-1 y 1.262 del Código Civil), lo que excluye que pueda dejarse la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes (vid. art. 1.256 del Código Civil) y determina la nulidad de las obligaciones condicionales cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del obligado (art. 1.115 del Código Civil), todo ello sin perjuicio de las excepciones legalmente previstas (cfr. art. 1.453 del Código Civil); c) Que en nuestro Registro de la Propiedad sólo son inscribibles aquellos actos o negocios de trascendencia real en los que concurren las exigencias legales de perfección y validez (vid. arts. 2 y 18 de la Ley Hipotecaria, y 7 y 75 a 78 del Reglamento Hipotecario, etc.); no puede accederse ahora a la inscripción de un negocio, como el ahora debatido, cuya eficacia queda, en definitiva, pendiente de la libérrima voluntad de una de las partes, sin que esta afirmación quede comprometida, como alega el recurrente, por el hecho de que la consecución del convenio (que también integra el hecho condicionante) ya no depende solamente de su voluntad (repárese a este efecto en que basta la consecución de un convenio, cualquiera que sea su contenido), pues el que esta sola voluntad del adquirente no pueda determinar el íntegro cumplimiento de la condición no puede llevar a ignorar que dicha voluntad sí basta para impedirlo".

Por todos estos argumentos debemos considerar que en el caso que nos ocupa nos encontraremos ante cuatro condiciones suspensivas acumulativas, de manera que ante el incumplimiento de cualquiera de ellas no llegará a producir efecto alguno el contrato de compraventa, y que ninguna de ellas ostenta el carácter de puramente potestativas con lo que no debe pensarse en la sanción de la nulidad de la obligación.

6. Por último en este punto debemos plantearnos si tal compraventa debió ser o no inscrita en consideración a sus efectos reales. En este sentido podemos considerar que una compraventa sujeta a tales condiciones suspensivas carece de eficacia real alguna hasta un momento ulterior y, por lo tanto, los efectos que produce quedan limitados al campo obligacional, lo que conlleva su exclusión del objeto de la

publicación registral conforme a lo dispuesto en el art. 1.1 LH al disponer que “el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”. En tal sentido ya se manifestó La Serna al cuestionarse cuál sería en tales casos el objeto de publicación en la medida que no se llegaba a adquirir derecho real alguno hasta un momento posterior a la celebración del contrato. Es sin embargo mayoritaria la opinión, defendida incluso por tal autor, que nos encontramos ante una expectativa de creación de un derecho real y como tal derecho debe ser tratada participando de su propia naturaleza, acompañado de la idea de que el Registro debe publicar fielmente la realidad de las fincas intentando minimizar las diferencias entre la realidad jurídica registral y extrarregistral mediante la completa publicación de las vicisitudes que afecten a las fincas.

Por estos argumentos debe sostenerse la publicación tabular del contrato de compraventa a que nos estamos refiriendo así como de la posición jurídica del comprador derivada del mismo aunque carezca de transcendencia real alguna.

7. Analizado el supuesto de hecho objeto del negocio así como los antecedentes registrales debemos referirnos en este punto al contenido propio del recurso. El mismo se centra en la acreditación registral del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones y sus consecuencias jurídico-reales. Para ello debemos partir del art. 23 LH que establece que “el cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se harán constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda si la resolución o rescisión llega a verificarse”, art. desarrollado en el RH al establecer en su art. 56 que “las notas marginales a que se refiere el art. 23 de la Ley expresarán el hecho que se trate de acreditar, el nombre y apellidos de la persona o personas que lo hubiere realizado, el documento en virtud del cual se extiendan, el pago o exención del impuesto, y contendrán referencia al asiento de presentación del indicado documento, fecha y media firma”.

Estos preceptos han sido criticados unánimemente por la doctrina al contener una regulación adjetiva e insuficiente. Es adjetiva en la medida en que regula la mecánica registral para hacer constar el cumplimiento o no de las condiciones refiriéndose a los asientos a practicar, e insuficiente al no especificar cómo debe acreditarse tal posible cumplimiento o incumplimiento.

Así lo reconoce la propia DGRN en R. 7 octubre 1929 al establecer que “uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el relativo a la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, porque no sólo es necesario para tal prueba atender a hechos y circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro, sino que, aun cuando se halle determinado el plazo dentro del que ha de realizarse o no el hecho condicionante, ha de dejarse un periodo suficiente para

acreditar en forma la deficiencia o existencia de la condición”. Sobre la misma cuestión se manifiesta en la R. 10 enero 1944 especificando que el cumplimiento de las condiciones se acreditará ante el Registro bien mediante la documentación que ponga de relieve en los casos legalmente previstos la inexactitud de los asientos o bien por decisión judicial que así lo declare de manera firme.

Como reconoce DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4ª ed. Madrid (1995): Civitas, “hay que tener en cuenta que una cosa es el cumplimiento de las condiciones, que es siempre un hecho extrarregistral, y otra cosa su traslado al Registro. Si el evento condicionante se hubiera producido en la realidad jurídica extrarregistral, el derecho habría dejado de ser ya un derecho sujeto a condición. Sin embargo, desde el punto de vista del Registro, aunque la relación jurídica no dependa ya de un hecho futuro e incierto o un hecho pasado cuya existencia se ignora oficialmente (vid. RDGR 7 noviembre 1929), respecto de terceros habrá de considerarse que continúa siendo un derecho condicionado”.

En el mismo sentido se pronuncia la DGRN en R. 12 junio 1999 al establecer que “Según la doctrina de este Centro Directivo (vid. resolución de 16 octubre 1991), cuando lo que accede al Registro es una transmisión dominical sujeta a condición es conveniente distinguir dos hipótesis claramente diferenciadas: Una, la que tiene lugar durante la pendencia de la condición si se señaló plazo para su cumplimiento, o mientras no accede al Registro la suerte de la condición, en el caso de que no se hubiera fijado un plazo para su desenvolvimiento; y otra, la que se produce una vez agotado el plazo fijado para que la condición se cumpla, sin que conste en el Registro su cumplimiento o incumplimiento. En el primer caso, el Registro refleja dos titularidades diferenciadas y contrapuestas -actual una, expectante la otra- pero complementarias, por cuanto su reunión agota la plena titularidad del derecho condicionalmente transmitido; en tal caso, para la verificación y consiguiente inscripción -pero libre de la condición impuesta- de actos dispositivos sobre el dominio objeto de la transmisión se precisará la actuación conjunta de ambos. En el segundo, no podrá deducirse ya de los asientos del Registro la coexistencia de esas dos titularidades sino, por el contrario, la extinción de una de ellas y la consolidación de la otra, aunque resulte indeterminado en favor de cuál de los dos sujetos de la transmisión se produjo la consolidación; en tal hipótesis, los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo, así como el necesario respeto de la similar posición registral que corresponde al otro de los sujetos en cuyo favor pudo producirse la consolidación (arts. 1, 40 y 82 de la LH), impedirán la inscripción de la posterior transmisión del dominio otorgada exclusivamente por uno de ellos en tanto no acredite debidamente (vid. arts. 3 de la LH y 238 del RH) que el desenvolvimiento de la condición se realizó en su favor; dicha inscripción presupone la eliminación previa de la indeterminación registral mediante la constatación de la consolidación en favor del ahora transmitente, lo que posibilitará la cancelación de la situación registral que correspondía al otro de los sujetos interesados en la transmisión

condicionada y la continuación del tracto sobre el dominio de ese modo transmitido”.

Por lo tanto en este supuesto la controversia surge respecto a la forma de acreditar registralmente el incumplimiento de tales condiciones suspensivas que daría lugar en primer lugar a la extinción de la expectativa de adquisición del dominio por parte del comprador y por otro lugar a la consolidación del pleno dominio sin limitación alguna en poder del vendedor. Para ello el recurrente aporta un acta de manifestaciones en que el comprador apodera, para el caso de incumplimiento y con carácter previo, al vendedor para otorgar los documentos necesarios para obtener tal reflejo registral junto con una escritura expresiva de tal circunstancia.

El objeto del recurso incide en una de las cuestiones que mayor dificultad plantea en el tratamiento registral de las condiciones en base a dos puntos. El primero se refiere a que supone la acreditación de hechos acaecidos en el mundo jurídico extrarregistral ante el Registrador; y el segundo consiste en la inexistencia por parte de este funcionario calificador de un procedimiento contradictorio que le permita constatar la existencia o no de tales hechos.

En este caso la DGRN desarrolla una argumentación impecable al partir de ambas premisas. Así reconociendo la dificultad de tal constatación parte de la idea ya sostenida por el propio Registrador de que el apoderamiento realizado en el acta tiene un carácter condicional ya que se refiere única y exclusivamente al supuesto en que las condiciones suspensivas, o cualquiera de ellas, se hubiera incumplido, lo que a su vez es la cuestión de fondo del recurso. Por lo tanto el apoderamiento nada aporta a la resolución del presente supuesto más allá del régimen general de constatación de cumplimiento o no de condiciones.

Este régimen general queda por lo tanto marcado por la segunda de las cuestiones anteriormente citadas: la inexistencia de un procedimiento contradictorio ante el Registrador en el seno del procedimiento registral. Es doctrina consolidada del Centro Directivo y de la jurisprudencia que el Registrador para ejercer su función calificadora se encuentra limitado en sus medios a los títulos presentados en el propio Registro y los asientos registrales del archivo registral. Por todas citaremos la SAP Segovia 195/2011 de su Sección Primera, al establecer que “Sin embargo, en este pleito sólo ha de dilucidarse si la calificación del registrador, concretamente, la suspensión de la inscripción solicitada que el mismo acuerda, es o no ajustada a derecho, interrogante que ha de tener una respuesta positiva puesto que si bien el art. 773 permite al intérprete validar una institución de heredero a pesar del error en la designación siempre que de otra manera pudiera saberse cuál sea la persona nombrada, incluso por medios extrínsecos al testamento, en el caso que nos ocupa, tal labor de interpretación no puede ser realizada por el Registrador, el cual cuenta con medios limitados a la hora de realizar su labor de calificación, concretamente, el contenido de los títulos presentados, de los cuales no puede desprenderse con la suficiente certeza la identidad entre la persona designada y la que otorga la escritura

de partición. En ello se diferencia este supuesto del solventado por la DGRN en la Resolución a que alude la parte recurrente, en el que los restantes datos suministrados por el título permitían al Registrador alcanzar la necesaria certeza sobre la identidad del llamado.

Ello no obsta, como señala el juzgador de instancia, a que, si de otro modo (acta de notoriedad, sentencia recaída en juicio entablado al efecto) se acreditase la verdadera identidad de la persona designada, el Registrador, contando con ese nuevo instrumento de juicio, pudiera calificar favorablemente el documento cuya inscripción se interesa. Sin embargo, no siendo ello así por el momento, el recurso ha de ser desestimado y confirmada íntegramente la sentencia de primera instancia”.

Derivado de tal limitación es la necesidad de acreditar el cumplimiento de las condiciones por uno de los siguientes medios. En primer lugar mediante la presentación de una escritura pública en la compareciendo tanto las partes que en su día otorgaron el negocio como todos aquellos terceros que pudieran verse afectados por el cumplimiento o incumplimiento de la condición, consientan de común acuerdo en que se practiquen las operaciones registrales necesarias para publicar los efectos derivados de la misma. Este primer supuesto suele utilizarse en la práctica en la medida que resulta poco frecuente que el titular de un derecho registrado del que va a ser privado comparezca voluntariamente a prestar su consentimiento a tal pérdida.

El segundo de los medios, como así reconoció la RDGN 10 enero 1944, es la acreditación documental de la notoriedad del acaecimiento o no del hecho que supone la condición ante el Registrador. Este medio de acreditación debe limitarse en su uso a aquellos supuestos en los que el que hecho impuesto como condición pueda apreciarse de forma objetiva su cumplimiento o no. Así se manifiesta el Centro Directivo en R. 30 abril 1934. En esta Resolución se sujeta una donación a la condición de que si el donatario falleciera sin descendientes sucederían en los bienes donados los herederos forzosos del donante siempre que no se perjudicasen los derechos legitimarios del donatario. Para este supuesto considera la DGRN con acierto que la primera parte de la condición, la existencia o inexistencia de descendientes, sí reviste el carácter de objetivo pudiendo acreditarse ante el Registrador mediante la aportación de la documentación oportuna. Sin embargo el segundo inciso de la misma, el posible perjuicio en los derechos legitimarios, no reviste tal carácter y por lo tanto invalida este medio de acreditación.

El tercer medio de acreditación es la presentación de una sentencia judicial firme en la que Juez considere acreditado tal cumplimiento o incumplimiento ordenando, como consecuencia del mismo, el cambio en la titularidad dominical del bien en cuestión. En este caso resulta de todo punto imprescindible que el procedimiento se dirija contra el obligado al cumplimiento de la condición para que se cumplan las exigencias del principio de tutela judicial efectiva. Esta sentencia debe revestir el

carácter de firme y haberse dictado en el seno de un procedimiento declarativo conforme reconoce la RDGRN 25 mayo 2005.

La cuestión surge respecto de los terceros que se hayan relacionado con la finca desde el momento en que se inscribió la adquisición condicionada hasta el momento de su resolución. Respecto a los mismos se ha referido la DGRN en numerosas Resoluciones relativas a los efectos del ejercicio de la condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado (entre otras muchas citaremos RR. 8 mayo 1992, 23 septiembre 1996, 13 marzo 1999, 5 enero 2000, 5 diciembre 2000, 22 de enero de 2001 y 23 enero 2008).

En todas ellas se mantiene de forma uniforme el criterio de que los titulares de derechos posteriores deben ser partes en el procedimiento judicial de resolución ya que tal resolución en nada podría afectar a los derechos inscritos o anotados con posterioridad ya que los mismos se pudieron practicar sin el consentimiento del titular del derecho a resolver, siendo necesario que bien el procedimiento de resolución se dirija también contra ellos bien que inicie, si es necesario, un nuevo litigio seguido contra los mismos.

CUBA Y EL MARCO REGULATORIO ACTUAL DE LA PROPIEDAD
INMOBILIARIA. IDEAS BÁSICAS

CUBA AND THE CURRENT REGULATORY FRAMEWORK OF REAL
PROPERTY. BASIC IDEAS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 587-600.

Fecha entrega: 15/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
macobas2002@yahoo.es

“Cuando el misterio es demasiado impresionante, es imposible desobedecer”. *Le petit prince*, Antoine de Saint-Exupéry.

RESUMEN: El trabajo presenta algunas ideas básicas en relación al nuevo marco regulatorio aprobado en Cuba, en materia inmobiliaria. Las transformaciones en este tema han dado un giro total, a temas tan polémicos como la compraventa de viviendas en Cuba, y los derechos del heredero frente a la ocupación, que merecen atención por parte de los estudiosos del tema cubano.

PALABRAS CLAVE: propiedad, vivienda, propietario, transmisión sucesoria, compraventa, permuta, donación.

ABSTRACT: The paper presents some basic ideas regarding the new regulatory framework adopted in Cuba, in real estate. The topics of this area have been totally changed to controversial issues as the sale of homes in Cuba and the rights of the heir to the occupation, thus deserving the attention from scholars of the Cuban issue.

KEY WORDS: property, housing, owner, successional transmission, purchase, swap, donation.

1. Las recientes reformas producidas en Cuba, en materia de propiedad y de derecho de propiedad han roto con la inmovilización del Derecho de propiedad cubano durante casi cincuenta años. De golpe, como parte de las necesidades vitales de resurgimiento, en un intento desesperado de paliar la situación económica del país, y, en correspondencia con los lineamientos del Partido Comunista de Cuba, en la búsqueda de soluciones externas al debacle económico y social se han aprobado un conjunto de disposiciones, poniendo en movimiento un derecho de propiedad inerte y estático durante casi cincuenta años, regulado formalmente en sede del CC y en un conjunto de leyes especiales matizadas por la injerencia del Estado en las decisiones de los particulares y de corte administrativista.

2. Examinaremos a continuación el Derecho de propiedad en Cuba sus principales notas.

2.1. Comenzaremos por los antecedentes históricos y legislativos en materia de vivienda.

El 14 de octubre de 1960 fue promulgada la Ley de Reforma Urbana, declarada como parte de la Ley Fundamental, otorgándosele de este modo el rango constitucional, con algunas medidas que destacan como que se produjo el traspaso del fondo completo de viviendas de alquiler en propiedad a sus correspondientes habitantes; los antiguos propietarios fueron indemnizados por el Estado según el año de construcción y monto del alquiler de la vivienda perdida; se decretó la eliminación y prohibición de todos los gravámenes hipotecarios sobre inmuebles urbanos; se eliminó la institución legal del alquiler de viviendas y fueron prohibidos los alquileres entre particulares.

A las pocas semanas después del triunfo de la Revolución fueron promulgadas las primeras leyes con importancia en el campo de la política de la vivienda. Se trataba de leyes sobre el cese de los procesos por desalojo y las demandas de desahucio (Ley N° 26 del 26.1.1959), sobre los precios máximos y la venta forzosa de terrenos urbanos edificables para combatir la especulación (Leyes N°. 218 del 7.4.1959; N° 691 del 23.12.1959 y N°. 892 del 14.10.1960), y la muy esperada, y ya en 1953 anunciada, ley sobre las reducciones de los alquileres (Ley N°. 153 del 10.3.1959), mediante la cual se redujeron los alquileres de los inmuebles urbanos de un 30 a un 50%.

Esto a manera resumida fue la situación legislativa, Dos Leyes de Reforma Urbana, y posteriormente casi veinte años después dos Leyes Generales de la Vivienda, aprobada la primera en 1984, y en 1988 la segunda, que se decretaron con poca separación en el tiempo (LGV, Ley N° 48 del 31.12.1984 y Ley N° 65 del 23.12.1988), acompañadas con posterioridad de innumerables resoluciones, circulares y normas de menor rango que fueron matizando la política inmobiliaria

cubana, por parte del Estado, hasta que en el año 2011, con la aprobación del Decreto Ley número 288/2011 es que se produce un cambio legislativo sin precedentes y radical en sede de vivienda, y que derogó de un solo plumazo las principales limitaciones en materia de Derecho de propiedad en relación a la propiedad personal. Las principales reformas fueron en materia de vivienda y la transmisión de la propiedad de vehículos de motor por compraventa y donación entre personas naturales, en virtud del Decreto no 292/septiembre 2011, Gaceta Oficial de la República, Extraordinaria número 31.

2.2. Los principios generales que han marcado la legislación cubana en materia de vivienda son dos fundamentalmente, el primero principio destaca que la vivienda no es objeto de lucro, por tanto sólo se puede tener una vivienda para vivir permanentemente y otra de veraneo; el segundo principio es la prevalencia del derecho de ocupación, sobre el derecho a la herencia.

2.3. Entre las notas más relevantes del Derecho civil y en especial del Derecho de propiedad, durante cinco décadas se encuentran: la ausencia de autonomía de la voluntad, un derecho civil cercenado, atrofiado y de corte administrativo, un Registro de la Propiedad paralizado en el tiempo y desajustado a la realidad cubana, y revitalizado con vistas a poder inscribir la inversión extranjera, un Catastro muerto, con la consiguiente ausencia de concordancia entre la realidad registral y el catastro y de los principios registrales que informan la organización del quehacer en este sentido, “muerte civil” de los principios que informan la legislación hipotecaria, tracto sucesivo, especialidad, prioridad entre otros.

Una legislación Hipotecaria española que entró en vigor en Cuba en 1893 y que ha sido susceptible de múltiples modificaciones en España incluso, y que ha sido de inaplicación en sede de Derecho civil cubano durante casi cinco décadas y que aparece de nuevo en la palestra jurídica cubana en virtud del Decreto – Ley número 289, de 21 de noviembre de 2011, “De los créditos a las personas naturales y otros servicios bancarios” (Gaceta Oficial 040, Extraordinaria, de 21 de noviembre de 2011), que en su art. 13.1 retoma las hipotecas voluntarias, como garantías a los créditos que otorguen las instituciones financieras.

A esto se acompaña la supletoriedad del CC refrendada en el art. 8, en relación a innumerables leyes y modificaciones, acompañado de Instrucciones y circulares del Ministerio de Justicia de Cuba, que cercenaba lo previsto en el mismo, y que en ocasiones lo derogaban de un plumazo, a pesar de ser normas de rango inferior.

Por otra parte la fe pública notarial aparece sujeta a avatares de control por parte del Estado y de pugna entre las necesidades de los particulares y los límites sin freno a los actos de éstos.

A ello se une la aparición de un marco de categorías típicas y propias del Derecho civil cubano, que sólo a manera de ejemplo señalo; zona congelada, el art. 470 del CC que prohíbe heredar a las personas que han abandonado definitivamente el país, y los convierte en incapaces para suceder, la figura de la permuta con donación, como un contrato atípico no regulado en el CC cubano y surgidos por la pugnante necesidad social, el concepto de bienes indispensables para la continuación de la vida doméstica (art. de la miseria o de las necesidades), cooperativas temporales para construir viviendas, microbrigadas, derecho de azotea, autorizaciones por doquier para cualquier simple acto, que constituyen el lenguaje jurídico y el marco conceptual del Derecho civil cubano.

En cuanto al mantenimiento, rehabilitación en materia de vivienda, la situación es y ha sido deplorable, entre las que destacan la inexistencia de mercados para la compra de materiales necesarios para la construcción y rehabilitación de viviendas. Hay que dirigirse a los mercados grises o negros para conseguir, sin garantía, lo que en el momento esté disponible; no existen líneas de créditos para la rehabilitación de las mismas hasta que en fecha reciente con la aprobación del Decreto-Ley No 289/2011, que establece los Créditos a las personas naturales y otros servicios bancarios, se regula entre las modalidades del crédito en su art. 3, para comprar materiales de construcción o pagar el servicio de mano de obra de acciones constructivas. Tampoco se conceden subsidios dentro del marco de un programa de rehabilitación urbana, con la excepción del centro histórico gestionado por parte de la Oficina del Historiador de la Ciudad de la Habana (OHCH).

Este fue el panorama del Derecho civil, hasta las reformas que se han producido en los últimos años.

2.4. El actual marco regulatorio se compone del inestimable CC cubano (1987), la Ley Hipotecaria (1893), el Código de Comercio (1885), corpus de la codificación, y que recoge las formas de propiedad establecidas en la Constitución Cubana.

En lo que respecta a la normativa referida a la propiedad, se argumenta para justificar las reformas el art. 21 de la Constitución cubana que, preceptúa la garantía por parte del Estado, de la propiedad personal sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio, lo que implica el ejercicio del uso, disfrute y disposición del bien -art. que está así formulado desde el año 1976, que se aprobó la Constitución cubana y mantenido en las diferentes reformas del cuerpo constitucional- y que de pronto ha sido recuperado, esgrimido y aplicado, bajo la explicación que las experiencias alcanzadas en relación a la aplicación de la Ley 65/1988, y otras regulaciones, así como la necesidad de contribuir a la solución del problema habitacional, “aconsejan” eliminar prohibiciones y flexibilizar limitaciones.

Por tanto de lo que se trata es de aplicar lo que ya estaba legislado desde 1976, con la aprobación de la Constitución Cubana, y posteriormente refrendado en 1987 por

lo previsto en el art. 129.1 del CC cubano que reconocía las facultades inherentes al derecho de propiedad, al regular de forma expresa lo siguiente: “la propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico. 2. El propietario tiene acción contra el tenedor y él poseedor del bien para reivindicarlo. 3. El propietario puede también solicitar el reconocimiento de su derecho por el órgano jurisdiccional competente e inscribirlo en el correspondiente registro”.

En consonancia con ello, estamos en presencia de la recuperación por llamarlo de alguna forma de la autonomía de la voluntad, aunque esta afirmación no puede interpretarse literalmente, porque todavía sigue la sombra de las autorizaciones en determinados supuestos, la imposibilidad de tener más de una vivienda, para quien pueda y quiera, o las viviendas situadas en zonas especiales, o en determinadas zonas del país que siguen estando sujetas en las permutas, donaciones y compraventas al control estatal, de acuerdo al art. 110 del Decreto 288/2011, en el apartado referido a las Disposiciones especiales.

No obstante se han autorizado los negocios jurídicos de los particulares, y se establece la flexibilidad para comprar, vender, donar, y permutar, convirtiendo al estático registro de la Propiedad cubano en un eslabón esencial o requisito indispensable para la realización de cualquier negocio jurídico, desterrándolo de la casi muerte civil en que estuvo durante casi 50 años, y señalo “casi”, porque ya fue revitalizado en relación a las primeras inversiones extranjeras al comienzo de la década de los 90, de ahí que las recientes reformas ponen en funcionamiento la “dormida” la inscripción registral y la convierten en obligatoria para la realización de los actos jurídicos.

Se siguen manteniendo los viejos principios que marcaron y siguen marcando en mayor o menor medida las regulaciones en materia de vivienda, en la Ley General de la Vivienda de 1986 y la posterior de 1988 (Ley número 65/88, estos principios se mantuvieron). En igual sentido la reciente reforma en materia de vivienda, de 2 de noviembre de 2011, Decreto-Ley 288, mantiene por lo menos uno de estos principios, nadie puede tener más de una vivienda, aunque si leemos literalmente el texto, resulta curiosa la redacción que se hace en el art. 2, párrafo tercero, que dice: “será legítimo tener, además de la ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o al veraneo”.

La técnica no resulta muy depurada, porque ocupación o posesión no es lo mismo que propiedad, aunque luego siguiendo la lectura del articulado posterior vemos que evidentemente es cuestión de técnica jurídica, porque queda muy claro que la propiedad sólo puede ostentarse sobre un inmueble, por lo menos en sede de sucesiones, claramente en lo previsto en el art. 78. 1 de la Ley General de la Vivienda, donde regula, que la Dirección Municipal de la Vivienda puede transferir la vivienda a las personas que la ocupaban con consentimiento del propietario anterior, al menos si hubieren ocupado cinco años, con el consentimiento del titular,

pero textualmente dice “transferir la propiedad a las personas que, sin ser propietarios de otra vivienda”.

Posteriormente regula en su párrafo tercero que: “fuera de esta posibilidad, de la establecida para los agricultores pequeños y cooperativistas y de los casos de las viviendas vinculadas, ninguna persona tendrá derecho a poseer más de una vivienda”, por lo tanto se sigue manteniendo como excepción la vivienda de veraneo, a la regulación de tener un solo inmueble, contemplando el supuesto especial de los pequeños agricultores y cooperativistas.

2.5. Como parte del cumplimiento de los Lineamientos aprobados en el Sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba en abril pasado, el Consejo de Estado publicó el Decreto-Ley 288/2011 de 28 de octubre de 2011 (Gaceta Oficial No 035, Extraordinaria de 2 de noviembre de 2011) que modifica la “Ley General de la Vivienda”, Ley No 65, de 23 de diciembre de 1988.

La nueva normativa permite a los propietarios, cubanos y extranjeros residentes permanentes en el país, disponer libremente de sus viviendas, por medio de permutas, donaciones y compraventa; porque la disposición del Consejo de Estado eliminó la autorización de la Dirección Municipal de la Vivienda exigida a los propietarios que decidieran permutar o donar sus inmuebles, no obstante este logro, deja intactas las normas migratorias para la capital y para las zonas sometidas a régimen especial de administración, que impiden el pleno ejercicio del derecho de propiedad.

En el sistema legal cubano, está vigente el Decreto 217/1997, que establece las “Regulaciones migratorias para la ciudad de La Habana”, a la par que limita la libertad de circulación dentro de la Isla y el derecho a escoger en él, el lugar de residencia. Este Decreto obliga a las personas que se adjudiquen por herencia, legado, donación, compraventa de una vivienda ubicada en la capital, solicitar respecto a su núcleo familiar, un permiso de residencia y circulación, a los Presidentes de los gobiernos municipales, de que los ciudadanos que no estén domiciliados en la capital, para realizar cualquier trámite de cambio de domicilio en la capital, un dictamen emitido por la Dirección Municipal de la Vivienda, que acredite el cumplimiento de los preceptos de esta norma. Igual trámite deben realizar los que arrenden o permuten los inmuebles de su propiedad. Son disposiciones que coactan la libertad de circulación dentro del propio país.

Este Decreto fue recientemente modificado en virtud del Decreto No. 293 de 29 de octubre de 2011, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, el 16 de noviembre de 2011, que establece Art. Único.-Se dispone modificar el art. 5 del Decreto No. 217, de 22 de abril de 1997, el que queda redactado de la forma que sigue: art. 5.-“no podrán oficializarse traslados con carácter permanente de personas provenientes de otras provincias del país hacia La Habana sin cumplir los requisitos

a que se refiere el art. 2 de este Decreto. Se exceptúa de lo anterior a: a) El cónyuge, los hijos, padres, abuelos, nietos y hermanos del titular. b) Los hijos menores de edad del cónyuge no titular. c) Las personas declaradas jurídicamente incapaces. d) El núcleo familiar de la persona a quien se le asigne un inmueble por interés estatal o social”.

En la isla también existen zonas declaradas especiales o de alta significación para el turismo, sometidas a régimen especial de administración, por mandato gubernamental, en las que se exige un permiso para residir. El Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros declaró en 1995, zona de alta significación para el turismo al municipio La Habana vieja, en la capital, y en el 1997 a Varadero, en Matanza, por lo que los residentes, o los que pretendan domiciliarse en estas localidades, necesitan autorización para permutar, arrendar u obtener la propiedad de una vivienda, antes de recurrir al Notario Público, de ahí que estas viviendas que se encuentren ubicadas en zonas especiales, siguen teniendo un tratamiento especial. En el caso del art 110 de la Ley General de la Vivienda, se incluyen las compraventas y donaciones que pueden ser controladas por otra entidad o dependencia nacional. En cuanto al art. 109 se modifica el inciso e), por lo que las permutas, donaciones y compraventas de vivienda podrán realizarse conforme al procedimiento que establezca el Instituto Nacional de la Vivienda.

La Resolución No. 114, de 6 de agosto de 2007, puso en vigor “Las Normas y Procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad (Gaceta Oficial No 039, Gaceta Extraordinaria de 6 de agosto de 2007), derogando la Resolución Ministerial No. 249, de 7 de octubre de 2005. La citada norma desarrolla la organización del Registro de la Propiedad y establece el procedimiento registral y la organización de la oficina registral, lo que posteriormente complementa lo previsto en el Decreto. Ley no 288, de 2011, que establece que para la realización de los actos de dominio se necesita la inscripción en el Registro de la propiedad lo que lo convierte, si no en constitutivo, por lo menos en obligatorio, a tenor de lo que previenen los art.s y en correspondencia con lo previsto en la Resolución No. 342/2011, de 31 de octubre (Gaceta Oficial de 31 de octubre de 2011), dictada por el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, que se refiere a la actualización e inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad.

Finalmente y, no por ello menos importante hay que tener en cuenta dos modificaciones esenciales en materia inmobiliaria, la primera en relación a la transmisión sucesoria de la vivienda y a la transmisión por salida definitiva del país de los inmuebles.

En cuanto a la transmisión sucesoria, la reforma más importante es que se hace prevalecer el derecho hereditario sobre el derecho de ocupación, que además de ser uno de los principios informadores de la legislación cubana, había sido además una de las grandes limitaciones en orden a la sucesión mortis causa porque el ocupante excluía al heredero no conviviente con el causante.

Las reglas que se aplican a partir de la reforma del 2011, son las siguientes y que amerita consignar: en la sucesión testada e intestada, si no existen herederos o renuncian se transmite a los ocupantes con 5 años o más de convivencia o al Estado.

Si no existen herederos ni ocupantes se transmite al Estado, y en todo lo demás hay completa remisión a la legislación sucesoria, lo que significa que si un heredero no vive la vivienda tiene derecho a recibir el inmueble en propiedad, prevaleciendo su derecho frente a quien haya ocupado la misma, aunque la reforma ha establecido la protección a los convivientes (que viven el inmueble, pero que no lo pueden recibir, porque un heredero se lo haya adjudicado), a tenor de lo previsto en los arts. 76.1 y siguientes de la Ley General de la Vivienda modificados por el citado Decreto- Ley No. 288/2011.

Por ello en las advertencias legales que hace el Notario cuando se otorga la correspondiente Escritura, además del pago del impuesto y la inscripción en el Registro de la Propiedad, se consigna por el fedatario público, la advertencia legal de que, si los ocupantes de la vivienda no son herederos, siempre que hayan convivido al menos 5 años, con el consentimiento del propietario antes de su fallecimiento tiene derecho a mantener la ocupación en el inmueble, y quien se adjudique el inmueble, liquida los adeudos que sobre la misma quedaren, previa resolución de la Dirección Municipal de la Vivienda. Por otra parte el citado organismo puede en uso de la discrecionalidad que caracteriza el derecho administrativo autorizar a ocupantes (no herederos) que no reúnan estos requisitos a obtener el derecho a la vivienda.

En cuanto a la transmisión por salida definitiva del país, el art. 81.1 del Decreto No. 288/2011 contempla la transmisión sucesoria por salida definitiva del país de la vivienda y se complementa por lo previsto en la Resolución 343/2011, que adiciona un nuevo capítulo a la Resolución No. 14, de 13 de enero de 2006, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda. Se confisca si el titular se ha ido definitivamente, por parte del Estado quien la transmite a las personas con derecho de forma gratuita si son copropietarios, cónyuge, hijos y descendientes, padres, abuelos y demás ascendientes, hermanos y sobrinos, tíos, y primos. Se hace en este orden con excepción de cónyuges e hijos que concurren juntos, la persona que se adjudica liquida los adeudos que sobre la misma quedaren. Pero con una importante salvedad para matizar este punto, que la ley permite a los propietarios, haciendo uso de la autonomía de la voluntad disponer de sus inmuebles, evitando de esta manera la confiscación temida históricamente por quien pretendía abandonar el territorio nacional. Amerita por su importancia consignarlo así dice el mismo: “son válidos los actos de transmisión de la propiedad de viviendas, realizados por sus propietarios, conforme a la Ley, antes de salir definitivamente del país” (art. 81.8, agregado a la Ley General de la Vivienda, ley 65).

La reforma del Decreto afecta a tres contratos en especial, la compraventa (arts. 334 al 352 CC), la permuta (arts. 367 al 370 CC), y la donación (arts. 371 al 378 CC).

Estos tres contratos mantienen en las reformas algunas cuestiones que les son comunes, en relación a los sujetos que pueden ser sujetos de la relación contractual, en lo concerniente a las advertencias legales que realiza el Notario, los elementos que contiene la parte expositiva de la Escritura Pública donde se otorgan, el pago de impuestos entre otras.

En cuanto a los sujetos de la relación jurídica contractual, es de especial interés el art. 2 de la Ley General de la Vivienda, que ha sido sujeto a modificaciones a tenor de lo establecido en el art. 2 del Decreto. Ley no 288/2011, que señala expresamente que los particulares sujetos de estos actos, son personas naturales cubanas con domicilio en el país y extranjeros residentes permanentes en el país. Cabe decir que la interpretación que ha hecho el Ministerio de Justicia en los seminarios efectuados en Cuba al efecto, señala explícitamente que se entienden como tales: personas naturales cubanas con domicilio en el país, incluidos aquellos ciudadanos que ostentan categoría migratoria de permiso de residencia en el exterior o permiso de salida definitiva otorgada por las autoridades migratorias cubanas y extranjeros con residencia permanente en Cuba, quienes tienen iguales derechos y deberes civiles que los ciudadanos cubanos, a tenor de lo que dispone el art 11 CC, que nos dice “los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía (que debió haber dicho cubana), que sean residentes permanentes en Cuba tienen los mismos derechos y deberes civiles que los ciudadanos cubanos, salvo disposición legal en contrario”.

En lo referido a los límites de competencia, puede autorizar la Escritura Pública el Notario donde esté enclavado el inmueble, previa inscripción del propietario en el Registro de la Propiedad, como requisito esencial, convirtiendo la citada inscripción, si no en constitutiva, por lo menos obligatorio, como ya se ha expuesto. Este requisito es común para la compraventa, permuta y donación.

En la parte expositiva de la Escritura se exige la descripción del inmueble, su naturaleza: urbana o rural, ubicación geográfica, número y pisos en el caso de los edificios multifamiliares, las características generales (tipo de inmueble, cantidad de plantas, distribución), las constructivas (año, muro, entrepisos, superficie total, estado técnico del inmueble) medidas y linderos, etc. También se consigna el valor legal, que consta en el título de adquisición, de lo contrario se toma el dictamen técnico acreditativo de su descripción y tasación emitido por el Grupo de arquitecto de la comunidad, que no caducará mientras no varíe alguna circunstancia.

En la titularidad en que conste la adquisición del terreno se consignará si es de propiedad personal o si se concedió en derecho perpetuo de superficie, si se trata de una permuta, cuyo titular es superficiario del terreno, el nuevo adquirente se subroga en lugar y grado del superficiario.

El título de adquisición se hará referencia al estado conyugal que ostentaba el propietario al momento de la adquisición, y el título formal que puede ser, Escritura Pública, títulos expedidos por entidades administrativas o por autoridades judiciales, así como el Acta de notoriedad si procediere. Hay que recordar que las Normas de organización del Registro, Resolución No. 114, de 6 de agosto de 2007 en su art. 4 regula el valor y alcance del Acta de Notoriedad para la recuperación del tracto registral.

En lo referido en concreto al contrato de compraventa hay que aportar el documento de la sucursal bancaria acreditativo de los adeudos por concepto de pago de transferencia de su propiedad, aplicándose además las obligaciones del vendedor de saneamiento por evicción y vicios ocultos que regula el CC cubano en sus arts. 341, 346 y siguientes.

En cuanto a la transmisión de la propiedad se estará a lo previsto en el art. 178 del CC que se contempla en el único Capítulo dedicado a la Adquisición y Transmisión de la propiedad (Capítulo V), que aunque parco en este sentido como en otros, regula que la transmisión se consuma mediante la entrega o posesión, y aunque a diferencia del CC español que establece las diversas formas en que se produce la traditio, entre ellas la instrumental, se entiende que la entrega de la escritura perfecciona la transmisión, siguiendo el sistema del título y modo, base del sistema de propiedad español.

En cuanto al contrato de permuta regulado en el art. 367 del CC ha sufrido una importante reforma, porque se regula finalmente la compensación o complemento monetario con la finalidad de equilibrar las prestaciones, a tenor de lo previsto en el art. 69.4 de la Ley General de la Vivienda según la reforma que regula: “al realizar la permuta, de estimarlo los propietarios, pueden acordar una compensación, lo que se hará constar en la escritura pública notarial correspondiente”. También cabe decir que en el caso de la permuta no hay que explicar las causas y motivos de la compensación en dinero, y si las partes lo acuerdan se puede redactar una cláusula con la misma a efectos fiscales, lo que deviene del empleo del pueden en el texto de este art., por lo que no es obligatorio.

El concepto de desproporción en la equivalencia de las permutas queda atrás con las reformas. Concepto regulado en el art. 69 de la Ley General de la Vivienda (Ley 65), que señalaba: “Los casos de permutas desproporcionadas que tengan su origen en operaciones lucrativas o que puedan causar perjuicios a los convivientes a que se refieren el art. 65 de la Ley, podrán ser impugnados ante los tribunales a instancia de los afectados o la Dirección Municipal de la Vivienda”, y suprimiéndose además la abstención de los Notarios de actuar en estos supuestos y de tener que remitir a la Vivienda el expediente para la correspondiente autorización (art. 69, tercer párrafo).

Igualmente y según la práctica y orientaciones del Ministerio de Justicia, podrá extinguirse una copropiedad por cuotas o independizar a los convivientes previa donación, lo que significa que se acepta la permuta con donación.

Algunas notas importantes en materia de permuta, desde la práctica jurídica cubana, es que los convivientes no se pueden oponer a la permuta, pero en la Escritura se hace constar que no se afecta el derecho de los convivientes y que ninguno está sometido a litigio, además las partes están obligadas al saneamiento por evicción y vicios ocultos a tenor de lo que regula el art. 369 del CC cubano.

Incluso se legaliza la figura del corredor de permutas (proscrita y perseguida durante mucho tiempo) y aparecen páginas web para publicitar las mismas, así tenemos las páginas [sepermuta](#) y [revolico.com](#).

En cuanto a la donación es libre en base al tan ansiado principio de la autonomía de la voluntad y no se requiere la acreditación del parentesco (requisito esencial en la Ley General de la Vivienda, antes de las reformas), como tampoco la autorización para realizarla concedida por la Dirección Provincial de la Vivienda. Desaparece además el derecho de tanteo por parte del Estado para la adquisición de la propiedad, que lo ostentaba a tenor del art. 70, primer párrafo de la citada Ley.

En las advertencias legales específicas, los Notarios tendrán que consignar como advertencias legales la responsabilidad que asumen los comparecientes u otorgantes con respecto a los convivientes, liberando al Estado de cualquier reclamación. De ahí que sea causa de nulidad del negocio jurídico la desprotección de un conviviente, que se podría denominar como especialmente protegido en sede inmobiliaria, así queda claramente fijado en el Decreto- Ley No. 288, en los arts. 69.4 y 70. 5, segundo párrafo. Los convivientes que sean perjudicados podrán hacer uso de las acciones que la ley regula a tenor de la Ley de procedimiento, y accionar frente al Tribunal Provincial Popular correspondiente.

En consonancia con el principio de que sólo se puede poseer una vivienda de uso permanente, en las correspondientes Escrituras se hará constar entre otras manifestaciones, como que los otorgantes no poseen otra vivienda de residencia permanente en propiedad. Igualmente se les advierte de la inscripción en el Registro de la Propiedad, y el pago de la tributación fiscal en el plazo de 30 días naturales a partir del otorgamiento de la escritura.

El tratamiento tributario a los actos referentes a la transmisión de la propiedad de las viviendas se refrenda en el art. 85 de la Ley General de la Vivienda, también ha sido modificado por el citado Decreto 288/2011, señalando que están gravados por el Impuesto sobre Transmisión de Bienes y Herencias, y remite a lo regulado en la legislación especial, en este sentido habrá que atenerse a lo previsto en la Resolución No 351 de 31 de octubre de 2011, del Ministerio de Finanzas y Precios que aplica un tipo impositivo del cuatro por ciento (4%), sobre los ingresos obtenidos en la

venta del inmueble. Igualmente se establece el mismo tipo impositivo en el Impuesto sobre Transmisión de Bienes y Herencias, a tenor del Resuelvo Primero, Tercero y siguientes, de aplicación a las permutas, donaciones, también pagan impuestos las personas naturales a quienes el Estado transmita viviendas o participaciones de propiedad de estas, confiscadas a propietarios que hayan salido definitivamente del país.

3. A modo de conclusión: Cuba ostenta un sistema jurídico peculiar, marcado por una influencia casi férrea del sistema político en sus principales instituciones, a lo que se une la inexistencia de una tripartición de poderes, estando todo el control en manos del Estado, por lo que las actuales reformas no han pasado para nada desapercibidas por los estudiosos del fenómeno Cuba y de sus normas jurídicas y de su especial legislación.

El tema de la vivienda constituye una cuestión vital, urgente y ya insostenible de controlar por el Estado cubano, fundamentalmente porque la voluntad de los particulares y la autonomía de la voluntad ha terminado por aflorar, aunque sería ingenuo de mi parte, pensar que ha sido un cambio producido por la sociedad, estas reformas nacen de la imposibilidad del Estado cubano del sostenimiento de la economía actual, y por supuesto de la incapacidad de resolver la situación de la vivienda, de forma tal que al liberalizar el tema, deja en manos de los particulares la libertad de decisión de poder permutar, donar libremente y sobre todo de realizar transmisiones si pretenden abandonar el país. Sueño de muchos cubanos, en cinco décadas de limitaciones totales.

Este trabajo pretende solamente esbozar algunas ideas esenciales y por supuesto no abarca todas las reformas, sólo lo más importante y destacado en materia de vivienda y del sistema registral cubano.

Por supuesto estas breves líneas no agotan la enrevesada situación del Derecho Civil cubano y mucho menos la casuística en temas de vivienda, tampoco ha sido la intención de la aquí autora reflexionar con profundidad sobre la temática, porque se necesitarían para ello emborronar muchas cuartillas, simplemente he expuesto las principales reformas en sede de vivienda, para que el lector interesado en la materia pueda ubicarse en el contexto actual cubano, con la finalidad además, de que las personas interesadas en el estudio del Derecho cubano, puedan entender el pasado y el presente en la materia, o por lo menos intentarlo, porque soy consciente que la materia y el uso de las categorías propias de un derecho tan peculiar como el de Cuba, en más de una ocasión puede dejar perplejo al lector.

FALTA DE TRANSPARENCIA FORMAL DE UNA CLÁUSULA SUELO EN
UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. COMENTARIO A LA
STS 8 SEPTIEMBRE 2014 (RJ 2014, 4660)

LACK OF FORMAL TRANSPARENCY OF A FLOOR CLAUSE IN A
CONTRACT OF MORTGAGE LOAN. COMMENT ON STS OF SEPTEMBER
8, 2014 (RJ 2014, 4660)

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 601-612.

Fecha entrega: 28/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de investigación F.P.U.
Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.
Secretario General del IDIBE
pedro.chaparro@uv.es

RESUMEN: Una cláusula suelo es abusiva por falta de transparencia formal cuando el consumidor no pudo razonablemente conocer, al tiempo de celebrar el contrato, la existencia y efectos de aquélla.

PALABRAS CLAVE: cláusula suelo, transparencia formal, nulidad, abusiva.

ABSTRACT: A floor clause is abusive for lack of formal transparency when the consumer can not to know clearly, at the time of concluding the contract, the existence and effects of that clause.

KEY WORDS: floor clause, formal transparency, nullity, abusive.

1. La sentencia objeto de este comentario [STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660)] aborda la controvertida cuestión de las cláusulas suelo. En concreto, el litigio tiene su origen en una cláusula suelo incorporada en un contrato de préstamo hipotecario. En la demanda se solicita que el Juzgado estime la nulidad de la cláusula por abusiva, aduciendo en tal sentido, principalmente, los siguientes motivos:

a) en primer lugar, las entidades bancarias (y entre ellas, la demandada) conocían la evolución de los tipos de interés y también tenían instrumentos para prever la evolución cíclica del Euribor (que es el índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable), por lo que la fijación de la cláusula suelo atendía exclusivamente al objetivo de minimizar el impacto de una previsible bajada de los tipos de interés;

b) el alegato anterior contrasta, precisamente, con la falta de conocimiento del mundo financiero por parte de los prestatarios, que no poseían estudios y cuyo conocimiento sobre los productos bancarios era básico y limitado;

c) en cuanto a la configuración contractual de la cláusula, se argumenta que, a pesar de la lesividad de sus potenciales efectos para el prestatario, no se encuentra destacada de manera especial, sin constar en letra más grande, negrita o subrayado, con lo cual pasa totalmente oculta y desapercibida para el consumidor;

d) se dice, asimismo, que la cláusula suelo no figuraba en la publicidad ofrecida por la entidad financiera, que se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable; y

e) en fin, la suma de cuanto se ha expuesto lleva a los demandantes a considerar que la cláusula suelo es abusiva por cuanto entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

La entidad financiera (la extinta Caja Segovia) adujo, en su escrito de contestación a la demanda, que la citada cláusula no constituye una condición general de la contratación, sino que fue fruto de una negociación individual. Por otra parte, añade que se trata de cláusulas que afectan directamente al tipo de interés pactado y, en consecuencia, contribuyen a configurar el precio del contrato, por lo que deberían ser excluidas de todo control de abusividad. En cualquier caso, la entidad financiera niega la existencia de desequilibrio, desequilibrio que, según entiende, no viene dado por la inexistencia de una cláusula techo o por la falta de proporción entre ésta y la cláusula suelo, sino por la ausencia de condiciones favorables para el prestatario que compensen la incorporación de la cláusula suelo, afirmando en tal sentido que como contraprestación de ésta el prestatario se podía haber beneficiado en aspectos tales como disminuciones del tipo de interés, diferenciales, disminución o supresión de comisiones, etc. En fin, se rechaza igualmente la pretendida mala fe en la fijación contractual de la cláusula suelo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. A este respecto, consideró que la cláusula suelo no era abusiva *per se* o por la cuantía mínima fijada, sino por la existencia de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo. En consecuencia, condenó a la entidad financiera demandada a eliminar la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario suscritos por los demandantes. Sin embargo, no accedió a la petición de devolución de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo más los intereses legales, al entender que tal solicitud no se ajustaba al art. 219.1 LECiv., por falta de concreción del importe que debería ser reembolsado a los demandantes en ejecución de sentencia.

2. La entidad financiera interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Segovia en la SAP Segovia 28 diciembre 2012 (JUR 2013, 177904). En concreto, la Audiencia consideró que:

a) no concurría en el caso un déficit de información que pudiese dificultar la prestación del consentimiento de los actores y provocar el desconocimiento del significado real de las cláusulas, puesto que, aunque la cláusula suelo no figurara destacada de forma especial, sí lo estaban (en negrita) los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo, lo que permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo debería abonar siempre el prestatario;

b) a pesar de la falta de conocimientos financieros expuesta en la demanda, entiende la Audiencia que, para el consumidor medio, aun sin conocimientos especializados en el sector financiero, es sabido que el interés es el precio que cobra el banco por el capital prestado, con lo que considera “difícilmente imaginable” que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato;

c) en cuanto al argumento de previsión de la caída de los tipos de interés, la Audiencia considera que no está probado, antes al contrario, entiende que los datos que aportan los demandantes en forma de gráficos con las previsiones del banco acerca de la evolución de los tipos de interés no reflejan una caída brusca de los mismos, siendo relevante en tal sentido el hecho de que ninguna de las cláusulas suelo estuviera por encima de los tipos futuros proyectados;

d) por lo que se refiere al argumento de la predisposición de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, la Audiencia arguyó que constituía un sólido indicio de la existencia de negociación en torno a las mismas el hecho de que en las diferentes escrituras públicas analizadas los tipos mínimos establecidos fueran diferentes, pues, de producirse la pretendida imposición, todas las cláusulas suelo se habrían regido por el mismo tipo de interés mínimo; y

e) por último, en cuanto al supuesto desequilibrio en las prestaciones generado con la cláusula suelo, que el juzgador de instancia deduce de la mera ausencia de una cláusula techo que compensara aquélla, considera la Audiencia que tal ausencia no rompe por sí sola el equilibrio de las prestaciones, que se manifiesta, muy especialmente, por el hecho de que en todos los contratos suscritos figura pactado un tipo de interés diferencial no superior al 0'90% que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de la financiación.

Frente a esta sentencia, los demandantes deciden interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

3. El recurso de casación interpuesto por los demandantes ante el Tribunal Supremo se sustenta en cuatro motivos, de los cuales el alto tribunal estima dos, uno relativo a la consideración de la cláusula suelo como una condición general de la contratación, y otro referido al desequilibrio en las prestaciones del contrato y a la mala fe de la entidad bancaria ocultando la cláusula suelo en la fase de negociación precontractual.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se remite a la fundamentación técnica de la relevantísima STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), primera del alto tribunal en abordar la cuestión de las cláusulas suelo. Tras exponer cuanto allí se dijo, pasa a aplicar dicha doctrina al caso aquí enjuiciado, alcanzando las siguientes conclusiones:

a) para empezar, considera que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, extremo que debe valorarse, como se expuso en la STS 9 mayo 2013 (RH 2013, 3088), atendiendo no al hecho de que sea una cláusula referida al objeto principal del contrato, sino al proceso seguido para su inclusión en el mismo. Al hilo de esto, el Supremo comparte los argumentos de la demanda relativos a la existencia de un déficit de información en el *iter* de la negociación precontractual en relación con el establecimiento de la cláusula suelo, sin que sea determinante para considerar que existió negociación, por sí solo, el hecho de que en los distintos contratos de cada uno de los demandantes el tipo mínimo fijado fuese distinto;

b) considerada la cláusula suelo como una condición general de la contratación, el Tribunal Supremo aborda en un segundo momento el análisis de su transparencia, llegando a la conclusión de que en los contratos no se incluyeron los criterios precisos y comprensibles que pudieran permitir a los prestatarios evaluar y conocer el alcance y el significado real de la cláusula suelo. Así, habla en un primer momento de “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, señalando el Supremo que el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares. Igualmente, tampoco se advierte, desde el prisma de la llamada “transparencia formal o documental”, que los efectos de la cláusula suelo pudieran haber sido conocidos por los prestatarios, pues aquélla no fue diferenciada del resto de cláusulas de manera especial, ni por una singular

colocación en el contrato, ni por un tipo de letra que advirtiera de su presencia, “en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación”.

4. Tradicionalmente ha existido en nuestra *praxis* forense una tendencia restrictiva a la apreciación de ciertas cláusulas como abusivas en contratos con consumidores. La multiplicidad de argumentos existentes (autonomía de la voluntad, cláusula no abusiva atendido el resto del contrato, etc.) ha conducido a que los tribunales hayan protegido en pocas ocasiones al consumidor.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte, la sensibilización de los jueces en relación con problemáticas sociales tales como las participaciones preferentes o las cláusulas suelo está propiciando un marco de progresiva protección al consumidor, a quien se está intentando resguardar de los efectos más perversos de una crisis cuyo final no termina de atisbarse. Así, los datos actuales ponen de manifiesto que las entidades financieras están perdiendo más del 90% de las demandas por cláusulas suelo en los Juzgados y en Audiencias Provinciales.

A este cambio contribuyó, de manera decisiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), que marcó, sin duda alguna, un antes y un después en el análisis de la validez de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario, al ser la primera del alto tribunal en pronunciarse sobre tales cláusulas, estableciendo como criterio rector en el análisis de su validez la transparencia, entendida en un doble sentido: transparencia en la inclusión de la cláusula al contrato (control de incorporación), y transparencia intrínseca de la propia cláusula, es decir, claridad y comprensibilidad de la misma (control de transparencia en sentido estricto).

La doctrina de dicha sentencia se proyecta hoy día sobre las sentencias de instancia que conocen de nuevos casos; sin embargo, en casos como el presente, en el que el proceso se inició hace ya algunos años, con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo recién citada, los parámetros en los que se solían fijar los jueces de instancia distaban en cierta medida de la transparencia. Así, no existía un criterio que pudiera calificarse de “determinante”, analizándose la validez de dichas cláusulas en base a diferentes criterios interrelacionados que variaban de un caso a otro y que no siempre ostentaban la misma prelación a la hora de tenerse en cuenta, sino que se priorizaba uno u otro atendiendo a las circunstancias que rodeaban el caso concreto. Especial importancia cobraba, en la mayoría de los casos, el criterio de la reciprocidad entre las cláusulas suelo y techo.

5. En cualquier caso, vaya por delante que, para poder abordar la abusividad de una cláusula suelo, primero ha de ser calificada como una condición general de la contratación, lo que implica que aquella ha sido predispuesta en el contrato de préstamo hipotecario por la entidad financiera, sin que haya existido un proceso de negociación individual en el marco de la negociación precontractual. De otro modo, es decir, si se prueba que la cláusula suelo ha sido pactada con el adherente, no podría calificarse en ningún caso de abusiva, pues sería fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes consagrada en el art. 1255 CC.

Una vez calificada la cláusula suelo como condición general de la contratación (lo que no ha de entenderse como peyorativo en modo alguno, pues las condiciones generales de la contratación son una práctica habitual bancaria que tiene por objeto facilitar la redacción de los contratos de adhesión con los consumidores), es cuando debe procederse al análisis de la eventual abusividad de la misma, lo que, como he explicado, se venía haciendo por los jueces de instancia en base, principalmente, al criterio de la reciprocidad de las cláusulas suelo y techo.

Mediante este criterio, se comprobaba si la inserción en un contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo podía ser compensada, de algún modo, por la previsión en el mismo de una cláusula techo que protegiera al consumidor de eventuales subidas de los tipos de interés (por tanto, actuaba en la práctica como un límite máximo de tipo de interés). En un primer momento, se optó por considerar que la cláusula techo era una contrapartida que equilibraba los derechos del consumidor en el contrato (así, en la sentencia de primera instancia del caso aquí estudiado se decreta abusiva la cláusula suelo por no contener el préstamo hipotecario una cláusula techo que protegiera al consumidor de las subidas del tipo de interés).

Sin embargo, pronto se llegó a la conclusión, en las sentencias de instancia posteriores, que la cláusula techo no podía ser un parámetro a tener en cuenta, por lo irrealizable de los tipos de interés fijados (generalmente superiores al 10%), lo que en la práctica dota de inutilidad a dicha cláusula y la convierte en meramente ficticia. De esta forma se pasó, por tanto, a valorar la reciprocidad de los derechos de ambas partes en el contrato en un sentido más amplio, abarcando el análisis no únicamente dichas cláusulas, sino la generalidad del contrato. Se entendía, pues, que a pesar de ser la cláusula techo irrealizable, o incluso de no figurar, podía existir una equivalencia de las prestaciones previstas en el contrato, si de una lectura del mismo se concluía que los derechos y obligaciones de ambas partes eran similares (tanto desde una perspectiva jurídica como económica), pudiéndose compensar la fijación de una cláusula suelo con condiciones que resultaran beneficiosas al consumidor; especialmente, la eliminación de comisiones.

Precisamente, esto es lo que sucede en el caso aquí analizado, en el que la sentencia de la Audiencia Provincial considera que la mera ausencia de una cláusula techo no conlleva la abusividad de la cláusula suelo, al haberse pactado en todos los contratos

un tipo de interés diferencial no superior al 0'90%, que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de la financiación.

6. Abordando ya la resolución del recurso de casación, el Tribunal Supremo considera que la cláusula suelo careció de transparencia, diferenciando dos momentos, uno al que denomina “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, que vendría referido al momento de la negociación precontractual, señalando el Supremo que el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares; y otro momento posterior, relativo a la llamada “transparencia formal o documental”, prisma desde el cual considera, igualmente, que la cláusula suelo no fue diferenciada del resto de cláusulas de manera especial, ni por una singular colocación en la oferta comercial realizada, ni por un tipo de letra que advirtiera de su presencia, concluyéndose, por tanto, que no fue accesible al consumidor.

Por tanto, la sentencia aquí analizada parece incorporar una nueva vertiente de la transparencia, o, al menos, pretende hilar más fino. Si la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088) distinguió claramente entre la transparencia en la incorporación (accesibilidad y legibilidad) y la transparencia del contenido de la cláusula (claridad y comprensibilidad), la STS 8 septiembre 2014 (RJ 2014, 4660) habla también de “transparencia en el curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta”, que vendría a cumplir una función de primerísimo filtro, anterior incluso al control de incorporación, considerando que la cláusula suelo no es transparente en este sentido por no haber formado parte de la negociación precontractual.

Desde luego, no parece muy acertada la nueva vertiente de la transparencia a la que se refiere el Supremo, al menos por dos motivos:

a) por un lado, porque complica una cuestión que parecía haber quedado resuelta con la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088); y

b) básicamente, porque la nueva distinción entre transparencia en el curso de la oferta y la transparencia en la incorporación de la cláusula al contrato (transparencia formal o documental) no aporta nada nuevo, pues lo lógico será que, si la cláusula suelo ha sido abordada y discutida en el curso de la negociación precontractual, el consumidor disponga de cuantos documentos a ella se refieran, de modo que su inclusión en el contrato no le resultará extraña. En sentido opuesto, y como suele ocurrir en la práctica, si el consumidor no ha sido advertido del alcance o de los efectos de dicha cláusula en el curso de la negociación precontractual, o ha recibido informaciones superficiales y ambiguas, habrá de concluirse que la cláusula no le fue “accesible” (aunque figure en los documentos relativos a la oferta comercial vinculante) y, por tanto, deberá ser calificada como no transparente. Es decir, no se trata de dos vertientes de la transparencia que puedan abordarse por separado, sino que se encuentran en una clara relación de causa-consecuencia.

Por lo demás, el Supremo no entra a valorar la transparencia intrínseca de la cláusula suelo, es decir, su claridad y comprensibilidad. Algo que, a mi juicio, es claramente ilustrativo del funcionamiento del doble filtro de transparencia: no superado el primer filtro de la transparencia formal o documental, la cláusula suelo padece ya de un defecto de transparencia, no salvable por muy clara y comprensible que fuera la cláusula en sí misma considerada.

7. A las conclusiones de la sentencia se opone el voto particular formulado por el magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, quien diside de la opinión general en lo relativo a la forma de realizar el control de transparencia.

En este sentido, el referido magistrado obvia la importancia de la transparencia en la incorporación de la cláusula suelo al contrato, para defender que la transparencia debe abordarse, principalmente, desde la perspectiva de la claridad y comprensibilidad de la cláusula, prisma desde el cual, a su parecer, no ha lugar a dudas de la transparencia de aquélla. Justifica su opinión en el hecho de que la cláusula es comprensible y sencilla de entender para un consumidor medio, máxime después de varios años de uso generalizado en contratos de este tipo, a lo que agrega que su ubicación es la habitual, figurando justo a continuación de otras cláusulas relativas a la determinación del tipo de interés que regirán cada uno de los periodos de vida del préstamo.

Dice, así, que “no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado”, para luego añadir que “Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007, concertado con JGV, y de 2008, concertado con BIC, después de más de cuatro y cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante es extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso”.

8. En fin, para posteriores reflexiones queda una ulterior cuestión, sobre la que esbozaré siquiera un marco previo. Y es que hay que tener presente que problemáticas sociales como las cláusulas suelo o las participaciones preferentes no son un fenómeno nuevo, sino que vienen constituyendo una práctica bancaria consolidada desde hace ya algún tiempo. En una situación de crecimiento de la economía, las cláusulas suelo no dejaban sentir sus efectos y pasaban desapercibidas

para el consumidor, al resultar el tipo de interés aplicable superior al tipo mínimo previsto. De la misma forma, los consumidores que suscribían participaciones preferentes obtenían beneficios de las mismas. El problema, como se observa, se manifiesta en períodos de recesión económica, en los cuales los tipos de interés bajan, haciendo que pueda entrar en juego una cláusula suelo. Igualmente, las participaciones preferentes suponen pérdidas para sus titulares en épocas de tendencias bajistas de la evolución de los mercados financieros.

En relación al caso de las preferentes, y considerando el producto financiero en sí mismo, no se puede hablar, como ahora se hace, del “timo de las preferentes”, ni tampoco referirse a ellas como un “chollo” en épocas de bonanza económica. Hay que ser plenamente conscientes de que se trata de un producto complejo, arriesgado, cuya rentabilidad depende en gran medida del escenario económico en el que se adquieran.

Así las cosas, *a priori* podría compartirse o considerarse razonable el argumento de las entidades financieras de que en épocas de crecimiento con beneficios para todos nadie “ponía pegas”, y ahora, en época de “vacas flacas”, es cuando se está empezando a levantar la voz.

Sin embargo, el anterior argumento resulta muy pobre, atendida una cuestión que no debe pasarse en absoluto por alto. Y es el hecho de que se ha probado que la emisión en masa de participaciones preferentes realizada en los últimos años por parte de las entidades financieras ha tenido por objeto únicamente la refinanciación y obtención de liquidez, efectuándose, en su mayor parte, en un sector de clientes muy concreto, cual es el de consumidores con un perfil conservador y con conocimientos financieros muy limitados. Por tanto, éstos no sabían realmente lo que compraban.

Desde esta perspectiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), focalizando el análisis de la validez de la cláusula suelo en la transparencia, ha dado de lleno en el clavo. Transparencia que no es predicable únicamente de la cláusula suelo, sino de cualquier otra cláusula que pueda resultar abusiva y cuyos efectos puedan ponerse de manifiesto en un escenario económico adverso.

Pero este canon de transparencia, en cierto modo, no es nuevo ni exclusivo del análisis de las cláusulas suelo. Desde este prisma se viene valorando, también, la emisión de participaciones preferentes cuando resulta litigiosa, en conjunción con otros criterios como la asunción de un riesgo superior al perfil del cliente, el nivel de conocimientos del cliente en materia financiera, o la prestación de un consentimiento válido a la hora de celebrar el contrato de adquisición de participaciones preferentes. Transparencia que se analiza en el marco del cumplimiento por parte de la entidad financiera de su deber de información al consumidor.

Se trata en estos casos, por tanto, de saber si el consumidor era consciente de lo que adquiriría. O, si se prefiere, si era conocedor de los potenciales beneficios y riesgos que entrañaba el producto complejo (ya sea un préstamo hipotecario, ya sean participaciones preferentes) adquirido. La determinación de tal extremo, como se ha demostrado en la práctica, resulta harto complicada, habiendo optado los tribunales, con buen criterio, por proteger, en la duda, a la parte más débil del contrato.

SOBRE LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA EN EL DERECHO SOCIETARIO
PRESENTE Y PROYECTADO

ON AUTOMATIC EXTINCTION IN PRESENT AND FUTURE COMPANY
LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 613-620.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

PAOLA N. RODAS PAREDES
Prof. Lectora en la Universidad Rovira i Virgili
paola.rodas@urv.es

RESUMEN: Tradicionalmente la extinción automática de las sociedades mercantiles había sido un recurso utilizado por el legislador como medida de protección de los intereses del accionista. El trabajo presentado señala la evolución del alcance de este recurso legal, con particular referencia al contenido del mismo en la regulación societaria inserta en el Anteproyecto de Código Mercantil.

PALABRAS CLAVE: Disolución y liquidación de sociedades, protección de socios, protección de los acreedores sociales, extinción societaria.

ABSTRACT: Traditionally automatic dissolution of corporations had been used by the legislator as a mean of protection of shareholder's interests. The present document studies the evolution of the scope of this remedy, with particular reference to the future regulation inserted in the Draft Commercial Code.

KEY WORDS: Dissolution and liquidation of companies, shareholder's protection, protection of creditors, corporate extinction.

1. Con la disolución de una sociedad mercantil, se da inicio a la resolución ordenada de todas las relaciones jurídicas de las que fuera sujeto la sociedad, aquéllas entre ésta y sus socios y por último a la desaparición del ente jurídico a consecuencia de la desintegración del complejo jurídico-económico que representaba. Así pues, la disolución, por sí misma e independientemente de la causa, no da lugar a la extinción de la persona jurídica, ni tan siquiera significa la paralización de su actividad social, si no que será en el procedimiento subsiguiente a la constatación de la incursión en causa de disolución, que se realizarán las actividades previstas por la ley para llevar a cabo la liquidación societaria que concluirá con la extinción de la persona jurídica.

En el caso de las “causas de disolución de pleno derecho”, el contenido clásico de éstas, señalaba que las mismas no necesitan una expresa declaración de los socios o de la autoridad correspondiente, para que conlleven la “extinción automática” de la sociedad.

El primer antecedente en este sentido lo encontramos en el art. 152 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad Anónima (LRJSA 1951) que introducía en nuestra normativa la disolución “ipso facto” de las sociedades anónimas que, habiéndose constituido por tiempo determinado, no hubieran modificado el mismo con anterioridad al transcurso del término fijado en estatutos. Señalaban GARRIGUES, J., y URÍA, R.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. II. Madrid (1976), p. 819, que en estos casos, se producirían “ex tunc” los efectos peculiares de la entrada en liquidación, en particular el cese de la representación de los administradores sociales para obligar a la sociedad y, el consecuente inicio de las actividades de los liquidadores.

De esta manera, la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de causa de disolución de las sociedades mercantiles que lleva aparejada la extinción automática, manifiesta en sus inicios una vis protectora de los derechos de los socios, pues la finalidad de la norma buscaba el estricto cumplimiento de las obligaciones dimanantes en el contrato de sociedad entre ésta y sus socios. Al establecerse que, el transcurso del término de duración de la vigencia del contrato de sociedad, daba lugar a esta disolución de pleno derecho, resalta sin duda la naturaleza eminentemente contractual de la regulación. Como veremos a lo largo de este breve comentario, en la actualidad la fundamentación de las causas de disolución de pleno derecho, y por tanto de la extinción automática, busca su contenido en otras justificaciones, a pesar de mantener como tal la causa aquí comentada.

2. Esta ampliación del ámbito de aplicación de las causas de disolución de pleno derecho, resulta más patente si examinamos el contenido de la regulación contenida en la LSA 1989. En primer lugar, la disolución por transcurso del término, adquiere

sustantividad propia, pues pasa a regularse en un artículo distinto al las causas legales –art. 261 LSA– además de incluir en su régimen la Disposición Transitoria 6ª que señalaba el cierre registral y posterior disolución de pleno derecho a aquellas sociedades anónimas que antes del 31 de diciembre de 1995 no hubieran presentado en el Registro Mercantil la escritura o escrituras en las que debían constar los acuerdos de aumento de capital social hasta el mínimo legal –recuérdese que la LSA 1989 introdujo el capital social mínimo para este tipo social– la suscripción total de las acciones emitidas y el desembolso de una cuarta parte, por lo menos, del valor de cada una de sus acciones. En este punto es necesario dejar establecida la ingente cantidad de aportaciones doctrinales relacionadas con la articulación, contenido y consecuencias de la aplicación práctica de esta causa concreta de disolución [véase por ej. GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Capital mínimo”, en AA.VV.: *Derecho de sociedades anónimas, La fundación*, Vol. I. Madrid (1991): Civitas, pp. 138-139; o EMBID IRUJO, J. M.: “El capital social: El principio del capital mínimo, régimen de las aportaciones sociales y prohibiciones en materia de distribución de beneficios”, en QUINTANA, J. C. (dir.): *El nuevo derecho de las sociedades de capital*. Zaragoza (1989): Civitas, p. 89].

A pesar de ello, dada su aplicación restringida a un número limitado de sociedades anónimas, no podemos incluir esta causa de disolución como un elemento definitorio del contenido, en el marco regulatorio de la LSA, ni tan siquiera de las causas de disolución de pleno derecho, tampoco de los motivos que acarrearán la extinción societaria automática. Sirve, sin duda, como un antecedente importante, pues marca el tipo de conducta o bienes jurídicos protegidos que el legislador juzga de importancia suficiente para articular la desaparición obligatoria de una persona jurídica, pero, creemos, no puede señalarse como una causa de disolución con visos de permanencia.

Esto sí puede afirmarse de la regulación contenida en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada 1995, pues con ocasión de la actualización de dicho régimen jurídico no solamente se repite la estructura ya conocida en cuando a la disolución por transcurso del término de la sociedad –*vid.* art. 107 LSRL 1995– sino que por primera vez, en sede de sociedades limitadas, se admite una causa de disolución de pleno derecho distinta al mismo.

En efecto, el art. 108 LSRL introdujo en nuestra normativa, la disolución por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, señalando, que en los casos de reducción del capital social por debajo del mínimo legal, cuando éste sea consecuencia del cumplimiento de una ley, la sociedad debe adoptar el acuerdo de reducción de capital, la transformación de la sociedad en un tipo social de capital mínimo inferior, instar la disolución de la sociedad o el aumento de capital hasta alcanzar el mínimo y, en todo caso, inscribir estos acuerdos en el Registro mercantil, hasta un año después de la adopción del acuerdo de reducción del capital por debajo del mínimo. Transcurrido este plazo, operaría la disolución automática de la sociedad.

Como puede comprobarse, esta nueva causa de disolución de pleno derecho buscaba amparar el cumplimiento de otras normas del régimen societario, en este caso las relativas al capital social mínimo. El antecedente preclaro de esta norma lo encontramos en el art. 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (1953) que imponía el deber de disolución cuando por cualquier circunstancia se redujera el capital social por debajo del mínimo fijado por ley. En todo caso, la regulación contenida en la LSRL 1995, instaura la disolución de pleno derecho como una medida plenamente sancionatoria, en este caso ya no sólo con respecto a los socios –quienes habían en su momento, expresado la voluntad de organizarse a través de la sociedad mercantil de turno– sino también en relación con los administradores de la sociedad disuelta –el art. 108.2 LSRL 1995 señalaba que “los administradores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales” una vez hubiera transcurrido el plazo del año desde la reducción del capital por debajo del mínimo legal– en el entendido de que son éstos, los administradores de la sociedad los que, en cumplimiento del deber de diligencia, debían conocer y cuidarse de cumplir la normativa vigente en materia de capital social mínimo.

Esta aplicación de la disolución de pleno derecho como sanción se vio refrendada por la normativa prevista en la Ley de marcas 2001 –Disp. Adicional 17ª.– en relación a la extinción de sociedades por violación del derecho de marca estableciéndose, en este caso, el plazo de un año para que, una vez declarada por sentencia firme, la violación del derecho de marca que llevara aparejada la obligación de cambio en la denominación social de una sociedad mercantil, esta se efectuase. Transcurrido dicho plazo operaría la disolución de pleno derecho con las consecuencias societarias previstas por la norma correspondiente. En relación a este supuesto, debemos destacar que el mismo no fue articulado pensando en un tipo social concreto sino que, a diferencia de los supuestos que hemos referido ya, su aplicación alcanza a todos los tipos sociales mercantiles, cuestión que no hacía sino poner de relieve la regulación incompleta y asistemática de todas las causas de disolución.

3. Un avance en este sentido ha sido la adopción de la Ley de sociedades de capital. En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ha tenido la virtud de dar cabida a la sistematización que por vía reglamentaria (art. 238 RRM) se había introducido en materia de operatividad de las causas de disolución. Si tanto el art. 260 LSA 1989, como el art. 104 LSRL 1995 realizaban una enumeración sucinta de las causas de disolución sin distinguir el procedimiento y régimen jurídico aplicable a cada una de ellas, el Texto Refundido de la Ley de sociedades de capital ha introducido, por primera vez, una sistematización de las causas de disolución, cuyo punto de partida es la tramitación del procedimiento.

En el caso que nos ocupa, la disolución de pleno derecho, ha sido regulada en la Sección 1ª, sin duda para dejar claramente establecido que en estos casos la tramitación previa a la apertura de la fase de liquidación se realiza de manera prácticamente inmediata. Téngase en cuenta que tanto en el caso de la disolución por constatación de causas legales o estatutarias – Sección 2ª – o por mero acuerdo de la junta general – Sección 3ª – los procedimientos anteriores y posteriores a la declaración de disolución y consecuente ingreso en la fase de liquidación, requieren un mayor grado de implicación de los socios y administradores sociales. No ocurre de esta manera con las causas de disolución de pleno derecho, pues su operatividad es automática. Es cierto, sin embargo, que a pesar de este automatismo, la incursión de la sociedad en alguna de estas causas precisa una constatación de las mismas, sin embargo, recae en la autoridad administrativa –Registrador mercantil– o judicial –en el caso de apertura de la fase de liquidación en concurso de acreedores regulada por el art. 361 LSC– el pronunciarse al respecto.

En relación con el supuesto previsto en la Ley de marcas, es evidente que éste no podía reflejarse en el texto de la LSC puesto que ello habría significado su adscripción exclusiva a la infracción del derecho de marca exclusivamente por las sociedades de capital, mientras que, su permanencia en la regulación de signos distintivos asegura su aplicación a todo el catálogo societario mercantil. En todo caso, ello no hace sino mantener la dispersión normativa que ya hemos resaltado con anterioridad.

4. Esta situación es posible que se vea modificada en un futuro más o menos cercano si, finalmente es aprobado el texto del Anteproyecto del Código Mercantil. Este texto que tiene la finalidad de adecuar las normas mercantiles a la realidad política y económica actual ofrece, a nuestro entender, indudables ventajas en cuanto a la posibilidad de resistemización de la ley mercantil. Esto no quiere decir que en todos los ámbitos que se pretenden regular con el Código Mercantil, exista a nuestro entender, una normativa adecuada [una crítica al proyecto de Código puede encontrarse en GONDRA ROMERO, J.: “La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado”, *Revista de Derecho mercantil* (2013), núm. 290, p. 31], sin embargo sí creemos que puede afirmarse que en materia de Derecho societario, el Anteproyecto de Código Mercantil ha sido receptor de los textos, de diverso alcance y contenido, que a lo largo de los años han sido puestos en consideración para su aprobación legislativa como fuente reguladora del régimen jurídico de las sociedades mercantiles.

Es necesario señalar, por tanto, que el contenido del Libro Segundo incluye una regulación actual de todas las sociedades mercantiles. La sistemática escogida por los autores del texto recurre a una parte general, aplicable a todas las sociedades mercantiles –en ella se incluyen apartados tales como la regulación de los atributos de la personalidad jurídica, normativa básica en materia de constitución de sociedades y aportaciones sociales, regulación de los modos de adopción de

acuerdos societarios y su impugnación, además del contenido de los deberes de los administradores sociales— mientras que los subsiguientes Títulos, dan cuenta de la regulación específica aplicable a las sociedades de personas y a las sociedades de capital en materias que no tengan un régimen general común, como es el caso de la regulación en materia de cuentas anuales, modificación de estatutos, modificaciones estructurales y también en materia de separación y exclusión de socios, además de disolución, liquidación y extinción societaria.

Como puede comprobarse, esta estructura normativa –al menos en relación al tema que nos ocupa– pondrá fin a la dispersión legal que hemos puesto de relieve en relación con las causas de disolución de pleno derecho. Como novedad, sin duda debemos destacar la inclusión en este catálogo de causas de disolución aplicables exclusivamente a las sociedades personalistas. En concreto, nos referimos al art. 272-3 –Disolución por reducción del número de socios en las sociedades colectivas y comanditarias– que otorga a los socios de estas sociedades el plazo de seis meses para restablecer la pluralidad de socios, en el caso de la colectiva, o para incorporar algún socio colectivo, en el caso de las sociedades comanditarias [en detalle puede verse el comentario de QUIJANO, J.: “La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso”, *Revista de Derecho Mercantil* (2014), núm. 291, pp. 11 y ss.].

Con todo, el texto normativo a estudio, a pesar de incluir los otros supuestos de disolución de pleno derecho que ya hemos comentado en este trabajo, no hace referencia particular alguna al supuesto de extinción automática que se articula en la Sección 4ª. del Capítulo II. En efecto, una vez regulada la nomenclatura de causas de disolución y la tramitación de las mismas (Sección 2ª. De la liquidación), el texto normativo propuesto establece las normas generales encaminadas a la extinción societaria (Sección 3ª), sin embargo, en la mencionada Sección 4ª, establece un procedimiento paraconcursal cuya finalidad persigue articular un mecanismo de control intrasocietario o judicial cuando la sociedad en liquidación no tenga activos suficientes para satisfacer a todos los acreedores sociales. Es evidente que en este breve análisis introductorio de las causas de disolución de pleno derecho no podemos entrara a valorar en detalle todas las implicaciones que este procedimiento, propuesto por el ACM, tendrá, sin embargo sí merece nuestra atención en cuanto a sus consecuencias. Sobre el particular es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la regulación propuesta, de cumplirse con la declaración en escritura pública, por parte de los liquidadores de la sociedad, de que ésta carece de activos suficientes para hacer frente al pago de los acreedores sociales, e inscribirse esta declaración en el Registro Mercantil, además de los otros deberes de publicidad que señala el Art. 272-46 (publicación en la página *web* de la sociedad o en un diario de gran circulación en la provincia donde se ubique el domicilio de la sociedad), transcurrido un mes desde la publicación del depósito de la escritura de inexistencia de activo, si ningún acreedor de la sociedad se pronuncia al respecto (nuevamente, no podemos entrar en mayor detalle sobre el procedimiento articulado por el ACM, bástenos dejar sentado que el texto articula el recurso a un experto independiente que revisará la declaración y el informe de los liquidadores y que en todo si este experto

encuentra que existen responsabilidades de los administradores y/o liquidadores, además de la posibilidad de ejercer acciones de retroacción podrá iniciarse el procedimiento concursal) la sociedad sin activos será declarada extinta y por tanto cancelados los asientos registrales de su inscripción en el Registro mercantil (Art. 272-48 Efectos del transcurso del plazo). En todo caso, este procedimiento a nuestro entender refleja una latente causa de disolución de pleno derecho, con una tramitación propia y compleja, pero cuya consecuencia final es la misma que la reflejada por las otras causas de disolución que hemos comentado previamente. Esto se refleja en el hecho de que alcanzado el punto máximo relativo a la declaración de los liquidadores en relación a la falta de activo, es directamente la autoridad registral la que se pronuncia y señala la extinción de la persona jurídica. A pesar de ello, debemos hacer notar que, previo el momento de la declaración de los liquidadores, a diferencia de los otros supuesto de extinción automática que prevé el ACM, en este caso los socios de la sociedad sin activos habrán debido pronunciarse en la junta general respecto a la disolución por pérdidas, cuestión que no es posible cuando la extinción societaria deviene por hallarse ésta en causa de disolución de pleno derecho.

En cuanto a su fundamentación, este caso sin duda busca la protección ya no solo de los acreedores sociales –pues como hemos señalado, éstos podrán acudir al procedimiento concursal si se cumplen las condiciones señaladas por ley– sino incluso, de la misma administración de justicia. Sabido es que, lamentablemente, en los últimos años, a consecuencia de la situación económica, muchas sociedades mercantiles incurso en procedimientos concursales alcanzaban este con un patrimonio social tan deteriorado que no alcanza a cubrir ni tan siquiera los costes del mismo procedimiento concursal. Es este procedimiento alternativo, el que articula el pre-legislador, buscando proteger los derechos de los acreedores sociales pero, a la vez, no iniciar un costoso procedimiento judicial que no proporcionará la más mínima satisfacción a éstos últimos y contribuirá al retraso de la administración de justicia, ya de por sí sobrecargada.

5. Será el trámite parlamentario que aún aguarda al ACM el que nos dirá si, finalmente, este nuevo supuesto de extinción societaria será finalmente adoptado, y si lo es, si el contenido del mismo será el que conocemos y hemos comentado en estas notas. En todo caso, debe tenerse en cuenta esta evolución de la normativa societaria en materia de extinción automática, pues sin duda refleja, como mínimo la intención legislativa de su contenido.

ÚLTIMAS REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL
LAST AMENDMENTS TO SPANISH INSOLVENCY ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 621-636.

Fecha entrega: 22/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

RAFAEL NEBOT SEGUÍ
Letrado del Banco de España
rafel.nebot@bde.es

RESUMEN: Las últimas reformas de la Ley Concursal van encaminadas a lograr la continuidad de empresas viables desde un punto de vista operativo, pero que no lo son desde una perspectiva financiera, ya que la pervivencia de las empresas favorece el mantenimiento de los puestos de trabajo directos e indirectos, el cumplimiento de las expectativas de un mayor número de acreedores y, en definitiva, al conjunto de la economía. Con la referida finalidad, la reforma introducida por la Ley 17/2014 (procedente del RDL 4/2014) se centra, principalmente, en incentivar la firma de acuerdos de refinanciación y la adopción de medidas preconcursales, para evitar el concurso y/o la liquidación, protegiendo así a los acreedores firmantes, ampliando la tipología de acuerdos a adoptar y estableciendo un nuevo régimen de mayorías, y nuevas reglas de adopción de acuerdos y de extensión de sus efectos, así como, determinando la forma de valorar las garantías. Por otro lado, el RDL 11/2014 se centra en la fase común, en el convenio y en la fase de liquidación, trasladando múltiples premisas introducidas por el RDL 4/2014 para los acuerdos de refinanciación, al convenio concursal y estableciendo un régimen específico favorecedor de la venta de unidades productivas.

PALABRAS CLAVE: acreedores financieros, conversión de deuda en capital, garantías reales, institutos preconcursales, Ley 17/2014, Ley Concursal, mecanismos de reestructuración y refinanciación de deuda, Real Decreto-ley 4/2014, Real Decreto-ley 11/2014, transmisión de unidad productiva.

ABSTRACT: Recent amendments to the Spanish Insolvency Act are aimed at ensuring the continuity of viable companies from an operational point of view, but not from a financial perspective, since they favour maintaining direct and indirect jobs and meeting the expectations of a greater number of creditors and, ultimately, the whole economy. With the abovementioned purpose, the changes introduced by Act 17/2014 (deriving from RDA 4/2014) primarily focus on promoting the execution of refinancing agreements and the adoption of pre-insolvency measures (protecting signatory creditors, widening the types of decisions to be taken and establishing a new majorities system, new rules on the adoption and cramdown of resolutions, as well as the valuation of security) to avoid insolvency proceedings and/or company liquidation. While RDA 11/2014 focuses on the common stage, the composition with creditors and the liquidation stage (transposing a number of premises introduced by RDA 4/2014 for refinancing agreements to the composition with creditors, thereby establishing a specific regime conducive to the sale of productive units).

KEY WORDS: financial creditors, conversion of debt into capital, real securities, pre-bankruptcy proceedings, Act 17/2014, Insolvency Act, debt restructuring and refinancing proceedings, Royal Decree Act 4/2014, Royal Decree Act 11/2014, transfer of productive unit.

1. La Ley Concursal, promulgada el 9 de julio de 2003 y que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (en adelante, la “LC”), se ha modificado, en sus diez años de vigencia, hasta en veintitrés ocasiones, incluyendo las últimas y recientes reformas operadas a) por el “Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal” (actualmente, tramitándose Proyecto de Ley de trasposición del mismo, que podría incluir alguna modificación respecto del texto del RDL), y b) por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial (procedente del “Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo”). No obstante, dejando de lado las reformas menores o procedimentales, de entre las múltiples reformas, únicamente, tres han sido de gran calado, teniendo lugar todas ellas con posterioridad al inicio de la crisis financiero-económica global (2007), debido a la constatación de la ineficacia de la norma, para hacer frente a la nueva realidad económico-empresarial.

2. Las tres reformas de la LC más relevantes, desde el punto de vista concursal sustantivo, son:

a) la operada por el Real Decreto-ley núm. 3/2009, de 27 de marzo, “medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica”, que, tal y como establece su exposición de motivos (“EM”), pretendía permitir “a los agentes económicos contar con un procedimiento concursal menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados, así como generar incentivos para evitar el concurso mediante una refinanciación de las empresas con el apoyo de sus acreedores”, y que, entre otros, mediante la introducción de la disposición adicional cuarta, estableció un régimen de protección frente a la rescisión de los acuerdos de refinanciación previos a la situación concursal, para fomentar el incremento de la firma de los mismos;

b) la Ley núm. 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, que, en su EM, establece que: “el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”, y que, a tal fin, la ley profundizaba en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación; y

c) las de los Reales Decretos-ley 4 (que culminó en la Ley 17/2014) y 11 de 2014 (tramitándose como Proyecto de Ley), que son objeto de comentario en el presente artículo.

3. El derecho concursal español, a diferencia del derecho concursal estadounidense (“Bankruptcy Act”), desde sus orígenes previos a la LC y, posteriormente, en la propia

LC, estuvo pensado para regular el equitativo reparto de pérdidas entre los distintos acreedores, regido, por tanto, bajo el principio “par conditio creditorum”, esto es, en la protección máxima de los intereses de los acreedores, en lugar de dar un mayor protagonismo a los institutos concursales o acuerdos de refinanciación o reestructuración, para evitar el concurso, o en las medidas para lograr, como objetivo prioritario, la viabilidad de la empresa afectada. No obstante, tras la entrada en escena de la crisis económica global, el legislador ha constatado que más del noventa por ciento de las empresas concursadas han terminado y acaban en liquidación, con las consecuencias negativas que de ello se derivan, por ejemplo: incremento del número de desempleados (hasta alcanzar tasas superiores al 25 por ciento, que duplican la tasa de desempleo media europea), pérdida del tejido empresarial e industrial, pérdida de competitividad de nuestras empresas e impagos a acreedores.

Considerando cuanto antecede, las últimas reformas, que son objeto de comentario (RDL 4 y 11 de 2014 y la operada por la Ley 17/2014), han ido encaminadas, principalmente, a garantizar o incrementar la subsistencia de las empresas viables desde un punto de vista operativo, mediante la introducción de medidas que permitan el saneamiento de las mismas desde el punto de vista financiero, respetando las expectativas de los acreedores. A su vez, se han introducido “medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad” (tal y como se indica en la EM de RDL 11/2014). Se trata, en definitiva, según reza la referida EM, de: “facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”.

Parece loable la intención del legislador, aunque hubiera sido preferible haber acometido reformas, en el sentido apuntado, con mayor antelación, ya que se han destruido más de medio millón de empresas desde que se iniciara la crisis, con las graves consecuencias que ello conlleva, principalmente, por lo que respecta al incremento de la tasa de desempleo y, consecuentemente, a la pérdida de poder adquisitivo y a su efecto negativo en el consumo o demanda interna, así como por el incremento de la tasa de morosidad de las entidades financieras y, por tanto, la reducción del volumen de créditos otorgados por las mismas. A continuación realizaré una descripción genérica de las novedades introducidas en las últimas reformas, excediendo del objeto del presente artículo la descripción detallada y minuciosa de todas y cada una de las reformas practicadas.

4. La Ley 17/2014, de 30 de septiembre (que entró en vigor el 2 de octubre de 2014), por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciaciones y reestructuración de deuda empresarial (procedente del “Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo), tal y como se indica en su EM, tiene como principal objetivo sanear las empresas inviables desde un punto de vista financiero, pero que son viables desde el punto de vista operativo, como alternativa a la liquidación de las mismas, que es lo que ha venido ocurriendo en más del noventa por ciento de las empresas, desde la promulgación de la LC.

Con el objetivo reseñado, las principales novedades de la Ley 17/2014 son las medidas encaminadas a favorecer el saneamiento de las empresas en una fase pre-concursal, a través de facilitar la firma de acuerdos de refinanciación, por ejemplo: fomentando las conversiones de deuda en capital, estableciendo nuevas reglas acerca del régimen de quitas y esperas y sobre la extensión de efectos de los acuerdos adoptados. La Ley distingue entre los acuerdos de refinanciación cuya mayoría exigida lo es respecto de todos los acreedores (art. 71 bis LC), comerciales y financieros, de aquellos que la exigen respecto de los acreedores financieros, que podrán homologarse judicialmente (Disp. Adic. 4ª LC). Al margen del anterior objetivo, la Ley introduce novedades importantes en el estatuto jurídico de la administración concursal, modificando sus normas de composición y de designación.

4.1. Como formalidad previa, para lograr un entorno de seguridad para el deudor, que permita negociar con mayor tranquilidad la firma de los referidos acuerdos de refinanciación, se introducen novedades respecto de los efectos que produce la comunicación por el deudor, al juzgado competente, del inicio de negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis LC): se introduce la obligación de publicar la comunicación recibida en el Registro Público Concursal, salvo que por el deudor se solicite el carácter reservado de la comunicación. Ahora, se traslada el efecto que produce la declaración de concurso sobre las ejecuciones sobre bienes o derechos del concursado a la comunicación, por tanto, ésta impide que puedan iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales (estas últimas no se incluían en el RDL 4/2014, pero han sido añadidas por la Ley 17/2014) sobre bienes y derechos (éstos últimos incluidos también por la Ley 17/2014) y se suspenderán las que estén en tramitación. Los mismos efectos se producirán respecto de las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros (de la Disp. Adic. 4ª LC), siempre que un porcentaje superior al 51 por ciento haya apoyado el inicio de las negociaciones, comprometiéndose a no iniciar o continuar las ejecuciones (acuerdo “stand still”). Quedan excluidos de lo anterior los procedimientos que afecten a créditos de derecho público. Los acreedores (todos) con garantía real podrán iniciar sus ejecuciones, pero quedarán suspendidas hasta que no transcurran los plazos establecidos en el precepto, siendo el plazo máximo de cuatro meses, desde la comunicación. Se introduce la prohibición de formular más de una comunicación en un plazo de un año.

Con la novedad introducida, los deudores gozan de más tranquilidad durante los cuatro meses (como máximo), de los que disponen para negociar con acreedores, ya que, además de prevenir que cualquier tercero pueda instar la solicitud de la declaración de concurso (como ya ocurría antes, en virtud del art. 15.3 LC), se impedirán o suspenderá, en cada caso, las ejecuciones.

4.2. Por lo que respecta a las novedades en el estatuto de la administración concursal. Se modifica el art. 27 LC, relativo a las “condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales”, se opta por una mayor profesionalización y especialización

de los miembros de la administración concursal, pudiéndose incluso llegar a exigir la superación de pruebas o cursos; se crea un Registro Público Concursal, en el que deberán inscribir todas aquellas personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se exijan. En cuanto al sistema de nombramiento de los administradores concursales, se pretende dotar de mayor transparencia y homogeneidad al mismo, que buena falta hace, si se observa como han venido realizándose las designaciones de administradores desde la promulgación de la LC. Se aplaza la regulación de su funcionamiento al reglamento que se promulgue. Las listas de administradores a designar serán las que figuren en el Registro referido, debiendo cumplir los candidatos inscritos los requisitos que se exijan reglamentariamente, pudiendo discriminarse en cuanto a las exigencias, atendiendo a las dimensiones del concurso en cuestión. Se pretende que el nombramiento se produzca de forma automática, atendiendo al turno correlativo que corresponda, según la lista, salvo la primera designación que se realizará por sorteo. Sin embargo, como suele ser habitual, no ha podido el legislador resistirse a seguir con la clásica tradición española de otorgar la última palabra al juez, concediéndole un margen de discrecionalidad (aunque la norma exige “motivación” de la decisión), para, en aquellos casos en los que lo estime necesario, pueda designar, atendiendo al gran tamaño del concurso, a un administrador distinto de aquel al que le correspondiera por turno. Entiendo que hubiera sido más transparente y garante de independencia el establecer reglamentariamente requisitos distintos, para ser administrador de concursos de gran tamaño y, estando todos los administradores de la lista igualmente capacitados, establecer dicho nombramiento por turnos de forma imperativa. Por tanto, deberemos esperar al desarrollo reglamentario (como establece el art. 27.4 LC), para analizar las condiciones para clasificar el concurso en atención al tamaño del concurso y los requisitos para formar parte del listado de administradores concursales.

Se modifica el art. 198.1 LC, creando una nueva sección en el Registro Público Concursal, en la que se incluirán los administradores concursales y auxiliares que cumplan los requisitos reglamentarios, para ser nombrados atendiendo al tamaño de los concursos, los separados y los inhabilitados.

Como excepción al nombramiento de un único administrador concursal, para el caso de que el concurso implique una causa de interés público, el juez podrá designar como segundo administrador concursal a una administración pública o entidad de derecho público. Por tanto, se pretende que en las inmensa mayoría de los supuestos, la administración concursal esté integrada por un único miembro.

En determinados concursos con características especiales, como aquellos en los que la concursada fuera una entidad de crédito, será al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (“FROB”) a quien corresponda proponer los administradores a nombrar y el juez competente quien elija.

Se recopilan, en un nuevo art. 33 LC, a efectos clarificadores, las funciones que los administradores concursales tienen atribuidas en la LC, pero que se encontraban dispersas en distintos preceptos.

Se modifica el art. 34 (no obstante, como reza la disp. transit. 2ª, no entrará en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, en un plazo máximo de seis meses), relativo a la retribución de los administradores. Según la EM de la Ley 17/2014, “se pretende asegurar que la remuneración de la administración concursal tenga en cuenta la calidad y los resultados del trabajo. De este modo, se persigue que el arancel no solo sea un mecanismo de retribución, sino también un mecanismo de incentivos”. Ahora, se determinará el arancel aplicable, que debe aprobarse reglamentariamente, al número de acreedores del concurso y al tamaño del concurso. Se condiciona el devengo de la retribución al cumplimiento de las funciones de los administradores concursales, reseñadas en el mencionado art. 33 LC (la EM lo denomina “principio de eficiencia”), otorgándose potestad al juez para reducir la remuneración inicial por incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso de sus funciones. No obstante, se establecen motivos tasados en los que “en todo caso” debería reducirse la remuneración (por ejemplo, incumplimiento en la comunicación de información a los acreedores o demora en un plazo superior al 50 por ciento), pero, nuevamente, siguiendo la tradición española, se vuelve a indicar que: “salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva en contrario”, esto es, que, al final, el juez decide a su criterio “motivado”, con la inseguridad jurídica que ello genera. Se elimina el informe previo de la administración concursal para fijar su propia retribución. En aras a otorgar mayor transparencia, se publicará en el Registro Público Concursal el auto por el que modifique la retribución.

En cuanto al régimen de separación de administradores (art. 37 LC) se introducen dos novedades a) se trata de objetivar las causas de separación, pero, desafortunadamente, se vuelve a recurrir a las reglas del: “en todo caso” y “salvo que el juez resuelva en contrario”, no obstante, se establece una causa objetiva consistente en un error, acreditado mediante resolución a favor del impugnante, cometido en la formación del inventario de la lista de bienes o de acreedores que suponga un 20 por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores, respectivamente; y b) ahora, la separación de un representante persona física de una persona jurídica implicará la separación de la persona jurídica como administrador concursal (cuestión distinta es la separación a la que se refiere el art. 38.2 LC, ya que podría producirse un cese del representante por voluntad de la persona jurídica o por fallecimiento de éste).

4.3. Dejando ya las reformas sobre el estatuto de la administración concursal, novedad relevante es la introducida en el art. 56 LC, relativo a la “paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas”. Lo establecido en el art. 55 LC para la suspensión de las ejecuciones singulares no resulta de aplicación para los acreedores con garantías real, tal y como establece el art. 55.4 LC, por ello, debe estar al régimen especial, que ahora se ve modificado. Con la reforma del art. 56 LC, se sustituye la condición de “bienes afectos” a la actividad profesional del concursado, como condición activadora del impedimento o suspensión, en cada caso, de la ejecución de los bienes sobre los que recae una garantía real, por la condición de “bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad”. La cuestión no es baladí, ya

que todos los bienes necesarios son bienes afectos, pero no todos los bienes afectos a una actividad empresarial son bienes necesarios para la continuidad de la referida actividad, por ende, se amplía el abanico de bienes para poder reestructurar la deuda de la sociedad, logrando un mayor equilibrio entre las expectativas de los acreedores y las necesidades del concursado. La LC distingue, ahora, entre las distintas facultades que integran el derecho de propiedad, pudiendo decretarse que se enajene un bien, pero que el derecho de uso o disfrute sobre el bien siga permaneciendo en poder del concursado, por considerarse ello esencial para la continuidad de la actividad empresarial.

Conviene recordar que las paralizaciones o suspensiones es posible que tengan su origen en la comunicación del inicio de las negociaciones, tal y como establece el reformado art. 5 bis LC.

4.4. Centrándonos en el grueso de la reforma, una de las novedades más relevantes, de entre las introducidas por la Ley, es la relativa al régimen de las acciones de reintegración respecto de los acuerdos de refinanciación, contenido en el art. 71 bis LC en su integridad, ya que se ha suprimido el apartado 6º del art. 71 LC, para regular todas las acciones de reintegración en el citado art. 71 bis LC.

Tras la reforma, ya no será necesaria la emisión de un informe de experto independiente para que no sean rescindibles los acuerdos de refinanciación ni sus garantías, siempre que, en líneas generales: a) se amplíe de manera significativa el crédito disponible (podría haberse aprovechado la reforma para objetivar este requisito) o se retrase el plazo de vencimiento, respondiendo a un plan de viabilidad; b) el acuerdo haya sido suscrito por, al menos, tres quintos del pasivo; c) el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público; y, d) certificado de auditor. Ahora, se sustituye la exigencia, para los acuerdos que cumplan las condiciones referidas arriba, del informe de experto independiente por la emisión de una certificación por auditor de cuentas independiente, acreditando el cumplimiento del porcentaje del pasivo exigido. A su vez, se amplían los acuerdos de refinanciación no rescindibles, además de los citados, a todos aquellos en los que se cumplan todas las siguientes condiciones, al tiempo de suscripción del acuerdo, no exigiendo éstos ni informe de experto ni certificación del auditor ni mayoría determinada: “a) que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa; b) que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente; c) que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes sea inferior al 90 por ciento de la deuda pendiente a favor de los mismos y a la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo (especial relevancia tiene la forma de determinar el valor de las garantías, que se establece en la Disp. Adic. 4ª LC, que es objeto de comentario más adelante); d) que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente del acuerdo a favor de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa; e) que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público, con justificación expresa de la motivación del mismo.

Respecto del informe de expertos (art.71 bis 4 LC), se abre, ahora, la posibilidad de que tanto el deudor como lo acreedores puedan solicitar su nombramiento, para valorar, en términos generales: el carácter razonable, el plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías.

Respecto de todos los acuerdos de refinanciación referidos, llamados “no rescindibles”, aunque quizá deberían denominarse de “rescisión limitada a la administración concursal”, se establece que únicamente podrá ejercitarse acción de rescisión o impugnación, por parte de la administración concursal (esto no es novedad), pudiendo fundarse la acción en cuestión, únicamente, en el incumplimiento de las condiciones que deben reunir los acuerdos (art. 72.2 LC) y que han sido citadas, en términos generales. A su vez, tal y como reza la EM, los acuerdos, al no ser rescindibles, no estarán sometidos a las presunciones de perjudicar a la masa activa, de los apartados 2 y 3 del art. 71 LC, aún cuando impliquen actos de disposición de activo.

Más adelante, analizaré las novedades introducidas en la Disp. Adic. 4ª LC, en relación con la homologación de determinados acuerdos de refinanciación, distintos a los acuerdos “no rescindibles” referidos, pero que también puede gozar del mismo privilegio sin tener que alcanzar una mayoría de tres quintos del pasivo y respecto de los cuales cobra mayor relevancia el informe de experto independiente.

4.5. Con el mismo propósito de promover los acuerdos de refinanciación, se modifica: a) el art. 92.5º LC, a los efectos de excepcionar la calificación de persona especialmente relacionada con el deudor y, por ende, de la subordinación de su crédito, a aquellos acreedores que hubieran devenido socios de la concursada como consecuencia de la conversión de deuda en capital social, en ejecución de un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC; y, b) el art. 93.2.2º LC, para establecer una presunción *iuris tantum* de no consideración de los acreedores, que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC como administradores de hecho, para dificultar que sus créditos puedan ser considerados subordinados.

4.6. También, con el mismo objetivo mencionado, se potencia la firma de acuerdos de refinanciación: a) estableciendo una presunción de concurso culpable para el caso de que el deudor, sus administradores o liquidadores se hubieran opuesto “sin causa razonable” a la capitalización de créditos o de emisión de instrumentos convertibles impidiendo la firma de acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC o de la Disp. Adic. 4ª LC (art. 165.4º LC). Se establece como presunción (no se especifica si *iuris tantum* o *iuris et de iure*), para considerar que la oposición no responde a “causa razonable”, que el informe de experto independiente (que pueden solicitar el deudor y los acreedores voluntariamente) así lo determine. En todo caso, deberá reconocerse un derecho de adquisición preferente para el resto de socios, para considerar el concurso culpable por la oposición a la conversión o a la emisión, según se trate, salvo transmisión por el acreedor a favor de

sociedades de su grupo o a sociedad de tenencia de valores; b) considerando como posibles personas afectadas por la calificación de culpabilidad del concurso a los socios que se hubieran negado a la capitalización de deuda o a la emisión de instrumentos convertibles, excluyendo la aplicación de la presunción de culpabilidad apuntada arriba a aquellos administradores que hubieran propuesto la recapitalización (art. 172.2.1º LC); y, c) se amplía, también respecto de los socios que se hubieran negado, la posible condena en caso de reapertura de la sección de calificación, por el inicio de la fase de liquidación, a la cobertura total o parcial del déficit concursal.

4.7. Junto con la reforma del art. 71 bis LC, la novedad más relevante introducida es la profunda modificación del régimen de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación, recogido en la Disp. Adic. 4ª LC, cuya finalidad, principal, es la extensión de sus efectos a los “acreedores de pasivos financieros” que no hayan aprobado el acuerdo, lo que no ocurre con los acuerdos del art. 71 bis LC “per se”, aunque podrían homologarse en los términos establecidos en la Disp. Adic. 4ª, siempre que cumplieran los requisitos.

Se rebaja del 55 al 51 el porcentaje de mayoría de voto, de acreedores titulares de créditos financieros, exigido para la homologación del acuerdo. Ahora computan todos los acreedores con pasivos financieros (que no incluyen a los acreedores por créditos laborales, comerciales ni a los de pasivos de derechos público), antes únicamente las entidades financieras sometidas a supervisión (art. 94.2 LC, tras redacción del RDL 11/2014, que viene a recoger lo antedicho). Podrán homologarse los acuerdos de refinanciación que: a) se suscriban por el 51 por ciento de los pasivos financieros; b) se amplíe de manera significativa el crédito disponible o se retrase el plazo de vencimiento, respondiendo a un plan de viabilidad; c) se emita certificado del auditor acreditando la suficiencia de la mayoría; y, d) el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público. No se exige aquí la mayoría de tres quintos, sino la del 51 por ciento de los pasivos financieros, no obstante, el acuerdo podrá ser adoptado por acreedores no financieros, pero no se tendrán en cuenta a efectos de cómputo de voto. En el caso de los préstamos sindicados se establece una mayoría máxima (el acuerdo de sindicación podrá rebajarla) del 75 por ciento del sindicato para entenderse aprobado el acuerdo a homologar y la extensión de sus efectos a los disidentes o no participantes.

Novedad especialmente relevante es el régimen de valoración de las garantías reales que se introduce, estableciéndose, en términos generales: a) una limitación mínima de cero y máxima del valor del crédito del acreedor; b) que el valor equivaldrá al 90 por ciento del valor razonable del bien (cuya definición se establece en el nuevo texto de la disposición en función del tipo de bien, por ejemplo, para inmuebles el valor será el determinado por sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España), al que habrán de deducirse las cargas preferentes que graven el bien; y, c) reglas para el caso de que el bien se ofrezca en garantías de más de un acreedor (no obstante, nada se indica respecto a la posibilidad de que haya varios informes de experto o de tasaciones sobre un mismo bien, solicitados por los distintos acreedores).

Otro aspecto introducido, de especial trascendencia, es el relativo a la novación del régimen de extensión de efectos del acuerdo de refinanciación homologado a los acreedores financieros que no hayan suscrito el acuerdo o haya mostrado disconformidad (siendo esto último de difícil interpretación sin entenderlo en el mismo sentido que la no firma del acuerdo). Como novedad más destacable, antes de la reforma, únicamente, se contemplaba la opción de extender una quita pactada con un máximo de tres años, ahora, se prevé la extensión de efectos del acuerdo homologado, incluyendo quitas, esperas, conversiones de deuda (en acciones, participaciones o préstamos participativos) o la cesión de bienes o derechos en pago de deudas, en función del porcentaje del pasivo financiero que hubiera votado a favor de acuerdo y atendiendo a si el crédito (que no el acreedor) en cuestión goza de garantía real o no y, en su caso, a que el importe del crédito garantizado con garantía real exceda o no del valor de la misma.

Los créditos que no gocen de garantía real o, para los que la tengan, en la parte que exceda del valor de la garantía, se extenderá el acuerdo de refinanciación: a) cuando suscriba el acuerdo, al menos, el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas y/o conversiones de deuda en préstamos participativos de hasta cinco años; b) cuando suscriba el acuerdo el 75 por ciento del pasivo financiero, las esperas de entre 5 y 10 años, las quitas (sin limitación, salvo desproporcionadas), la conversión de deuda en acciones o participaciones (siempre que se adopte el acuerdo de ampliación de capital con las mayorías reforzadas de la Ley de Sociedades de Capital y se otorgue a los disidentes el derecho a optar por una quita equivalente al importe nominal más, en su caso, la prima de emisión, de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir), la conversión de deuda en préstamos participativos, obligaciones convertibles u otros instrumentos financieros por un plazo de entre 5 y 10 años, y la cesión de bienes o derechos en pago de deuda.

Para los créditos que gocen de garantía real, por la parte que no exceda del valor de la garantía, se elevan los porcentajes referidos en el párrafo anterior del 60 al 65 y del 75 al 80 por ciento, respectivamente.

La competencia para solicitar la homologación corresponde al deudor o a cualquier acreedor que hubiera suscrito el acuerdo de refinanciación (esta atribución ha sido introducida por la Ley 17/2014 respecto del RDL 4/2014, que, únicamente, se la atribuía al deudor). Cumpliéndose todos los requisitos, el juez otorgará la homologación y declarará la extensión.

Por último, se establece que no serán objeto de rescisión los acuerdos homologados (a diferencia de los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC que únicamente son rescindibles por la administración concursal), quedando a salvo las demás acciones de impugnación (art. 72.2 LC).

4.8. Para terminar con el análisis de la Ley 17/2014, indicar que la parte final de la misma establece, entre otras, las siguientes medidas que, aunque no modifiquen la LC, es

interesante remarcar, como favorables para la adopción de acuerdos de refinanciación o reestructuración son las siguientes: a) en la Disp. Adic. 1ª se otorga mandato al Banco de España para que, en el plazo de un mes, establezca los criterios homogéneos para la clasificación de riesgo normal (esencial a efectos del porcentaje de provisión aplicable por la entidad financiera) de las operaciones refinanciadas o reestructuradas por los acuerdos homologados; b) en la Disp. Adic. 2ª, se establece que para “incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital; esta medida se adopta con un carácter extraordinario y temporal para todos los nuevos ingresos”; c) en la Disp. Adic. 3ª se otorga un mandato al Gobierno para que elabore un código de buenas prácticas junto con las entidades de crédito, de reestructuración de deuda empresarial para empresas viables; d) en las Disp. Finales 2ª y 3ª se establecen medidas fiscales favorables a la firma de operaciones de refinanciación, como la ausencia de tributación en la capitalización de deudas (con alguna excepción), el diferimiento de la consideración de quitas y esperas como ingreso en el Impuesto de Sociedades, condicionándolo a los gastos financieros que se vayan registrando en el futuro, y la exención de atribución en TPO-AJD.

5. El RDL 11/2014 (que entró en vigor el 7 de septiembre de 2014), tramitándose actualmente como proyecto de ley, con plazo de enmiendas ampliado, a fecha del presente artículo, hasta el 30 de octubre de 2014 (por tanto, pudiendo ser modificado el texto del RDL), se centra en la fase común, principalmente, en el convenio de acreedores, y en la fase de liquidación, a diferencia de la Ley 17/2014, que presta mayor atención a la fase previa al concurso. Las novedades más relevantes se refieren a la valoración de las garantías de los acreedores, al régimen de extensión del convenio y a fomentar las vías de liquidación de la sociedad, de forma que permitan una continuación de la actividad empresarial, aunque sea en manos de un tercero, de lo que el legislador denomina “unidad productiva”. El RDL extiende algunas de las premisas novedades introducidas para los acuerdos de refinanciación homologables, por la Ley 17/2014, al convenio concursal. A su vez, se adoptan medidas para incentivar la transmisión del negocio del concursado o alguna rama de actividad.

En el presente artículo se realiza una descripción genérica de las reformas introducidas, no siendo objeto de análisis exhaustivo todas y cada una de las reformas introducidas por el RDL, aplazándose el mismo a la promulgación de la Ley que, actualmente, se está tramitando.

5.1. Las novedades más relevantes introducidas por el RDL 11/2014, en cuanto al convenio concursal son las siguientes:

Se introducen previsiones análogas a las de la Disp. Adic. 4ª LC, relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial. En el art. 90.3 LC, se establece que el privilegio especial de los créditos garantizados sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía, determinándose el valor en los términos expuestos en el apartado 4.7 anterior. Por ello, se introduce el nuevo apartado 5º del art. 94 LC, en el que se establece la obligación de expresar el valor de las garantías, junto con la identificación del acreedor y de cada uno de los créditos que gocen de privilegio especial y se determina el modo de valoración (ahora traído el régimen de valoración de la Dips. Adic. 4ª LC al art. 94.5º LC). Ahora los acreedores se deberán clasificar, en el listado, como acreedores: laborales, públicos, financieros y el resto (art. 94.2 LC).

Se amplían los supuestos de consideración de persona especialmente relacionada (art. 93.1. 1º y 2º LC), principalmente, a aquellas personas jurídicas controladas por el concursado (y las de su grupo) y sus administradores y otras empresas relacionadas con éstos. Se extiende a las personas especialmente vinculadas a los socios la calificación de éstos respecto de la persona jurídica de la que son socios y a efectos de cómputo del porcentaje del capital social, ahora, también se computa la participación indirecta.

En relación con el contenido de la propuesta de convenio (art. 100 LC), se eliminan los límites máximos del 50 por ciento para quitas y los 5 años de esperas, para los créditos ordinarios, y se incluyen como proposiciones alternativas (no aplicables a los acreedores públicos) como la conversión de créditos en obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier instrumento financiero de rango. Se refleja la obligatoriedad de que el acuerdo de ampliación de capital por conversión de crédito se adopte con las mayorías reforzadas exigidas por la Ley de Sociedades de Capital. Las proposiciones de venta de unidad productiva se registrarán por su régimen específico (art. 146 bis LC). Se elimina la referencia a la obligación del los créditos, en los términos del convenio, por parte del adquirente de la actividad empresarial. En la propuesta de convenio podrá incluirse la cesión en pago de deudas de bienes y derechos, siempre que no se trate de bienes o derechos necesarios para continuar la actividad empresarial y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito a extinguir (en caso de ser superior, el exceso pasará a formar parte de la masa activa).

Otro cambio relevante es la ampliación del quórum de la junta de acreedores, atribuyendo derecho de voto a algunos acreedores que hasta ahora no lo tenían (por otro lado, no tendrán derecho de voto las personas especialmente vinculadas a los acreedores subordinados). En préstamos sindicados, se establece una mayoría del 75 por ciento del sindicato (o inferior, si así se pacta en el contrato de sindicación) para determinar el sentido del voto del sindicato, para computar las mayorías y para arrastrar a los acreedores disidentes (art. 121.4 LC).

Se modifica notablemente el régimen de mayorías exigidas para la aprobación de la propuesta (art. 124 LC), dependiendo ahora la mayoría exigida del contenido del acuerdo, estableciéndose las siguientes mayorías: a) del 50 por ciento del pasivo ordinario, para quitas de hasta el 50 por ciento y esperas y conversiones de deuda en préstamos

participativos por plazo de hasta 5 años; b) del 65 por ciento del pasivo ordinario, para quitas sin limitación y esperas y conversiones de deuda en préstamos participativos por plazo de entre 5 y 10 años, también para las cesiones en pago de deuda de bienes o derechos; y c) se mantiene la mayoría simple para esperas y quitas inferiores a 3 años y 20 por ciento, respectivamente.

Finalmente se introduce (en el art. 134 LC) una previsión novedosa sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía, en los siguientes términos: a) con privilegio general: cuando se apruebe el convenio con mayorías del 60 por ciento de las garantías aceptantes respecto del valor total de las garantías, y b) con privilegio especial: del 70 por ciento en función del pasivo aceptante sobre el pasivo total de cada clase.

5.2. En relación con las medidas encaminadas a facilitar la transmisión del negocio o alguna de las distintas ramas de actividad, se introducen algunas modificaciones como que la administración concursal en su informe, además de valorar el conjunto, deba distinguir, en la valoración de la empresa, entre las distintas unidades productivas (art.75.2.5º LC) y, en caso de venta de unidades productivas, se establece un régimen específico (146 bis LC), que resultaría aplicable en la fase común, en el convenio y en la fase de liquidación. Las principales características del régimen establecido para la transmisión de unidades productivas son las siguientes: a) la cesión automática y forzosa (sin consentimiento de la contraparte en las relaciones sinalagmáticas) de derechos y obligaciones derivados de los contratos necesarios para la continuidad de la actividad (salvo solicitud en contrario aceptada), también de los contratos administrativos; b) cesión automática (salvo solicitud en contrario del adquirente) de licencias y autorizaciones (exige no cambiar de instalaciones); c) el adquirente no se subroga en la obligación de pago de los créditos pendientes, salvo asunción voluntaria, salvo que el adquirente sea persona especialmente relacionada con el concursado y/o que exista disposición legal en contra (por ejemplo, en caso de sucesión de empresa, pudiendo ser reclamados al adquirente determinados créditos laborales).

5.3. En lo que respecta a liquidación, se modifican determinados preceptos de la LC con el objeto de facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal. La finalidad, según reza la EM, es garantizar al máximo la continuación de la actividad empresarial facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. Se admite la inclusión en el plan de liquidación de la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de deuda y se habilita al juez para que retenga hasta un 10 por ciento de la masa activa, para pagar a determinados acreedores que hubieran impugnado el plan, estimándose sus recursos (art. 158.5º y 6º LC). Ahora, se faculta al juez para acordar la venta de la unidad productiva por enajenación directa o por entidad especializada, frente a la subasta, cuando lo estime más conveniente (art. 149 LC), antes, únicamente, podía hacerlo tras una subasta desierta.

Respecto de la venta de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (garantía real), se establecen las siguientes precisiones, en atención a que la transmisión lleve consigo la subsistencia de la garantía o no: a) en caso de no subsistencia: corresponderá a los acreedores el valor de la venta proporcionalmente, sin requerirse su consentimiento; para el caso de que el precio de venta sea inferior al valor de la garantía, el 75 por ciento de los acreedores que tenga derecho de ejecución separada y sean de la misma clase deberán consentir; y b) en caso de subsistencia: no será necesario el consentimiento, debiendo velar el juez por la solvencia del adquirente.

Finalmente, se establecen de forma exhaustiva los requisitos que deberá contener la oferta de compra de la unidad productiva, otorgándose la facultad al juez de elegir una oferta de precio inferior (en no más del 10 por ciento), siempre que considere que garantiza en mayor medida la viabilidad de la empresa en liquidación (art. 149.5 LC).

6. La aplicación de la normativa concursal renovada nos permitirá comprobar si las reformas analizadas han sido eficaces o no, para lograr la continuidad de un mayor número de compañías en situación de desequilibrio patrimonial o, al menos, de sus unidades productivas o ramas de actividad. Las reformas deberían favorecer la voluntad de las entidades financieras y acreedores para firmar acuerdos de refinanciación y fomentar la inversión en sociedades viables desde el punto de vista operativo a través, por ejemplo, del mecanismo de conversión de deuda en capital, pudiendo incluso ser un balón de oxígeno para las entidades financieras poder proponer un acuerdo de refinanciación o propuesta de convenio que acompañe una oferta de cesión de créditos a favor de un tercer adquirente con conversión inmediata de deuda en capital, negociando el potencial comprador directamente con los acreedores financieros y no con el deudor.

PRIMERA EXPERIENCIA PRÁCTICA DEL NUEVO SISTEMA DE
REVALORIZACIÓN DE PENSIONES INSTAURADO POR MOR DE LA
LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE: ¿AVENTURA DE UNA
DESVENTURA?

FIRST PRACTICAL EXPERIENCE OF THE NEW REVALUATION OF THE
SPANISH PENSION SYSTEM ESTABLISHED BY LAW 23/2013, 23RD
DECEMBER: ADVENTURE OF A MISFORTUNE?

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 637-646.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI
Becario de Investigación “Atracció de Talent”
Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad de
Valencia
eduardo.talens@uv.es

RESUMEN: En las siguientes líneas se va a llevar a cabo un somero repaso sobre el tema de la revalorización de pensiones públicas en los últimos años. En ellas se va a tener ocasión de ver el sistema de actualización anterior y la congelación de pensiones sufrida en los momentos centrales de la crisis económica. También se van a dejar sentir unas notas sobre el nuevo sistema de revalorización y se traerá a colación la evidencia práctica de la primera experiencia en el uso de la nueva fórmula.

PALABRAS CLAVE: revalorización de pensiones, nueva fórmula, índice de precios al consumo (IPC), congelación de pensiones, poder adquisitivo, 0.25%.

ABSTRACT: The following lines examine the evolution of the Spanish pension revaluation system within the last few years. After reviewing the previous updating system and the freezing of pensions during the financial crisis, we then analyse the current revaluation system as well as the practical experience arisen after the new formula was first applied.

KEY WORDS: pension revaluation system, new formula, consumer price index (CPI), freezing of pensions, purchasing power, 0.25%.

1. El artículo 50 CE, ínsito dentro de los principios rectores de la política social y económica, se refiere en particular a nuestro sistema de pensiones y viene a consagrar el principio de suficiencia económica de los beneficiarios a través de prestaciones “adecuadas” y “periódicamente actualizadas”. Por su parte, el artículo 41 CE, base constitucional de nuestro régimen jurídico de Seguridad Social, también alude a la inexcusable suficiencia de las prestaciones sociales de carácter público ante situaciones de necesidad.

En este sentido, el carácter “suficiente” que debe regir el *quantum* de las prestaciones de la Seguridad Social, junto con la expresión “adecuadas” y unido a la necesidad de actualizar las pensiones, predicados por el art. 41 CE y el art. 50 CE, respectivamente, pretenden sentar las bases constitucionales para que con el transcurso del tiempo se asegure la revisión de su cuantía y que con ello los pensionistas no vean reducido su poder adquisitivo conforme vayan pasando los años. Estos designios constitucionales se concretaron en el conocido como Pacto de Toledo, alcanzado en 1995 por las fuerzas políticas presentes en el hemicycle en aquel momento y en cuya Recomendación undécima se convino lo siguiente: “debe de garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año”.

El régimen de revalorización de las pensiones conforme al IPC se encontraba regulado en el artículo 48 de la Ley General de Seguridad Social. En este sentido, el método tradicional de revalorización era bastante sencillo y consistía en el abono a principios de año del porcentaje de IPC estimado para ese ejercicio económico. Posteriormente, si al final de ese año el IPC real resultaba ser superior al pronosticado inicialmente la diferencia se abonaba durante el año venidero a través de un pago único con fecha tope del 1 de abril. *A sensu contrario*, si el resultado final era inferior al pronosticado a principios de año los pensionistas consolidaban el incremento inicial. Esta forma de proceder operó en nuestro sistema prácticamente sin fisuras hasta la promulgación del RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, en cuyo artículo 4 se procedió a suspender la revalorización de las pensiones para el año 2011 -excepto para las pensiones mínimas y las de carácter asistencial-.

Por lo tanto, se dejó sin efecto para el año 2011 la aplicación de las previsiones del artículo 48 LGSS tanto en su apartado primero, que era el que fijaba la revalorización a principio de año según el IPC previsto para ese mismo año, como en su apartado segundo, que regulaba el mecanismo de ajuste entre el IPC previsto y el acumulado al final de año (hasta el 30 de noviembre). Éste fue, sin duda, el primero de los varapalos que han sufrido recientemente las pensiones en nuestro país como consecuencia de la crisis económica, ya que supuso una auténtica “congelación” de las mismas, al no experimentarse ningún incremento durante el

año 2011 al socaire de la evolución del índice de precios al consumo, ni previsto ni acumulado. Sin embargo, la anterior decisión política, sea o no compartible, fue dictada limitando derechos constitucionales pro futuro, por lo que quedó exenta de cualquier sombra de irretroactividad y, asimismo, fue tomada preservando el derecho a la revalorización sobre aquellas pensiones más bajas, así como las de carácter asistencial, compadeciendo de este modo con la sentada doctrina que el Tribunal Constitucional ha interpretado sobre el particular.

Así, por ejemplo, por SSTC 134/1987, de 21 de julio (RTC 1987, 134) o 97/1990, de 24 mayo (RTC 1990, 197) nuestro Alto Tribunal ha considerado que de los artículos 41 CE y 50 CE no se desprende que la CE “*obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual*”. Por lo tanto, a mi entender, no existe un derecho a que todas las pensiones se vean incrementadas de un año para otro, pudiéndose perfectamente vedar en un momento temporal puntual a las más altas, ya que éstas colmarían de sobra la exigencia constitucional de mantener unas prestaciones suficientes.

Las limitaciones al sistema de revalorización de pensiones siguió siendo la tónica durante el año 2012, esta vez por mor del RDL 28/2012, de 30 de noviembre, que dejó sin efecto la diferencia positiva entre el IPC real y el IPC estimado para ese año (que fue de un 1,9 %) y donde junto con ello se decidió concertar una revalorización fija para el año 2013 –no sujeta, por tanto, al juego del artículo 48 LGSS-. En este sentido, al comenzar el año 2012 se operó de acuerdo con la regla establecida por el artículo 48.1 LGSS y se procedió por ende a abonar a los distintos pensionistas la cantidad resultante del IPC previsto para ese año, que se estimó en un 1%, siendo éste el coeficiente aplicado a inicios de ese año. Sin embargo, ulteriormente el índice acumulado se situó en el 2,9%, siendo este acrecimiento el que se dejó sin efecto por obra del citado RDL 28/2012, de 30 de noviembre. Pese a que este RDL desplegó todos sus efectos legales en su debido momento, todavía queda pendiente a día de hoy que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de su posible inconstitucionalidad, puesto que sobre el mismo se plantearon una serie de cuestiones de inconstitucionalidad por parte de algunos tribunales del orden social –por todos: ATSJ del País Vasco de 3 de diciembre de 2013 (JUR 2013, 69336)-, así como un recurso de inconstitucionalidad – *Vid.* BOE de 23 de marzo de 2013 p. 22915-. Con todo, puede verse una crítica sobre este RDL en: [ERRANDONEA ULAZIA, E.: “Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RDLey 28/2012”, *Aranzadi Social* (2013), núm. 1 (BIB 2013/705)].

En esencia, son varios los motivos por los que se pretende tachar de inconstitucional al RDL 28/2012, los cuáles podríamos sintetizarlos en: la ausencia de extrema y urgente necesidad para dictar este tipo de normas, la contravención con la suficiencia constitucional de las pensiones y por último su aplicación con carácter retroactivo, siendo esta última cuestión la que, bajo mi punto de vista, tendría mayores posibilidades de prosperar [*vid.* sobre el particular TALÉNS

VISCONTI, E. E.: “Problemas constitucionales del RDL 28/2012, de 30 de noviembre y revalorización de pensiones”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* (2014), núm. 169)].

2. La forma de calcular la revalorización de pensiones, que como se habrá podido apreciar era más o menos automática y relativamente sencilla, mudó de aires a raíz de la promulgación de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. A través de la citada Ley 23/2013 se llevaron a cabo dos importantes consignas, cuales son la implantación de un Factor de Sostenibilidad para vincular el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas y una nueva fórmula de cálculo para la revalorización de las pensiones, alterándose en este último supuesto el tenor del artículo 48 LGSS.

Mediante esta postrera reforma la actualización de las pensiones pasó a desvincularse del índice de precios al consumo, estableciéndose para su obtención una fórmula matemática compuesta por una serie de expresiones dotadas de cierta complejidad –si lo comparamos con el método de revaloración precedente-. Para explicar la adopción de estas medidas la propia Exposición de Motivos de la Ley 23/2013 aludió a la presencia de una serie de factores desfavorables sobre la evolución demográfica en nuestro país (elevación de la esperanza de vida, escasa tasa de natalidad y el próximo acceso a la jubilación de la generación denominada del “baby boom”), así como a las recientes tensiones económicas que han propiciado la aparición de déficits en las cuentas de la Seguridad Social. Ambas medidas responden a la lógica de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, en concreto, el de las pensiones. No es de extrañar por tanto que se haya llegado a catalogar como una de las mayores reformas aprobadas en los últimos años sobre esta materia, suponiendo un “antes y un después” [GALA DURÁN, C.: “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y el factor de sostenibilidad”, *Inslabor* (2014), núm. 1, p. 2]. En lo que aquí interesa, cabe precisar que a raíz de la aprobación de la citada Ley 23/2013, de 23 de diciembre, se prevé que las pensiones contributivas (jubilación o viudedad entre otras), incluidas las mínimas, se incrementarán una única vez al comienzo de cada año en función de una oscura expresión matemática, que es la siguiente:

$$IR_{t+1} = \bar{g}_{l,t+1} - \bar{g}_{p,t+1} - \bar{g}_{s,t+1} + \alpha \left[\frac{I_{t+1}^* - G_{t+1}^*}{G_{t+1}^*} \right]$$

Siendo:

IR = Índice de revalorización de pensiones expresado en tanto por uno con cuatro decimales.

$t+1$ = Año para el que se calcula la revalorización.

$\bar{g}_{I,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{p,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno del número de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{s,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores del efecto sustitución expresado en tanto por uno. El efecto sustitución se define como la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año.

I_{t+1}^* = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

G_{t+1}^* = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social.

α = Parámetro que tomará un valor situado entre 0,25 y 0,33. El valor del parámetro se revisará cada cinco años.

En ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones que sea inferior al 0,25% ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t , más 0,50 %.

Con base a la expresión matemática acabada de reproducir fácilmente podrá constatarse como ahora el índice de revalorización se vincula con la sostenibilidad financiera del sistema y, en este sentido, no es de extrañar que en épocas recesivas o deficitarias el resultado arrojado sea muy bajo, aunque el legislador ha pretendido mantener la existencia de un tope mínimo de revalorización que se sitúa en 0,25 puntos porcentuales. Por lo tanto, este porcentaje será el que *ultima ratio* acompañará a la revalorización de las pensiones contributivas de la Seguridad Social. Esta última forma de calcular la actualización de las pensiones presenta una serie de inconvenientes y por ello ha sido objeto de varias críticas, las cuales se han centrado mayormente tanto en su notable incertidumbre como en el grado de discrecionalidad en la aplicación de la fórmula, así como por el exiguo porcentaje para la suficiencia de las pensiones que aparece ahora como un tope máximo [TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y su constitucionalidad”, *Relaciones Laborales* (2014), núm. 2, pp. 6-7 (del pdf); GALA DURÁN, C.: “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el

impacto del índice de revalorización anual y el factor de sostenibilidad”, *Iuslabor* (2014), núm. 1, pp. 3-4].

El referido índice cuenta con un discutible grado de incertidumbre al depender en cierta medida para su determinación de decisiones políticas, puesto que no cabe desconocer que para calcular los promedios centrados en $t+1$ obliga a que sea necesario proyectar cuáles serán los ingresos y gastos en el futuro. Por su parte, la existencia de un tope máximo también limita el porcentaje concreto que se debe de aplicar y conlleva al establecimiento de un techo superior que en periodos de bonanza podría suponer una baja revalorización. En concreto, este límite superior se sitúa ahora en 0,5 puntos porcentuales por encima del IPC acumulado o final, siendo por lo demás la única referencia que se ha mantenido hacia este índice.

3. La entrada en vigor de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, se produjo al día siguiente de su publicación en el BOE, según dispuso su Disposición final quinta, salvo para la puesta en marcha del cálculo del factor de sostenibilidad, que se difirió para las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 1 de enero de 2019. Por consiguiente, la nueva fórmula empleada para estimar el índice de revalorización de pensiones entró en vigor el día 27 de diciembre de 2013 (al día siguiente su publicación por el BOE nº 309, de 26 de diciembre de ese mismo año). No obstante, en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, se optó por revalorizar las pensiones en un 0,25%, si bien en la misma no se llegaba a mencionar que dicha revalorización se hubiera determinado de acuerdo con el nuevo índice instaurado por la Ley 23/2013. Por ello, podríamos llegar a convenir que este nuevo índice de revalorización comienza a aplicarse a todos los efectos a partir de este año 2015.

Con todo, para el presente año 2015 se ha optado por fijar una revalorización de pensiones idéntica a la dispuesta para el pasado año 2014 y que, además, coincide justamente con el techo mínimo prevenido por el nuevo artículo 48 LGSS, es decir, un 0,25%. En este sentido, el artículo 37 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 establece que “las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en 2015 con carácter general un incremento del 0,25 por ciento, en los términos que se indican en los artículos correspondientes de esta Ley”. Esta previsión se reitera posteriormente en el artículo 41 de esta misma norma legal, donde en su apartado primero vuelve a recordar que “las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2015 un incremento del 0,25 por ciento, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de esta Ley, sin perjuicio de las excepciones contenidas en los artículos siguientes de este capítulo y de los importes de garantía que figuran en el precedente artículo 39, respecto de las pensiones reconocidas al amparo de la legislación especial de la guerra civil”. El Real Decreto 1103/2014, de 26 de diciembre, sobre revalorización y complementos de

pensiones para el año 2015 y otras normas en materia de Clases Pasivas, consolida este mismo incremento para las pensiones abonadas a estos beneficiarios, mientras que el Real Decreto 1107/2014, de 26 de diciembre, hace lo propio para el resto de las pensiones públicas.

En cualquier caso, no todas las pensiones de la Seguridad Social van a verse acrecentadas un 0,25% durante el 2015, puesto que la Ley de Presupuestos Generales del Estado limita este incremento para una serie de sujetos pasivos. En concreto, el artículo 42 LPGE establece como pensiones no revalorizables las abonadas con cargo a cualquiera de los regímenes o sistemas de previsión enumerados en el artículo 42 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre (que enumera las pensiones que tendrán la consideración de públicas) cuyo importe íntegro mensual, sumado, en su caso, al importe íntegro mensual de las otras pensiones públicas percibidas por su titular, exceda de 2.560,88 euros íntegros en cómputo mensual.

Este límite superior se reproduce en el art. 2 del citado RD 1103/2014 y en el art. 3 del RD 1107/2014, ambos de 26 de diciembre, que determinan un techo anual exento de revalorización que se fija en la cantidad de 35.852,32 euros. Por lo tanto, la revalorización se priva para aquellas pensiones que sobrepasen las anteriores cantidades, avistadas de forma mensual o anual respectivamente. Esta limitación no contraviene ningún precepto constitucional, en especial el artículo 50 CE según sentada jurisprudencia del TC (*vid. supra*). Tampoco serán objeto de revalorización: a) las pensiones de Clases Pasivas reconocidas a favor de los Camineros del Estado causadas antes del 1 de enero de 1985, con excepción de aquellas cuyo titular sólo percibiera esta pensión como tal caminero; b) las pensiones de las Mutualidades integradas en el Fondo Especial de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado que, a 31 de diciembre de 2014, hubieran ya alcanzado las cuantías correspondientes al 31 de diciembre de 1973 (estas dos últimas pensiones mucho más residuales).

Por lo que respecta a la variación del índice de precios al consumo durante el ejercicio 2014 (de noviembre de 2013 a noviembre de 2014) su valor se situó en -0,4%. En este sentido, la tasa de variación anual del IPC en el mes de noviembre se situó en la cifra acabada de reproducir, según fuentes del Instituto Nacional de Estadística. Por su parte, el índice de precios adelantado (IPCA) de diciembre de 2014, según nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística emitida el 30 de diciembre de 2014 se sitúa 7 décimas por debajo del valor de noviembre. Con ello, el la tasa anual del indicador adelantado IPCA, o lo que es lo mismo, la inflación anual estimada del IPC en diciembre de 2014 alcanza el valor de -1.1%. Como se habrá podido apreciar, durante el pasado año 2014 el índice de precios al consumo sufrió un evidente descenso, invirtiéndose con ello la tendencia inflacionista que se venía sucediendo en los últimos años.

4. Como se habrá podido percibir, el establecimiento de una banda mínima y máxima de revalorización de las pensiones va a suponer que en términos nominales se asegure la actualización de las mismas, compadeciéndose así con el mandato del artículo 50 CE. Ahora bien, cuando el sistema se vinculaba a la evolución del IPC no se podía asegurar un aumento nominal de las pensiones, pero sí que se hacía en términos reales. Ahora, al desvincularse la revalorización de las pensiones del indicador de precios, ya no se va a garantizar el mantenimiento del poder de compra de sus beneficiarios, por lo que en términos reales las pensiones podrán verse mermadas si el nivel de precios es superior a la revalorización desprendida de la nueva forma de cálculo. Quizás esta última consecuencia sea a primera vista la más probable, si se observaban los niveles de inflación arrojados en los últimos años en comparación con el exiguo porcentaje de revalorización contemplado en el nuevo artículo 48 LGSS, cuyo límite inferior, recordemos, se sitúa en 0,25 puntos porcentuales. Curiosamente, durante el pasado año 2014 la situación ha sido justamente la contraria. Como se habrá podido advertir con los datos que han sido aportados con anterioridad, la LPGE para 2014 previno un incremento de las pensiones de un 0,25%, mientras que la variación de precios para ese año ha sido negativa. Por lo tanto, los pensionistas no han perdido poder adquisitivo durante el año 2014, antes al contrario, las pensiones se revalorizaron por encima de la desviación del nivel de precios al consumo.

Para el año 2015, como ya se ha comentado, vuelve producirse un incremento de las pensiones del 0,25%, ahora ya con claras referencias hacia el nuevo sistema instituido por mor de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, que aplicado expresamente por vez primera arroja el resultado establecido como una suerte de cláusula suelo –límite inferior-.

Con todo, a fecha de realización de este comentario no se conocen datos oficiales sobre las previsiones del índice de precios durante el presente año 2015. No obstante, en algunos foros económicos existen algunas voces que aventuran un posible incremento del índice de precios fruto de una esperanzadora recuperación económica. De darse este escenario, probablemente se produzca una mayor o menor pérdida de poder adquisitivo para los pensionistas puesto que el porcentaje de revalorización es bastante reducido. En cambio, si la tendencia durante el año 2015 continuara por la senda de 2014, situación que ha sido vaticinada recientemente desde el ministerio de economía, nos estaríamos moviendo en un contexto de decrecimiento del nivel general de precios y en este sentido, siempre que éstos oscilen por debajo de 0,25% se estaría ganando poder adquisitivo.

Ahora bien, independientemente del resultado que se dé al final de 2015, lo que parece claro es que si de forma sistemática se termina por fijar el importe de actualización de las pensiones en el mínimo legal, la tendencia será la de un constante descenso del poder adquisitivo de los pensionistas. Junto con ello, el nuevo sistema, tal y como está configurado, aumenta la incertidumbre sobre la evolución futura de las pensiones, puesto que ahora ya no se vincula a un índice

conocido de forma pública, sino a una serie de variables, muchas de ellas sobre predicciones futuras que dejan un elevado nivel de discreción. Por ello resulta conveniente que esta labor se realice con la mayor transparencia posible e informando adecuadamente a los ciudadanos.

En suma, como se ha sido señalado a lo largo del presente comentario, la reforma acometida sobre el modelo de revalorización ha supuesto un cambio estructural de calado sobre el sistema de pensiones, con sus luces y sus sombras, y quizás como aspecto positivo cabría destacar que ahora la evolución de las prestaciones queda ligada a la capacidad del sistema para generar ingresos, de manera que se mitigan sustancialmente los riesgos de insostenibilidad que puedan generar escenarios macroeconómicos y demográficos adversos [RAMOS, R.: “El nuevo factor de revalorización y de sostenibilidad del sistema de pensiones español”, *Boletín Económico del Banco de España* (2014), julio-agosto, p. 85]. Sería, a mi modo de ver, una suerte de medicina para posibles o futuras crisis económicas o situaciones deficitarias, quizás para tener que evitar tomar medidas de congelación de pensiones, tal y como se ha venido produciendo en estos últimos años. Estaremos, no obstante, atentos a la evolución de este nuevo método de revalorización y su mayor o menos afectación al bolsillo de los pensionistas.

GRANDES LÍNEAS DEL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE
FUNDACIONES: AVANCES Y ASPECTOS CONTROVERTIDOS

GENERAL TERMS OF THE NEW DRAFT ACT OF FOUNDATIONS:
ADVANCES AND CONTROVERSIAL ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 647-662.

Fecha entrega: 18/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

FRANCESC CHOLVI ROIG
Abogado
Adjunto Primero a la Secretaría General del IDIBE
f.cholvi@hotmail.com

RESUMEN: El pasado 29 de agosto, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, aprobó el Anteproyecto de Ley de Fundaciones que vendrá llamado a sustituir el vigente régimen de Fundaciones, regulado en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Ya desde su anuncio, la reforma se anticipaba escasamente aceptada por la opinión pública, especialmente por las Fundaciones –a través de la Asociación Española de Fundaciones– y los Protectorados, que entienden acertadas algunas de sus medidas, en orden a la actualización de las Fundaciones, pero rechazan las principales modificaciones estructurales que pretende instrumentar el Gobierno a través de este Anteproyecto. En este análisis, se pretende ofrecer una visión práctica de cuáles han sido las modificaciones fundamentales y las novedades que introduce el Anteproyecto de Ley de Fundaciones en comparación con la Ley del 2002, así como una breve valoración sobre la conveniencia o inconveniencia jurídica de su implementación.

PALABRAS CLAVE: anteproyecto, fundaciones, reforma, modernización de fundaciones, buen gobierno, registro de fundaciones, protectorado.

ABSTRACT: Last 29th August, the Council of Ministers, at the proposal of the Minister of Justice, approved the Draft Act of Foundations that will replace the current system of Foundations, regulated by the Act 50/2002 of 26th December. Since its announcement, the reform was poorly accepted by Spanish Association of Foundations and Protectorates. For them, the Draft Act approves some successful measures in order to update the Foundations, but the major structural changes are unacceptable.

KEY WORDS: draft, foundations, reform, modernization of foundations, code of good governance, foundations registry, protectorate.

1. Con el propósito de evaluar las principales líneas trazadas por el Ejecutivo en el nuevo Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante “ALF”), he estimado conveniente enunciar diferentes bloques por razón de la materia tratada, a saber:

2. Sobre la simplificación, actualización y modificación de procedimientos y conceptos básicos en materia fundacional.

Dentro del concepto de Fundación, el art. 2.3 ALF señala la obligación de que éstas cuenten con los medios personales y materiales suficientes y con una organización adecuada para asumir factiblemente el cumplimiento de los fines fundacionales.

Adicionalmente, el art. 3.1 ALF elimina la enumeración ejemplificativa que hace la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante la “LF”), de los fines de interés general. La Exposición de Motivos del ALF aclara que dado que no es posible llegar a efectuar una enumeración exhaustiva de los mismos, resulta preferible no aventurarse a designar cuáles podrían quedar dentro de tal concepto. Como contrapartida, señala la Exposición, “se amplía la lista de actividades que en ningún caso pueden constituir una actuación principal de la Fundación”.

Así, el art. 3.3 ALF prohíbe la constitución de Fundaciones cuya actuación principal se centre en la formalización de negocios jurídicos onerosos con los sujetos enunciados en las letras a) y b) del mismo precepto.

Es evidente que el añadido que efectúa el ALF dista de poder ser considerado una modificación de relevancia que soslaye la eliminación de la lista de fines de interés general (art. 3.1 ALF) que tradicionalmente se había mantenido en la regulación de Fundaciones –la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en su art. 2.1, rezaba del siguiente tenor: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análogo”. La LF, en su art. 2.1, amplía esta enumeración al disponer que: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la

tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”–.

Para las Fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la restauración y/o conservación del Patrimonio Histórico Español, además de cumplir con las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español, el art. 3.4 ALF exige que los bienes que originan tal actuación principal –esto es, aquellos que han de ser restaurados y/o conservados– se hallen inscritos en el Registro de Bienes de interés cultural o en el Inventario General de Bienes Muebles contemplado en dicha Ley.

Una de las grandes inquietudes del texto es que las Fundaciones queden debidamente constituidas para el cumplimiento de fines de interés general perfectamente delimitados y con el sustento de un patrimonio que resulte “adecuado y suficiente” para su cumplimiento.

En ese afán, el art. 10 ALF añade como requisito de la escritura de constitución –creando una letra f) en este precepto– que se acompañe “la resolución del Protectorado sobre la idoneidad de los fines y actividades, así como de la suficiencia y adecuación de la Dotación de la Fundación en proceso de constitución”, y el art. 11.1, letra b), ALF señala que los fines fundacionales que han de constar en los Estatutos han de hacerlo de manera concreta y determinada.

Además, a través de su art. 13, el ALF configura de forma más ordenada el procedimiento de constitución de la Fundación. A grandes rasgos, sus principales fases se resumen en las siguientes:

- a) Solicitud al Protectorado de la expedición de una resolución relativa a la idoneidad de los fines y actividades y de la suficiencia y adecuación de los medios económicos de la Fundación para la satisfacción de aquellos.
- b) El Protectorado, en un plazo máximo de tres meses, dicta y notifica la resolución, que será desfavorable sí, transcurrido dicho plazo, no se ha pronunciado al respecto.
- c) Otorgamiento de escritura fundacional, que el Notario remitirá por vía electrónica, en el mes siguiente a su otorgamiento, al Protectorado, e instará su inscripción ante el Registro de Fundaciones.
- d) El Registrador, en el plazo de quince días desde la recepción de la documentación necesaria, practicará, en su caso, la inscripción.

Otros conceptos de relevancia son alterados por el ALF. Así, con el fin de perfilar la definición del Patronato, el art. 14.1 ALF señala que éste se trata de un órgano de “naturaleza colegiada”, lo que implica que es un órgano formado por varias personas físicas, en su propio nombre y representación o en el de otras personas

físicas o jurídicas, del que emana una manifestación de voluntad expresada por todas esas personas, que es considerada la manifestación propia del órgano.

Sobre las eventuales modificaciones estatutarias, a la clásica exigencia de la LF de hacerlas constar en documento público, el art. 27.4 ALF añade la exigencia de que tales modificaciones hayan sido previamente autorizadas por el Protectorado cuando afecten a los “fines fundacionales o a la voluntad del o de los fundadores”. Del mismo modo, cuando tales extremos se vean afectados por el proceso de fusión de la Fundación, el ALF también establece la necesidad de contar con la previa autorización del Protectorado.

En cuanto a las causas de extinción de la Fundación, el art. 29 ALF mantiene la enumeración formulada por el art. 31 LF, si bien crea una letra f) conforme a la cual la Fundación quedará extinguida cuando no haya dado cumplimiento a sus obligaciones de presentación de Cuentas Anuales o de planes de actuación durante, al menos, tres ejercicios continuados. Con ello se pretende garantizar el cumplimiento de las obligaciones contables y ejercitar un mayor control sobre las Fundaciones tendente a identificar y erradicar cualquier indicio de fraude.

3. Sobre la modificación del régimen patrimonial –especialmente, en lo relativo a la Dotación Fundacional– y de actividad de la Fundación, pueden distinguirse diferentes campos en los que acontecen novedades legislativas:

3.1. Sobre la Dotación Fundacional.

En relación a la capacidad de las personas físicas para disponer gratuitamente de la Dotación, el art. 8.2 ALF añade la partícula “inicial” a la dicción de la LF. Ello suscita la siguiente crítica: si la prohibición de disposición se resuelve como propia únicamente de la Dotación inicial, podría pensarse que no es exigible la capacidad aludida en el precepto para disponer gratuitamente de la Dotación una vez constituida la Fundación o de aquella parte de la Dotación que fuere eventualmente aportada tras la constitución. Lógicamente, ello se opone al principio civil de indisponibilidad de los bienes y derechos por quien carece de capacidad, pero es igualmente evidente que la modificación introducida por el ALF infunde una crítica que la LF resuelve aludiendo a la imposibilidad de disponer de la totalidad de la Dotación y a lo largo de toda la vida de la Fundación.

En su art. 12.1, párrafo primero, como en el art. 8.2, el ALF recuerda que nos encontramos ante la Dotación “inicial”. En esta ocasión, al añadir la partícula “inicial”, el ALF clarifica el tenor del precepto, ya que, evidentemente, se alude a la Dotación aportada en el momento constitutivo. La LF señala en este mismo precepto que la Dotación debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, si bien el ALF matiza que la Dotación –inicial– deberá ser

suficiente y adecuada “para generar los recursos que garanticen” el cumplimiento de los fines fundacionales. Con ello, el ALF habilita de forma más clara que la LF la posibilidad de que las Fundaciones puedan desempeñar actividades económicas y mercantiles –dentro de unos límites– a través de las que poder financiar el desempeño de sus fines fundacionales.

En caso de que se trate de aportación no dineraria, el art. 12.1, párrafo segundo, ALF mantiene la exigencia de que se incorpore a la escritura de constitución una tasación realizada por un experto independiente, si bien queda reubicada en el párrafo primer, junto a la Dotación inicial. Parece evidente que, si el precepto enuncia que la Dotación inicial podrá consistir en bienes o derechos, y a renglón seguido marca el régimen de las aportaciones dinerarias, debe tener cabida en el mismo precepto la otra posibilidad dotacional, esto es, la constituida en especie. Desde mi punto de vista, hubiere resultado mucho más acertado, en orden a clarificar la naturaleza de la misma, regular en preceptos diferentes las reglas relativas a la Dotación dineraria y a la Dotación “in natura”.

Cuando la Dotación –sea dineraria o en especie– no alcance el mínimo aludido en el párrafo primero del art. 12, el párrafo tercero de este mismo precepto exige, como ya hace la LF, que el fundador justifique debidamente la adecuación y suficiencia de esa aportación inferior para el cumplimiento de los fines fundacionales a través del primer plan de actuación –la LF habla de “programa” de actuación–, si bien añade la obligación de aportar a aquél un estudio económico que acredite fehacientemente dichos extremos.

Entiendo que, pese a que el precepto nace con la vocación de garantizar una máxima de prudencia en la constitución de la Fundación, recaba una redacción deficiente, pues no aclara cuál debe ser el origen de dicho estudio –previsiblemente, un perito experto–, ni el contenido mínimo esencial del mismo ni tampoco las reglas interpretativas que permitirán determinar si aquella aportación menor a la legalmente cifrada podrá resultar adecuada para el cumplimiento de los fines que instrumentaron la creación de la Fundación. A la postre, ello deja al arbitrio del Protectorado –único– unas facultades que pueden abstraerse de criterios objetivos de calificación.

Cabe destacar, en relación a lo dicho sobre el tenor del art. 12.1, párrafo segundo, ALF que según el art. 12.4 del mismo texto, el Notario autorizante debe constatar la realidad de las aportaciones mediante los parámetros fijados reglamentariamente – art. 5 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre–. Este precepto refiere dicha obligación no sólo respecto de las aportaciones no dinerarias –como parece desprenderse de la redacción del art. 12.2 LF– sino también respecto de las aportaciones dinerarias, ya que ambos tipos de aportación se regulan en el precepto inmediatamente anterior.

En la línea de exigencia de que los bienes y derechos aportados en concepto de Dotación inicial sean adecuados para el cumplimiento de los fines fundacionales, el art. 12.2 ALF formula esta misma prescripción para los bienes y derechos que sean aportados tras la constitución en concepto de Dotación, estableciendo un cerco –en connivencia con el art. 12.2 ALF– sobre la idoneidad de las aportaciones dotacionales –sean iniciales o posteriores– para el cumplimiento de los fines de la Fundación.

Pero, sin duda, uno de los aspectos controvertidos, sobre los que ya he tenido ocasión de pronunciarme [“Derecho de Fundaciones: algunas reflexiones sobre la Dotación Fundacional”, con MESTRE GINER, B.: *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2014), núm. 1, pp. 217-226], es la posibilidad de disponer de los fondos dotacionales en determinadas circunstancias (art. 12.6 ALF); especialmente, para el sustento de gastos prioritarios de la Fundación. El ALF prohíbe que los bienes integrantes de la Dotación puedan abandonar el Patrimonio de la Fundación y ser destinados a cubrir los gastos de la misma.

3.2. Sobre la constitución “mortis causa”, las herencias y las donaciones de la Fundación, algunas novedades introducidas por el ALF son las siguientes:

El ALF habilita al albacea testamentario, en el marco de la constitución fundacional “mortis causa”, para la interpretación de la voluntad del testador (art. 9.4, párrafo primero, ALF). Esta facultad parece evidente a tenor de lo dicho por PINTO RUIZ, J. J. [“La figura del albacea”, *Noticias Jurídicas* (2005), diciembre]: “Cuando se dispone por el testador un albaceazgo, claramente se observa que es voluntad del testador que la herencia se realice, liquide y reparta; pero las precisiones del testador acerca del cómo, cuándo, de qué manera y contratando con quién se van a hacer las operaciones de enajenación, son escasísimas. Y es claro que dado que el testador quiere que los bienes se realicen, evidentemente quiere también que el albacea, llamado a hacerlo, puede interpretar, y hasta integrar, las cláusulas del testamento, en tanto que va a realizar cumpliendo y en acatamiento a la voluntad finalista del testador, que –repito– evidentemente quiso que el albacea, rellenara discrecionalmente lo preciso para conseguir la concreción y realidad material y efectiva de las diversas realizaciones. El testador, en fin, desconoce al testar aquellas circunstancias que tras su muerte harán más oportuna una enajenación u otra, un negocio jurídico dispositivo u otro, y espera que, atendida su finalidad, el albacea haga lo mejor según su criterio, interpretando la voluntad testamentaria. Es decir, el testador quiere que, si es menester, el albacea integre la voluntad de aquél”. Así pues, el ALF no hace más que aclarar una circunstancia que en la praxis puede resultar litigiosa, pero que, a tenor de lo dispuesto en el Derecho sucesorio, resulta de aplicación a los supuestos de constitución mediante albaceazgo.

En línea a lo anterior, cuando no hubiere sido designado albacea testamentario, el ALF exige en su art. 9.4, párrafo segundo, que el incumplimiento de la obligación de

otorgar escritura de constitución de la Fundación por los herederos se prorrogue durante, al menos, un año, a contar desde la fecha de fallecimiento del testador, para que sea el Protectorado quien quede facultado para su otorgamiento.

En cuanto a las herencias y donaciones, la LF establece en su art. 22.2 la exigencia de efectuar comunicación al Protectorado de la aceptación de legados con cargas, de donaciones onerosas o remuneratorias y de la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas, en el plazo de diez días hábiles siguientes al mismo acto de aceptación.

El ALF dispone que, además de aquellas, también la aceptación de donaciones modales ha de ser objeto de comunicación, en los términos descritos, cuando el modo “no sea el propio de las finalidades de la Fundación”, y modifica el plazo hábil para efectuar la comunicación de esta circunstancia al Protectorado, pasando de diez a treinta días.

3.3. Sobre los actos de disposición del patrimonio de la Fundación, cabe advertir las siguientes novedades:

En relación a la disposición de los bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Fundación, el art. 20 ALF elimina la tradicional denominación de “enajenación y gravamen –de los bienes y derechos fundacionales– “. De este modo, simplifica la clásica discusión sobre qué actos pueden ser clasificados como enajenación o gravamen, si bien ello podría generar una limitación excesiva de los negocios suscritos sobre el patrimonio fundacional.

Cualquier acto jurídico concebido sobre bienes o derechos integrantes de la Dotación Fundacional, sea cual sea su origen y su causa, se encuentra sometido a previa autorización del Protectorado –como ya prevé la LF en su art. 21.1–, que deberá ser concedida o denegada por éste en el plazo de treinta días a contar desde la presentación de la solicitud.

No obstante, el ALF advierte, en términos similares a la LF, que aquellos bienes integrantes del patrimonio de la Fundación que no formen parte de la Dotación Fundacional, tampoco podrán ser libremente disponibles por el Patronato cuando excedan del 25 por 100 del activo de la Fundación que resulte del “balance del último ejercicio”, frente al 20 por 100 del activo de la Fundación que resulte del “último balance aprobado” que exigía la LF. En caso de que los actos de disposición sobre tales bienes superen este porcentaje, será necesario efectuar una comunicación al Protectorado en el plazo de treinta días –presumiblemente hábiles, pese al silencio del ALF– desde su “formalización” –la LF exige que el cómputo de treinta días de comienzo a partir de la “realización” de los actos de disposición–.

Además de incrementar el porcentaje del activo de la Fundación significativo a efectos de la obligación de formular comunicación ante el Protectorado –pasa de un 20% a un 25%–, el ALF exige que dicho porcentaje sea expresado en los términos del balance del “último ejercicio”, esto es, del ejercicio inmediatamente anterior, y no del “último balance aprobado”, lo que implicaría la posibilidad de que la Fundación no hubiera presentado sus Cuentas Anuales de ejercicios anteriores, pudiendo comprometer un patrimonio del que daba cuenta en ejercicios contables pasados, pero no en el ejercicio inmediatamente anterior.

En relación a las actividades que la Fundación está habilitada para desarrollar, frente a la confusa redacción empleada por la LF –que habla de actividades económicas “cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias a las mismas”–, el art. 23.1 ALF afirma con claridad que las Fundaciones pueden desarrollar actividades propias, en cumplimiento de sus fines fundacionales, así como actividades mercantiles, como fuentes de financiación a través de las que llevar a cabo las primeras.

Es posible, de este modo, entender mejor la expresión utilizada por el art. 12.1 ALF cuando, en referencia a la Dotación inicial, afirma que esta ha de ser adecuada y suficiente “para generar los recursos que garanticen” el cumplimiento de los fines fundacionales.

Sobre lo que ha de entenderse por actividad propia, el art. 23.2 ALF aporta un concepto de ésta. El ALF entiende por actividad propia de la Fundación aquella orientada al cumplimiento de sus fines y no a la obtención de beneficios, con independencia de que se realice de forma gratuita u onerosa –para compensar gastos–. A renglón seguido, el párrafo tercero del mismo art. identifica la actividad mercantil como la realizada por la Fundación para la obtención de beneficios y sometida a las normas de Defensa de la Competencia, cuya actuación esté relacionada con los fines fundacionales, o sea complementaria o accesorias a éstos.

No obstante, el ALF establece algunas restricciones al ejercicio de la actividad mercantil por las Fundaciones. Así, el art. 23.6 ALF dispone que no podrá entenderse que las actividades de la Fundación se realizan en cumplimiento de los fines fundacionales cuando sean desempeñadas por sociedades mercantiles o consistan en la adquisición de participaciones de capital u otras operaciones realizadas en el mercado financiero.

Finalmente, y a tenor del párrafo séptimo del art. 23 ALF, se exceptúa a las Fundaciones Bancarias del cumplimiento de los párrafos precedentes en relación al régimen de actividades de las Fundaciones, pues éstas deberán someterse a lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

En materia de auditoría resulta importante destacar, pese a que la Exposición de Motivos no se pronuncia al respecto, la supresión que efectúa el ALF de la posibilidad que concede el art. 25.3 LF a las Fundaciones de formular Cuentas Anuales abreviadas “cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles”.

Esta es una modificación que, a mi juicio, no merece de una exhaustiva justificación en la medida en que se ha podido observar que el Legislador ha querido diferenciar claramente en que supuestos y bajo que condicionantes una Fundación puede desempeñar una actividad mercantil. En este sentido, el ALF inspira una clara separación entre el régimen jurídico de las sociedades de capital y el régimen propio de las Fundaciones, ya que en la práctica es habitual asimilar erróneamente las Fundaciones a las sociedades, y suplir las lagunas normativas de las primeras con la exhaustiva regulación de las segundas.

En contraposición, en su art. 24.6, el ALF establece la posibilidad de que las Fundaciones formulen Cuentas Anuales consolidadas cuando se encuentren en los supuestos previstos para la sociedad dominante en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio.

Otra de las medidas, en materia de auditoría, es el establecimiento de la obligación de someter a auditoría externa las cuentas de todas las Fundaciones que reciban ayudas o subvenciones, según los parámetros fijados en la Ley de Auditoría y su normativa de desarrollo (art. 24.4 ALF).

Para acabar con este bloque, cabe destacar, en el marco del procedimiento de liquidación de la Fundación –entre otras medidas de carácter procedimental–, la habilitación establecida en el art. 31.1 ALF a la autoridad judicial competente para ejercer un control de dicho procedimiento, cuya competencia corresponde al Patronato bajo la supervisión del Protectorado. Parece lógica la justificación de este control adicional, ya que se pretende que los acreedores fundacionales no se vean perjudicados en sus derechos de cobro una vez extinguida la Fundación.

Tal es esta preocupación que el art. 17.4 ALF reconoce por vez primera legitimación activa a los acreedores de la Fundación para el ejercicio de la acción de responsabilidad cuando el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

4. Sobre la adaptación de la Fundación –y los procedimientos que engloba– a las nuevas tecnologías y el empleo de medios electrónicos, cabe destacar lo siguiente:

Una de las principales medidas es la establecida en el art. 15.1 ALF, que prevé la posibilidad de que la aceptación del cargo de patrono, que tradicionalmente podía ser aceptado mediante documento público, documento privado con firma legitimada

por Notario o mediante comparecencia ante el Registro de Fundaciones, pueda llevarse a cabo mediante la utilización de medios electrónicos.

Este mismo precepto, retomando la posibilidad ya contemplada en la LF de aceptar el cargo de patrono ante el Patronato, acreditando tal aceptación el Secretario mediante certificación con firma legitimada notarialmente, añade a esta última vía la alternativa de que la certificación del Secretario sea efectuada por medios electrónicos.

En materia de auditoría, el art. 24.9 ALF contempla la posibilidad de elaborar las Cuentas Anuales y los planes de actuación mediante un procedimiento electrónico para su posterior presentación en el Registro (como, de facto, se viene realizando en las sociedades obligadas a formular cuentas ante los Registros Mercantiles).

5. Sobre la unificación de los Registros de Fundaciones a través de un Registro único de Fundaciones, cabe apuntar lo siguiente:

El art. 36.1 ALF modifica la naturaleza jurídica del Registro de Fundaciones, que pasará a depender de la Dirección de los Registros y del Notariado –por tanto, es un registro de naturaleza mercantil, como se desprende del tenor del art. 36.2, que establece que, en todo lo no regulado, dicho Registro se registrará por el “Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil”–, dónde se inscribirán todos los actos relativos a Fundaciones que desarrollen su actividad en territorio español –se suprime, de este modo, la expresión “o principalmente en el territorio de una Comunidad Autónoma”, contenida en la LF–.

Así, a lo largo del texto, puede observarse el esfuerzo del Legislador por introducir la mención de “Registro –único–”, frente a las múltiples referencias a los distintos Registros de Fundaciones existentes en la actualidad. Sirva de ejemplo el art. 7.1 ALF, que elimina de su tenor la referencia al Registro de Fundaciones “competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades”.

Además, se añade la exigencia de que el representante de la delegación de una Fundación constituida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, deba tener residencia en España. Esta aseveración ha de merecer cierta crítica por no dejar claro cuál es el objetivo fundamental del precepto. Si lo que se quiso fue exigir la residencia en España del representante de una Fundación constituida en un Estado no perteneciente al Espacio Económico Europeo, entonces la referencia a la Unión Europea parece baladí, ya que no es posible hallarse dentro de aquél sin ser país comunitario.

En relación a la indisponibilidad de la Dotación Fundacional, el art. 19.2, párrafo segundo, ALF crea un mandato a los Registros de Fundaciones, conforme al cual sobre aquellos bienes que sean dotacionales se practicará una anotación registral

preventiva de la prohibición de disponer de los mismos sin previa autorización del Protectorado.

Como parece producirse a lo largo de todo el texto, el ALF incurre en el error de instaurar con carácter general un único Registro de Fundaciones y generar en su tenor nuevas obligaciones referidas a los “registros públicos correspondientes”, entre los que inevitablemente se encuentran los Registros de Fundaciones autonómicos, cuya existencia pretende ser erradicada, según reza, entre otros, la Exposición de Motivos del ALF.

6. Sobre la unificación de los Protectorados, a través del establecimiento de un único Protectorado en el ámbito de la Administración General del Estado, pueden ser destacados los siguientes aspectos:

El ALF, a través de su art. 32.1 establece una definición más completa del Protectorado que la aportada por el art. 34 LF, distinguiéndolo como el órgano de la Administración que vela por el cumplimiento de los fines fundacionales, instrumentados por la voluntad del fundador.

En su art. 32.2, el ALF habla de un único Protectorado como órgano de la Administración General del Estado, que será desarrollado reglamentariamente. Al mismo le otorga, además de las funciones ya previstas en el art. 35 LF, el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos establecidos en el mismo texto.

En cuanto a los actos que se han de suscitar ante el Protectorado, ha de destacarse que el art. 24.5 ALF elimina la obligación de presentar las Cuentas Anuales, una vez aprobadas por el Patronato, ante el Protectorado, estableciendo la obligación de presentarlas ante el Registro de Fundaciones dentro de los quince días hábiles –y no diez días hábiles, como prevé el art. 25.7 LF– siguientes a su aprobación.

Del mismo modo que en el párrafo anterior, el art. 24.7 ALF prevé que el Patronato presente su plan de actuación en los últimos tres meses de cada ejercicio ante el Registro de Fundaciones, y no ante el Protectorado. Se produce, pues, una asunción real de las facultades que hasta el momento han ostentado los Protectorados por el Registro de Fundaciones único.

7. Sobre el fomento de las prácticas de buen gobierno, transparencia y lucha contra el fraude, podemos apuntar lo siguiente:

En cuanto a las normas de buen gobierno (cuyos principios elementales son consagrados en el art. 17 ALF), para evitar discrecionalidades, el ALF establece diferentes exigencias, especialmente en lo relativo a gobierno del Patronato, tales como el mandato establecido a las Fundaciones para la aprobación y difusión de sus

propios códigos de buen gobierno (art. 22.5 ALF), la remisión a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de incompatibilidades y conflictos de interés (art. 14.6, párrafo segundo, ALF) o la exigencia del art. 14.3, párrafo tercero, ALF, que señala que el cargo de Presidente y Secretario no podrá ser ejercido por una misma persona –ello, con el fin de garantizar la realidad de los acuerdos adoptados y el seguimiento de los procesos de elección y decisión marcados en los Estatutos de la Fundación–.

En el mismo sentido, para asegurar que la voluntad expresada por los patronos sea debidamente identificada y certificada, el art. 14.4, párrafo tercero, ALF señala que el cargo de patrono de una persona física –o jurídica, debidamente representada– es incompatible con el cargo de representante de otra persona jurídica, patrono de la misma Fundación.

A reglón seguido, el ALF señala que una persona física –que no ostente la condición de patrono de la misma Fundación– no podrá ejercer la representación de más de una misma persona jurídica en el Patronato de la Fundación.

Es indudable que el Legislador ha considerado, en el marco de la implementación de las reglas de buen gobierno, limitar las potestades de representación con el fin de que la voluntad fundacional, expresada a través de su órgano colegiado de gobierno, no ilustre, en realidad, la voluntad unilateral de alguno o algunos de los patronos.

No obstante, si aquella fue verdaderamente su intención, entiendo que el ALF, en relación a las personas físicas, debió extender la prohibición de representar a más de una persona jurídica también a otras personas físicas. Tal como está redactado el art. 14.4, párrafos tercero y cuarto, ALF es evidente que las personas físicas no pueden ejercer la representación de una persona jurídica, cuando ya ostentan el cargo de patrono, y que, cuando no recaban esta condición de patronos, tampoco podrán ejercer la representación de más de una persona jurídica. A tenor de lo expuesto, es lógico pensar que una persona física, con independencia de que ostente o no el cargo de patrono, podrá ejercer la representación de otras personas físicas, con lo que el propósito que inspira la modificación de este precepto queda igualmente frustrado.

Para garantizar la buena gestión de la institución por parte de los patronos, y en cumplimiento de lo dispuesto por la normativa sobre transparencia, habiendo fijado la gratuidad del cargo de patrono (art. 14.6, párrafo primero, ALF), se subordina a “previa autorización o comunicación al Protectorado”, y en los supuestos legal y reglamentariamente establecidos, la posibilidad de fijar una retribución – con independencia del derecho de los patronos a ser reembolsados por los gastos que el ejercicio del cargo les ocasione– (art. 14.6, párrafo tercero, ALF).

Nuevamente, entiendo errónea la configuración que el ALF hace de la retribución del cargo de patrono. La LF establece en el párrafo segundo de su art. 15.4 la necesidad de someter “a previa autorización” del Protectorado la fijación de retribución por el ejercicio del cargo de patrono. No obstante, el ALF señala que

dicha retribución será objeto de “previa autorización o comunicación” al Protectorado. Esta redacción dada por el precepto abre una vía para que los patronos puedan establecer para sí mismos determinadas remuneraciones –que pueden no adecuarse al principio genérico de gratuidad del cargo– mediante una mera comunicación al Protectorado, ya que esta alternativa no requiere el control de fondo que subyace en la previa autorización.

Para el caso de que no se vea respetado el mínimo de tres patronos previsto en el art. 14.3 ALF, el art. 15.2 ALF faculta al Protectorado para la designación de la persona o personas que deban integrar provisionalmente dicho órgano –a propuesta de los otros miembros del Patronato, del fundador o fundadores–, con la finalidad de no interrumpir la actividad fundacional en tanto que se designe un nuevo o nuevos patronos, de acuerdo con los mecanismos previstos en los Estatutos.

Si en el plazo de tres meses –desde que dicha circunstancia fue comunicada al Patronato por el Protectorado– ni los miembros del Patronato ni los fundadores propusieran al Protectorado la designación de tales patronos, el Protectorado designará directamente a los mismos.

En el marco de las causas de cese de los patronos de la Fundación, el ALF elimina la posibilidad prevista en el art. 18.2, letra f), LF de que el patrono cese en su cargo por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, ya que, a través de la nueva regulación del procedimiento de constitución previsto en el art. 13 ALF (concretamente, en su apartado tercero), otorgada la escritura pública de constitución, “el Notario, en el mes siguiente al otorgamiento, remitirá por vía electrónica una copia simple de la misma al Protectorado e instará la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones”.

En contraposición, este mismo precepto establece la prohibición de cesar a uno de los patronos por acuerdo unilateral del fundador o del resto de los miembros del Patronato –fuera, lógicamente, de los supuestos previamente enumerados–.

Otra de las medidas clave para garantizar la transparencia y evitar las prácticas fraudulentas, es la establecida en el art. 22.4 ALF, que genera la obligación de las Fundaciones de crear una página web.

Asimismo, el art. 24.11 ALF establece la exigencia de remitir por parte del Protectorado al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (en adelante el “MHAP”) un listado de Fundaciones que no hayan efectuado el depósito de Cuentas Anuales. El ALF prevé que sea el Protectorado quien efectúe dicha remisión al MHAP, quien, a su vez, habrá recibido dicho listado del Registro de Fundaciones dentro del primer mes de cada año. Resulta difícil encontrar un motivo que justifique esta doble obligación de remisión, pues hubiere resultado mucho más

efectivo imponer al Registro un mandato de remisión único tanto al Protectorado como al MHAP. No obstante, entiendo que lo que el Legislador pretende es que el Protectorado disponga de toda la información necesaria como órgano ejerciente de la potestad de control y sancionadora de las Fundaciones que incumplan sus obligaciones contables –y de distinta naturaleza–.

Como señala la LF en su art. 28, en términos similares a lo dispuesto en el art. 26.1 ALF, la Fundación podrá celebrar contratos con personas a ella vinculadas. Tienen esta especial consideración las personas enumeradas en el párrafo quinto del mismo precepto.

No obstante, dicha contratación deberá contar con la autorización del Protectorado –pese al silencio del ALF, presumiblemente, con carácter previo a la formalización del negocio jurídico–, cuando la cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que se pretendan llevar a cabo –y, por tanto, previstas en su plan de actuación, presentado ante el Registro de Fundaciones tres meses antes de la finalización del ejercicio anterior– supere los 18.000 euros o, al menos, el 25% del volumen anual de ingresos totales de la Fundación que consten en las Cuentas Anuales correspondientes al último ejercicio.

Aquellos actos que no superen dichos límites son sustraídos por el ALF del régimen de previa autorización y resultan sometidos a comunicación al Protectorado en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la “realización” –de tal contratación–. A mi juicio, hubiera sido más acertado optar también aquí por el término “formalización”, pues el negocio jurídico pudo formalizarse previamente y realizarse –esto es, llevarse a término– mucho después.

Finalmente, el ALF establece una enumeración –que se advierte poco exhaustiva– de los supuestos en los que el Protectorado podrá denegar la autorización, como son, por ejemplo, el encubrimiento de una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono sin observar las formalidades previstas en el mismo texto.

8. Introducción de un régimen sancionador propio a través de la tipificación de infracciones y correlativas sanciones.

Realizar un análisis detallado del régimen sancionador propio de las Fundaciones previsto en el ALF excede de la finalidad sintética que se pretende en este estudio, por lo que no se abordará en mayor profundidad.

9. Sobre el régimen jurídico de las Fundaciones del Sector Público estatal, es necesario señalar que la Disposición Adicional 11ª ALF establece un mandato para que en un plazo no superior a un año sea el Gobierno quien revise y actualice su régimen jurídico, manteniéndose éste, a priori, en el mismo texto de la LF.

10. Finalmente, se suprime el Consejo Superior de Fundaciones, órgano consultivo encargado, entre otras, de asesorar sobre cualquier disposición normativa estatal en materia de Fundaciones y efectuar las observaciones que entienda oportunas sobre aquellas.

LEY ESPAÑOLA 12/2013, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA
MEJORAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA CADENA ALIMENTARIA

THE SPANISH ACT 12/2013, OF AUGUST 2, ON MEASURES FOR
IMPROVING THE FUNCTIONING OF THE FOOD SUPPLY CHAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 663-676.

Fecha entrega: 04/07/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ANDREA MOYA LATORRE
Abogada Asociada al Área de Derecho Mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves
Pereira en Valencia
andreamoyalatorre@gmail.com

RESUMEN: El pasado 3 de enero de 2014 entró en vigor la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, con el objetivo de reequilibrar las relaciones entre los distintos operadores del sector agroalimentario. Esta ley obliga a los operadores a cumplir con una serie de medidas en materia contractual, tales como formalizar los contratos por escrito e incorporar un contenido obligatorio mínimo en esos contratos (destacando la obligada determinación del precio), así como a evitar una serie de prácticas que esta ley califica de abusivas. La ley también prevé la posibilidad para los operadores de adherirse voluntariamente a un código de buenas prácticas en sus relaciones comerciales con otros operadores de la cadena. El incumplimiento de las medidas obligatorias de la ley es susceptible de ser sancionado con multas de importante cuantía así como con la publicidad de la infracción cometida y del infractor. Además, se crea la Agencia de Información y Control Alimentarios, con relevantes funciones controladoras, entre las cuales se incluye la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento sancionador. Se prevé asimismo la obligación de que la Administración guarde secreto sobre la información a la que tenga acceso en el marco de sus funciones controladoras y así tratar de incentivar también las denuncias anónimas por infracciones de otros operadores. El objetivo es claro: reequilibrar el sector agroalimentario; habrá que ver, con el tiempo, si las medidas que plantea la ley resultan adecuadas para conseguirlo.

PALABRAS CLAVE: Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, reequilibrio del sector agroalimentario, obligaciones contractuales, prácticas abusivas, catálogo de infracciones y sanciones, publicidad de las sanciones, códigos de buenas prácticas, Agencia de Información y Control Alimentarios, ley pionera.

ABSTRACT: On January 3, 2014, Spanish Act 12/2013, of August 2, on measures for improving the functioning of the food supply chain, came into force. This act aims to re-stabilize relationships between operators in the food sector. It forces operators (i) to fulfill specific contractual obligations like entering into written contracts and including specific obligatory contents in them (particularly, the determination of the price), and (ii) to avoid several practices that the law considers abusive. The act also enables operators to voluntarily subscribe to a code of good practices in their relationships with other operators of the food supply chain. Infringement of the obligatory measures of the law can result in substantial fines and in the public administration publishing offenses committed

and the name of the offenders. Moreover, the act provides the constitution of the Agency for Food Information and Control (*Agencia de Información y Control Alimentarios*), which has significant supervisory authority, such as initiating sanctioning procedures *ex officio*. Likewise, the act provides that the public administration must treat as confidential any information it has access to during its supervisory activities, thus also trying to encourage operators to anonymously denounce other operators' infringements. The purpose of the act is clear: re-stabilize the food sector; we will have to wait and see if the act is adequate to achieve said purpose.

KEY WORDS: Spanish Act 12/2013, of August 2, on measures for improving the functioning of the food supply chain, re-stabilizing the food sector, contractual obligations, abusive practices, catalogue of infringements and sanctions, code of good practices, Agency for Food Information and Control, pioneering law.

1. El 3 de enero de 2014 entró en vigor la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (la “Ley de la Cadena Alimentaria” o la “Ley”). La otra principal novedad legislativa en el sector la constituye la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario, ya en vigor desde el 23 de agosto de 2013 y cuyos trámites parlamentarios discurrieron en paralelo a los de la Ley de la Cadena Alimentaria. Ambas leyes han nacido con la vocación de paliar los desequilibrios existentes entre los distintos operadores del sector agroalimentario y así redundar, en último término, en la mejora de la competitividad global de dicho sector, que es uno de los principales motores de la economía española. Así, como señala la exposición de motivos de la Ley de la Cadena Alimentaria, el sector de los productores agrarios se caracteriza principalmente por estar constituido por empresas en su gran mayoría de pequeño tamaño, por la rigidez de la demanda, por la atomización de la oferta y por la dispersión territorial. Los grandes distribuidores minoristas, por su parte, concentran la demanda de los distintos puntos de venta y esto les otorga un gran poder de negociación frente a los proveedores. Por su parte, las asociaciones y, en especial, las cooperativas agrarias españolas son fundamentales para el impulso del sector agroalimentario español: contribuyen a la vertebración del territorio, dan continuidad a la actividad agraria, fomentan el empleo rural y favorecen en último término, por tanto, la viabilidad y sostenibilidad de las zonas rurales españolas. No obstante, en consonancia con la atomización y visión localista del sector de la producción agrícola, el sector de las asociaciones y cooperativas agrarias también se caracteriza por su fuerte atomización y localización, lo que conlleva que dichas entidades no vean rentabilizados sus esfuerzos e inversiones. Para hacer frente a los referidos desequilibrios del sector, que redundan en unas prácticas comerciales potencialmente desleales, la Ley de la Cadena Alimentaria propone, como aspecto

principal, una serie de medidas imperativas, que veremos a continuación, y que tienen una fuerte repercusión en la libertad contractual entre los operadores de la cadena alimentaria.

Por su lado, la apuesta de la ley de fomento de la integración de cooperativas para lograr el reequilibrio en las relaciones de los operadores del sector consiste en incentivar el redimensionamiento de las entidades asociativas, a través de la integración en entidades de mayor envergadura (principalmente en la figura de la “Entidad Asociativa Prioritaria”, cuyos requisitos se han desarrollado ya reglamentariamente por el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, en vigor desde el pasado día 17 de octubre de 2014), y así reforzar la capacidad comercializadora de sus componentes; y ello a través de la previsión de una serie de ayudas y subvenciones a aquellas entidades que lleven a cabo la referida integración en un ente de mayor dimensión. Si bien la ley de fomento de la integración de cooperativas no va a ser objeto de análisis en la presente nota, entendemos importante al menos habernos referido a las medidas que plantea esta otra apuesta legislativa, por entenderlas complementarias a las de la Ley de la Cadena Alimentaria, en una visión de conjunto de las novedades legislativas en el sector agroalimentario.

A continuación exponemos los principales aspectos de la Ley de la Cadena Alimentaria. Antes de ello, apuntar que esta Ley es fruto de un consenso entre bastantes partes (los representantes de los diferentes operadores, varios Ministerios...) y toma asimismo en consideración la opinión crítica de la CNC en su informe de 2012 al anteproyecto de la Ley, que considera que el excesivo intervencionismo público que propone el texto legislativo constituye un riesgo para la libre competencia, y ello pese a que fue el informe de la propia Comisión, de 2011, sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector agroalimentario, que ponía de manifiesto las prácticas en el sector que redundan en los referidos desequilibrios, el que constituyó el punto de partida de la iniciativa legislativa. Así pues, fruto del referido consenso entre distintas partes, el texto legislativo deja entrever las concesiones que se ha tenido que hacer a favor de unos y de otros, y que no llega a posicionarse claramente a favor de ninguna parte, como si de un contrato se tratara. Este apunte facilitará el entendimiento de la motivación que subyace a algunas de las medidas planteadas por la Ley.

2. El ámbito material de aplicación de la Ley, regulado en su art. 2 es el de las relaciones comerciales que se producen entre los operadores que intervienen en la cadena alimentaria, desde la producción, pasando por la industria transformadora, hasta la distribución. También quedan abarcadas las operaciones comerciales que se realicen entre operadores de la cadena alimentaria en los procesos de envasado, transformación o acopio para su posterior comercialización, así como las compras de animales vivos, piensos y todas las materias primas e ingredientes utilizados para

la alimentación animal. Por el contrario, no tienen la consideración de relaciones comerciales y por tanto quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las entregas de producto a cooperativas agrarias y otras entidades asociativas, por parte de los socios de las mismas, siempre que por previsión de los estatutos de la entidad correspondiente vengan obligados a la realización de dicha entrega. Asimismo, tampoco quedan abarcadas por el ámbito de aplicación de la Ley las actividades de transporte y de la hostelería y la restauración, como se deriva de la definición de “cadena alimentaria” contenida en el art. 5 a) de la Ley. También quedan excluidas en general las relaciones con consumidores por no ser considerados éstos “operadores de la cadena alimentaria” a efectos del art. 5 c) de la Ley.

La Ley no se refiere en cambio a su ámbito espacial de aplicación, como ocurre también en otras importantes regulaciones como la legislación anti-morosidad en las operaciones comerciales. Por tanto, no está previsto qué sucede cuando se aplica una ley distinta a la española a un contrato entre un operador español y un operador extranjero, o cuando no hay ley pactada en el contrato entre estos operadores. Es por ello que, por el momento, se ha de acudir a las normas generales de derecho internacional privado para saber qué ley será de aplicación. Así, de acuerdo con el Reglamento Europeo “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, es posible que una relación esté sujeta a derecho extranjero, porque, o bien así lo han decidido las partes contratantes, o porque, a falta de determinación de la legislación aplicable al contrato, los elementos del mismo conllevan a que la ley que resulte de aplicación sea la extranjera. De esta forma, es muy probable que un gran número de exportaciones o importaciones queden sujetas a derecho extranjero y no les resulten de aplicación las obligaciones que impone el texto legal objeto de este análisis, cuyo incumplimiento no resultaría por tanto tampoco sancionable en esos casos. En el caso de que resultara otra ley aplicable al contrato, sólo cabría interpretar que la ley aplicable es la española si la misma se considerara “ley policía” del ordenamiento español de acuerdo con el art. 9 del referido Reglamento Roma I. Si bien a primera vista no parece que las normas contenidas puedan ser consideradas como leyes policía, entendida tal una “norma cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica” ello tampoco es del todo descartable si tomamos en consideración que cabe una interpretación más amplia de la consideración de ley policía desde la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 (C-184/12). Ello lleva a plantearse que las normas anti-morosidad españolas, que, como decíamos, también omiten la referencia a su ámbito material de aplicación, podrían llegar a ser consideradas como ley policía. Del mismo modo no es descartable por tanto que pudiera llegar a entenderse como tal a la Ley de la Cadena Alimentaria. Como se puede observar, la omisión al ámbito espacial de aplicación de esta Ley genera una duda interpretativa de gran calado.

3. El capítulo I del Título II de la Ley (arts. 8 a 11) regula una serie de obligaciones en materia de contratación agroalimentaria, cuyo incumplimiento es sancionable, para tratar de aportar mayor seguridad jurídica y prevenir abusos de poder en la contratación del sector agroalimentario.

En primer lugar, la Ley establece la obligación de formalizar los contratos alimentarios, que el art. 5 f) define como aquellos en los que una de las partes se obliga frente a la otra a la venta de productos alimentarios, por un precio cierto, bien se trate de una compraventa o de un suministro de forma continuada, por escrito (antes del comienzo de las prestaciones respectivas), y ello salvo que el pago del precio se realice al contado contra la entrega de los productos alimenticios (art. 8). En ese último caso, no es necesario suscribir un contrato y solo existe la obligación de que las partes se identifiquen como operadores y documenten las relaciones comerciales mediante la correspondiente factura. Matizar en este punto, como establece la Ley, que, en cualquier caso, para los contratos que se han de formalizar necesariamente por escrito, en el caso de que no se cumpla dicha obligación, el contrato existe y es válido, en consonancia con las normas básicas del derecho civil de contratos, si bien el incumplimiento de dicha obligación es sancionable. Ello supone por tanto, que la formalización del contrato cumple una función probatoria para la posible exigencia de responsabilidades por infracciones.

La segunda novedad es que se establece el contenido mínimo que han de tener los contratos y del que resaltamos a) la obligada mención del precio del contrato, con expresa indicación de todos los pagos (incluidos los descuentos aplicables), que se determinará en cuantía fija o variable, matizando el texto legal que, si el precio es variable, el criterio para determinarlo se determinará únicamente en función de factores objetivos, verificables, no manipulables y expresamente establecidos en el contrato, tales como la evolución de la situación del mercado, el volumen entregado y la calidad o composición del producto; b) las condiciones de pago; y c) la información que debe suministrarse las partes (que es la información comercial sensible a la que posteriormente haremos referencia en el apartado relativo a las prácticas comerciales abusivas).

Se introduce por otro lado, en el art. 10, un apartado relativo a las condiciones de las subastas electrónicas. Se regula expresamente la posibilidad de que los operadores celebren subastas electrónicas, sujetas a las normas de la sociedad de la información, y se establecen una serie de pautas generales para dichas subastas, como, por ejemplo, que los organizadores de las mismas habrán de hacer públicas las condiciones generales de acceso, los posibles costes de participación y los mecanismos de adjudicación.

La última de las obligaciones introducidas en materia contractual es la de la conservación de documentos durante un periodo de dos años, incluyendo toda la

correspondencia, documentación y justificante de la contratación (soporte papel o electrónico) y archivo documental de las subastas realizadas (art. 11).

Las obligaciones en materia contractual que acabamos de exponer no se aplican a todas las relaciones comerciales entre operadores abarcadas por el ámbito la Ley, expuesto en el apartado 2 anterior, sino solo a aquellas que cumplan los siguientes requisitos, que establece el art. 2.3 de la Ley: que se trate de transacciones comerciales cuyo valor sea superior a 2.500€ y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones, que la Ley califica de “desequilibrio”. Estas situaciones son las siguientes: a) que uno de los operadores sea una Pyme y el otro no; b) que, en el caso de comercialización de productos agrarios no transformados, percederos e insumos alimentarios, uno de los operadores tenga la condición de productor primario y el otro no; y c) que uno de los operadores tenga una situación de dependencia económica respecto del otro (entendiendo por tal dependencia que la facturación del producto de aquél respecto de este sea al menos un 30% de la facturación del producto del primero en el año precedente). Existe una excepción a esta limitación de encontrarse en situación de desequilibrio y es en el caso de compraventa a futuro o con precio diferido. El art. 2.4, que no se encontraba en la redacción inicial del proyecto de la Ley, dice, pues, que será obligatoria la formalización por escrito (insistimos en que ello independientemente de si los operadores que son parte de la transacción se encuentran en situación de desequilibrio o no), en caso de operaciones de compraventa a futuro o con precio diferido, excepto en aquellos casos en que con carácter previo se pueda estimar que el precio del contrato será en todo caso inferior a 2.500€. Este artículo está pensando en las conocidas como “ventas a resultas”, que es una práctica muy extendida en el sector agroalimentario. Se trata de aquellas operaciones en que el vendedor entrega la mercancía a un comprador sin que el precio por ella les sea abonado en ese momento ni incluso conocerlo, asumiendo por tanto el vendedor el riesgo del precio de la cosecha. En un claro ejemplo del consenso a que hacíamos referencia en el apartado 1 anterior, la Ley ha querido con este artículo que todas las relaciones contractuales, sin más excepción que la de que la cuantía de la transacción supere los 2.500€, queden sujetas a esta obligación de formalización por escrito, lo que es un paso para controlar la práctica de la venta a resultas, pero sin llegar a prohibirla, que es lo que hubieran preferido los representantes de los productores.

Por último, hay que tener en cuenta que la Ley se aplica a los contratos perfeccionados con posterioridad a su entrada en vigor, es decir al 3 de enero de 2014, pero también a las renovaciones, prórrogas y novaciones de contratos perfeccionados anteriormente, cuyos efectos se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria primera).

4. El capítulo II del Título I (arts. 12 a 14) de la Ley se refiere a las prácticas comerciales que se consideran abusivas. El ámbito de aplicación de este capítulo es el de la Ley en general, sin excepciones.

En primer lugar, en el art. 12.1, se prohíben las modificaciones de las condiciones contractuales establecidas en el contrato, salvo que se realicen por mutuo acuerdo de las partes. Y el siguiente párrafo dice que los contratos deberán contener las cláusulas en las que se prevea el procedimiento para su posible modificación y, en su caso, para la determinación de la eficacia retroactiva. Con la segunda frase del artículo, parece que resulta posible dejar al arbitrio de una de las partes las modificaciones contractuales, siempre que el mecanismo de modificación se haya previsto de mutuo acuerdo en el contrato. No obstante, en una interpretación precavida de la Ley, que es la aconsejable en relación con este tipo de leyes, habría que entender que cualquier mecanismo de modificación que se prevea en el contrato no solo debería pactarse de mutuo acuerdo sino que debería conllevar en todo caso que cualquier modificación requiera la efectiva conformidad de ambas partes.

En segundo lugar, el art. 12.2, en una cláusula de redacción especialmente “densa”, prohíbe “los pagos adicionales, sobre el precio pactado, salvo que se refieran al riesgo razonable de referenciación de un nuevo producto o a la financiación parcial de una promoción comercial de un producto reflejada en el precio unitario de venta al público y hayan sido pactados e incluidos expresamente en el correspondiente contrato formalizado por escrito, junto con la descripción de las contraprestaciones a las que dichos pagos estén asociados”. Este artículo está pensado para evitar la práctica según la cual los proveedores entregan un producto al distribuidor y al final de la campaña se aplica un descuento no previsto o similar, de modo que el productor tiene que hacer un pago por la diferencia que supone este descuento o por la financiación de promociones del distribuidor.

El art. 13 establece los límites que ha de tener la entrega de información sensible entre los contratantes. En concreto, el artículo dice que en los contratos alimentarios deberá concretarse por escrito, como ya se apuntaba en el apartado 3 anterior en cuanto al contenido mínimo requerido en los contratos, la información que las partes deban suministrarse para el efectivo cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales, así como el plazo de entrega, y estableciendo que la información deberá ser en todo caso proporcionada y estar justificada en razones objetivas relacionadas con el objeto del contrato (sin perjuicio, claro está, de la aplicación de las normas en materia de defensa de la competencia). El artículo continúa diciendo que, en relación con la información comercial sensible, un operador no podrá exigir al otro información sobre sus productos más allá de la que resulte justificada en el contexto de la relación comercial y la información obtenida sólo podrá destinarse a los fines para los que fue facilitada. Por último, se establece que los operadores no podrán exigirse ni desvelar información sensible de otros

operadores. El fin que persigue este artículo es reforzar, mediante el establecimiento de la acotación de los límites dentro de los cuales se puede tener acceso a la información sensible, la prevención de infracciones de la normativa de defensa de la competencia promovidas por el hecho de que los grandes distribuidores, con el elevado grado de concentración que tienen y las importantes barreras de entrada que existen, tengan acceso a documentos que les faciliten los proveedores sobre otros distribuidores.

La siguiente práctica comercial desleal a que hace referencia la Ley, en su art. 14, es la relacionada con la gestión indebida de las marcas de los operadores, con la intención subyacente de atacar la problemática que radica en el hecho de que las grandes empresas de distribución compaginan la venta de productos con marca de fabricante con los que llevan la marca del distribuidor, pudiendo decidir a qué precio venden cada producto. Este artículo, no obstante, se limita a establecer que no se podrán realizar actos prohibidos en las leyes de competencia desleal, de defensa de la competencia y de publicidad. Además, a diferencia de las prácticas comerciales abusivas referidas en los tres párrafos anteriores (arts. 12 y 13), la práctica abusiva relacionada con la gestión de marcas no es susceptible de ser sancionable, por lo que la conducta abusiva en cuestión sólo será sancionable en la medida en que lo sea de acuerdo con las normas a las que se remite el propio artículo.

5. El Título III de la Ley (arts. 15 a 18) está dedicado a aquello a lo que se conoce con el término de “autorregulación”. Pues bien, se prevé que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (“MAGRAMA”) junto otras organizaciones y administraciones de ámbito supra-autonómico, acuerden un “Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria”, que detalle las prácticas tendentes a fomentar relaciones justas, equilibradas y leales en la cadena alimentaria. El objetivo es promover un código de aplicación uniforme en todo el territorio del Estado. La adhesión al Código de buenas prácticas mercantiles será voluntaria por parte de los operadores, si bien, desde la adhesión al Código, los operadores estarán obligados a que sus relaciones comerciales se ajusten a las reglas del mismo y a la utilización de los sistemas de resolución de conflictos previstos. El contenido que habrá de tener el Código se detalla en el art. 16. Por otro lado, de acuerdo con el art. 17, se crea en el MAGRAMA el Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria, para dar publicidad a los operadores que se adhieran al referido código. Se prevé por último, en el art. 18, la creación de otros códigos de buenas prácticas con mayor nivel de exigencia para los operadores que los suscriban que el que se deriva del Código de Buenas Prácticas Mercantiles en la Contratación Alimentaria, dejándose para el desarrollo reglamentario de la Ley, el procedimiento y los requisitos que habrán de reunir estos otros códigos de buenas prácticas.

6. En el Título V de la Ley (arts. 22 a 26) se regula el régimen sancionador, al que ya hemos venido haciendo referencia en otros apartados, apuntando algunas conductas sancionables, y que convive, como podemos ver, con las medidas autorregulatorias anteriormente expuestas. Este título establece un catálogo de infracciones, que se dividen en leves, graves y muy graves, y de sanciones a dichas infracciones, así como la graduación de dichas sanciones.

Las infracciones leves, entre las que se encuentra la falta de formalización por escrito del contrato o la suscripción del mismo sin el contenido mínimo que exige la Ley, son sancionables con multa de hasta 3.000€; las infracciones graves, consistentes en la reincidencia en la comisión de infracciones leves y el incumplimiento de los plazos de pago en el sector agroalimentario, con multa de entre 3.001€ y 100.000€; y las infracciones muy graves, consistentes en la reincidencia en la comisión de infracciones graves, con multa de entre 100.001€ y 1.000.000€, y una posible sanción accesoria, consistente en la publicidad de la propia sanción incluyendo la de la infracción cometida y el nombre de los infractores, lo que obviamente puede resultar un importante revulsivo a la comisión de la infracción por afectar directamente a la reputación de las empresas. Las sanciones se graduarán en función de la intencionalidad o la naturaleza del perjuicio causado.

Destacamos de este apartado, como ya mencionábamos, que el incumplimiento de los plazos máximos de pago en el sector agroalimentario se tipifica como una infracción grave. En concreto, el artículo tipifica como infracción el incumplimiento de los plazos máximos que se establecen en la disposición adicional primera de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Estos plazos máximos de pago, que no podrán ser superados por pacto, son de 30 días en el caso de productos alimenticios frescos y perecederos, y de 60 días, en el caso de los alimentos no frescos ni perecederos, ambos plazos a contar desde la fecha de entrega de las mercancías. Esta nueva tipificación del incumplimiento de los plazos de pago en la cadena alimentaria tiene las siguientes consecuencias: a) pasan a sancionarse incumplimientos de los plazos máximos de pago que hasta ahora sólo tenía las consecuencias civiles previstas en la legislación antimorosidad (fundamentalmente la posibilidad de exigir intereses al acreedor al deudor), y ello en aquellas relaciones no cubiertas por el ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (“LOCM”) – y que por tanto no serían sancionables conforme a dicha ley-, que son las entregas a la industria transformadora y a los comerciantes mayoristas; y b) para las relaciones que sí que quedaban abarcadas por el ámbito de aplicación de la LOCM (ventas a distribuidores minoristas) y que ya se sancionaban en base a la LOCM, queda en principio derogado tácitamente dicho régimen sancionador (Título IV de la LOCM), siempre que se trate de un incumplimiento en el marco de una relación contractual que quede dentro del ámbito de aplicación de la Ley de la Cadena Alimentaria. Ello

supone un incremento considerable de la sanción máxima del incumplimiento de los plazos de pago puesto que ahora es de hasta 100.000€, frente a los 30.000€ de máximo que se establecían en la LOCM.

Por último, y muy relevante en relación con este apartado referente al régimen sancionador, es que se establece la presunción de que el autor de la infracción de no formalizar por escrito el contrato o no incluir el contenido mínimo en el contrato es el operador que no tenga condición de PYME ni de productor primario, ni se halle en situación de dependencia económica respecto del otro (es decir, la parte “fuerte” del contrato), salvo prueba en contrario. Es por tanto este operador quien tiene la carga de probar en su caso que no existe tal incumplimiento.

7. Otros aspectos relevantes que introduce la Ley son los siguientes:

Se crea el Observatorio de la Cadena Alimentaria (en sustitución del existente Observatorio de Precios), con las funciones, entre otras, de seguimiento, asesoramiento, consulta, información y estudio del funcionamiento de la cadena alimentaria y de los precios de los alimentos (Título IV de la Ley).

Por último, y en lo que constituye a nuestro juicio una de las novedades más relevantes de esta Ley por la repercusión que puede tener en la práctica de los operadores de la cadena alimentaria, resaltar que se modifica, de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley, la Agencia para el Aceite de Oliva, que pasa a llamarse Agencia de Información y Control Alimentarios (“AICA”), con la función principal de control del cumplimiento de lo dispuesto en la nueva Ley, incluyendo funciones que ya tenía la anterior Agencia y otras nuevas funciones, que refuerzan mucho a esta entidad como órgano de control. Entre estas nuevas funciones destaca la de la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento sancionador por las irregularidades que la AICA observe en el ejercicio de sus funciones. Tras la correspondiente instrucción, la AICA podrá incluso proponer a la autoridad competente la resolución que proceda o incluso formular denuncia ante la CNC (ahora, la CNMC). También se prevé la obligación de guardar secreto sobre informaciones confidenciales a los que la Administración haya tenido acceso en el marco de sus actividades de control, para incentivar de esta forma las denuncias anónimas a posibles incumplimientos de la Ley. Apuntar también que desde el 1 de mayo de 2014 está en vigor el Real Decreto 227/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Información y Control Alimentarios, que establece las disposiciones estatutarias por las que se regirá la organización y el funcionamiento para el ejercicio de las funciones que la Ley prevé para la AICA.

8. En conclusión, se puede afirmar que, con el objetivo de lograr el reequilibrio en el sector agroalimentario, la Ley de la Cadena Alimentaria propone un modelo novedoso, que trata de a) aglutinar en un solo texto (o en dos si abarcamos los incentivos al redimensionamiento que plantea la ley de fomento de la integración de cooperativas) todas las medidas que proporciona nuestro ordenamiento para servir a este fin, y b) reforzar dichas medidas con un régimen sancionador a prácticas cuyas consecuencias permanecían hasta el momento, en términos generales, en el ámbito puramente civil (por ejemplo, con las acciones que recoge la ley de competencia desleal), combinado con unas medidas autorregulatorias. España ha sido pionera con esta Ley para el sector agroalimentario, habiéndose anticipado no sólo a otros países, sino incluso a una regulación en la Unión Europea, que está por llegar en respuesta a las diferentes iniciativas que se vienen gestando a ese nivel para abordar unos desequilibrios en el sector que también se replican a escala europea.

Como no puede ser de otra manera tratándose de una ley general de estas características, se han planteado ya las primeras dudas interpretativas, cuya resolución resulta trascendental para la implementación por los operadores en la práctica diaria y por las consecuencias que se prevén por los incumplimientos a la Ley. Ya hemos apuntado algunas a lo largo de esta nota. Otras dudas que se plantean son, por ejemplo, a) si los contratos de franquicia relacionados con suministros de productos alimentarios también entrarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley, pese a no estar incluidos expresamente; b) qué se considera exactamente “pago al contado” cuya relación contractual subyacente, como decíamos, quedaría exenta de la obligación de formalización por escrito (pensando, por ejemplo, en pagos con tarjeta); o c) si una orden de pedido efectuada con carácter posterior a la entrada en vigor de la Ley en el marco de un contrato suscrito con anterioridad a dicha entrada en vigor, se considera una novación a efectos de esta Ley que conlleva por tanto la obligación de modificar el contrato entero para adaptarlo a la Ley.

Recientemente se ha aprobado el Real Decreto, 64/2015, de 6 de febrero, por el que se desarrolla parcialmente la Ley. La redacción final del Real Decreto no resuelve, no obstante, ninguna de las dudas interpretativas relevantes. Se limita a recoger a) algunos aspectos relacionados con los códigos de buenas prácticas, como es el de la mediación y los requisitos para acceder al Registro Estatal de Buenas Prácticas Mercantiles de la Contratación Alimentaria; b) el funcionamiento y composición del Observatorio de la Cadena Alimentaria; c) algunos aspectos de los Laboratorios Agroalimentarios; y d) la modificación al Reglamento de desarrollo de la actual Ley Reguladora de las Organizaciones Interprofesionales. Por tanto, a falta de aclaración por el momento sobre determinados aspectos interpretativos y sin perjuicio del análisis caso por caso que se requiera para tratar de dar solución a cada situación concreta que se puede plantear en la práctica, los operadores deberían hacer una interpretación extensiva de la Ley e implementar las medidas que derivan de su

aplicación, incluso en aquellos supuestos dudosos, para tratar de evitar en la medida de lo posible incurrir en un incumplimiento de la Ley.

Han sido numerosas las opiniones tanto favorables, como críticas o escépticas que se vienen suscitando desde los primeros estadios de gestación de la Ley. Recordamos por ejemplo que el informe de la CNC criticaba con respecto al anteproyecto el excesivo intervencionismo público que plantea la Ley y que puede ser perjudicial para la libre competencia, y que, a nuestro juicio no ha quedado superado con el texto definitivamente aprobado. De entre todas las opiniones queremos destacar las que se preguntan, como es habitual tratándose de un texto legislativo de esta naturaleza, si la Ley va a ser efectiva para los fines que persigue.

Por lo pronto, los operadores se encuentran ahora con que la obligatoria implementación de la Ley supone un cambio radical en su práctica diaria, con los costes que ello conlleva. Por ello, entendemos que los operadores pueden sentirse tentados de no adaptarse a la Ley si no ven que el sector realmente está cambiando. Y que este cambio se lleve finalmente a cabo, va a depender, a nuestro juicio, aparte de del fomento efectivo del redimensionamiento que pueda derivar de las ayudas previstas por la ley de fomento de la integración de cooperativas, en último término, del grado real de control que ejerza la Administración para su cumplimiento. Por el momento, como se ha expuesto, se han reforzado las facultades controladoras de la AICA y se ha previsto la confidencialidad de la información de forma que se incentive a los operadores a denunciar incumplimientos. Asimismo, tal y como manifiesta el propio director de la AICA, D. José Miguel Herrero, la AICA ha aprobado por ejemplo ya planes de seguimiento de sectores específicos como el de la leche y el aceite envasado, a raíz de observar precios muy bajos en esos sectores [así lo ha afirmado en la entrevista publicada en el Diario de La Rioja (2014), núm. 40.834, p. 21]. Parece por todo ello que la imposición de sanciones por incumplimientos es inminente y que el efectivo control de la Administración no quedará en una mera declaración de intenciones. No obstante, esta suposición así como si la Ley en general será efectiva en la práctica, es una cuestión que solo el tiempo podrá confirmar.

EXAMEN DEL ESTADO REGULATORIO Y DE NEGOCIOS DE LA
TELEVISIÓN PÚBLICA VALENCIANA. RETOS PRÓXIMOS

REGULATORY REVIEW OF BUSINESS AND PUBLIC TELEVISION OF
VALENCIA. FUTURE CHALLENGES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 677-688.

Fecha entrega: 24/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

RESUMEN: Con ocasión del primer aniversario tras “el cierre de la Televisión Pública Valenciana” (29-11-2013), que venía emitiendo sus contenidos desde el 9 octubre 1989, tal vez sea un buen momento para realizar un sucinto examen sobre la situación en la que se encuentra la televisión pública en la Comunitat Valenciana. Un análisis que aborde las nuevas propuestas de televisión pública de lo que sin duda constituye no sólo un servicio público, sino más bien puede suponer un serio negocio; la situación actual del sector desde un punto de vista regulatorio y los elementos más destacados del horizonte inmediato por el que se dirige este medio de comunicación.

PALABRAS CLAVE: Radio y Televisión Valenciana, Ley General de Comunicación Audiovisual, cierre, servicio público, televisión pública.

ABSTRACT: On the occasion of the first anniversary following "the closure of the Valencian Public Broadcaster" (29-11-2013), which had been operating since the 9th October, 1989, it may be a good time to make a brief review of the current state of the public television in the Valencian Community. The aim is to analyse the proposed new public television system, which far from being simply a public service could also be thought to constitute serious business; and examine the current situation of the industry from a regulatory point of view as well as the most remarkable aspects of the new path which is following.

KEY WORDS: Valencian radio and television, Law on Audiovisual Communication Services, closure, public service, public television.

1. Ha transcurrido un año desde que se materializó la aprobación y ejecución del cierre del servicio público de radio y televisión valenciana. Es por ello, que quizá sea un buen momento para realizar un sucinto examen sobre la situación en la que se encuentra actualmente la televisión pública en la Comunitat Valenciana. Un examen, que aborde en primer lugar, la situación actual del sector desde un punto de vista regulatorio, un tema que en el sector audiovisual ha generado interesantes debates. Vistos los resultados más destacados, abordaremos seguidamente, en segundo lugar, el contexto en el que se desarrolla para comprender mejor la importancia económica del sector tras el cierre. Una vez obtenidos los datos que nos lleven a la situación vigente, resulta interesante pergeñar algunas opciones que se proponen en el seno de la Comunitat Valenciana, como sustitución al anterior servicio público, por cuanto se trata de un medio de comunicación, que pese a no ser de carácter imperativo su prestación, es fundamental en la comunidad autónoma.

2. En cuanto al marco regulatorio, desde una perspectiva general, la Constitución Española incluye entre el conjunto de derechos y libertades garantizados y reconocidos en el Título I, la configuración de los medios de comunicación como una herramienta necesaria para el desarrollo y el ejercicio de los derechos fundamentales [en este sentido, tiene cabida la STC 9/1981, 31 marzo (RA 107, 1980), cuando hace mención a que “la Constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas”, es decir en ella el Tribunal Constitucional da cuenta de la relevancia que tienen los Derechos Fundamentales y en alguna medida los medios de comunicación, a fin de mantener nuestro sistema político y democrático]. De este modo, los medios de comunicación, se constituyen como el soporte de los derechos proclamados y garantizados en el texto fundacional tales como, la libertad ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la libertad de participación (art. 23 CE). De igual forma son analizados como un instrumento de divulgación de la cultura, la educación, o el fortalecimiento de una sociedad democrática, más libre y plural. En definitiva, los medios de comunicación audiovisual se configuran como, garantes de derechos y el soporte de una serie de comunicaciones en masa de innegable valor económico y social.

Entre los derechos y libertades fundamentales, reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución, se encuentra un precepto claro en esta materia, el artículo 20 de la CE, que tiene como objeto el reconocimiento y la protección de la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones [el Tribunal Supremo en un principio dio prevalencia al ejercicio de la libertad de expresión, tales como, las Sentencias de 17 noviembre 1986 (RJ 1986, 6653); 21 febrero 1987 (RJ 1987, 605), 6 marzo 1987 (RJ 1987, 1459 y RJ 1987, 1460), 7 marzo 1987 (RJ 1987, 1461), 10 marzo 1987 (RJ 1987, 1469), 13 marzo 1987 (RJ 1987, 1488 y RJ 1987, 1489); 24 abril 1987 (RJ 1987, 3156) y 10 julio 1987 (RJ 1987, 5422)]. El citado principio reconoce y garantiza el

derecho a expresar y difundir libremente las opiniones, ideas y pensamientos, avatares sobre los que se sustenta la actuación de los medios de comunicación.

3. Sin embargo, desde una perspectiva más específica, en lo que afecta a la regulación, el sector audiovisual se encuentra en un periodo de estabilidad. La aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, viene a regular un sector que llevaba muchos años reclamando un texto uniforme y sistemático adaptado a los nuevos tiempos y a la revolución tecnológica. La disparidad legislativa producida en la configuración inicial del sector audiovisual –previa al 2010–, responde a una regulación que había quedado obsoleta y que a su vez, ya no respondía a las necesidades primarias –cada vez más precisas en la Administración–, de los operadores audiovisuales y de los propios usuarios. Cabe enfatizar, a su vez, el carácter fragmentado de la misma, por lo que su consulta se convertía en laboriosa, por la multitud de normas que afectaban a un tipo concreto de servicio audiovisual, incluso tratándose de normas de diferentes rangos, tales como leyes y reglamentos, de diversa índole.

Es por ello, que la Ley General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), vino a aportar, junto a la modificación de la misma por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, una regulación que tenía por objeto conseguir la estabilidad normativa en el sector audiovisual. Adicionalmente, aportó importantes cambios de conceptualización legal, por cuanto deja de considerar a los servicios audiovisuales como un servicio gestionado por el Estado, y pasa a calificarlos como un servicio sujeto al interés general, que se encuentra por tanto, abierto a la iniciativa privada sin perjuicio del título habilitante, que para su prestación la misma requiera.

4. Formalmente, a su vez, se produce el nacimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC). La aprobación del mismo se lleva a cabo por medio de su ley de creación, la Ley 3/2013, de 4 de junio. En este sentido, se configura como una autoridad regulatoria, también del sector audiovisual, que ha sido un imput que debemos considerar positivo en el sector. Sin embargo, puede ser objeto de cortapisa para el desarrollo de la iniciativa privada y el pluralismo, que compensa con la independencia y calidad con la que la CNMC está llevando a cabo sus funciones. Las resoluciones emitidas por la Comisión, una vez aprobadas, son publicadas, a sensu contrario de lo que ocurría cuando previamente era el Estado quien las adoptaba, lo que permite una transparencia comprometida, que informa de sus propias decisiones. Adicionalmente, lleva a cabo, tareas estadísticas, de análisis sectorial, resoluciones y actos vinculantes, que aporta claridad a la hora de conocer el modo y alcance de interpretación de los diferentes asuntos por parte de la Comisión [sobre el significado y alcance de este precepto, vid. MONTIEL ROIG, G.: “Regulación del audiovisual y neoliberalismo global: la

desaparición del CEMA”, en AA.VV.: *La nueva regulación del audiovisual: medios, derecho y libertades* (coord. BOIX PALOP, A. y VIDAL MELTRÁN, J.M.), Valencia (2014): Thomson-Aranzadi, pp. 173-192].

5. Contribuye a esta estabilidad jurídica, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 julio 2014, (en el asunto T-533,10), sobre financiación de la televisión pública, mediante una tasa aplicable a los beneficios de determinados operadores de telecomunicaciones, que enfrentó a Canal + y Telefónica contra el Estado español, resolviendo el fallo a favor de esta última, sobre la procedencia de la misma.

Sin embargo, la progresiva implantación de la Ley General de Comunicación Audiovisual, junto con la aprobación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia y el sucesivo establecimiento de un modelo desregulado, empiezan a conformar un escenario que guarda cierta conexión con la crisis de la Radio Televisión Valenciana (en adelante RTVV).

6. La estabilidad regulatoria que muestra la Ley General Audiovisual, debe interpretarse como un punto de partida a través del cual, se configuran los nuevos textos legislativos del sector audiovisual autonómico. Así pues, con la aprobación de la nueva Ley 3/2012, de 20 de julio, de la Generalitat, de Estatuto de Radiotelevisión Valenciana, se permite la libre disposición de un nuevo modo de gestión indirecta, que en la práctica, se configuró como el debilitamiento del servicio público de televisión valenciana. La adopción de tal previsión, tuvo como resultado un despido colectivo que afectó a más del 50% de la plantilla de la RTVV, que recurrieron la decisión del Ente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, de 4 noviembre 2013, (núm. 2338,2013), resuelve a favor de las peticiones de nulidad del ERE.

7. Seguidamente se produce la aprobación del Decreto Ley 5/2013, de 7 de noviembre del Consell, con el objeto de iniciar la apertura al procedimiento por el que se determinaría la elección de las vacantes producidas por la dimisión de cinco consejeros, incluida la directora general tal y como hacía prever el artículo 13 de la Ley 3/2012, de RTVV. Este *modus operandi*, tuvo como resultado tres modificaciones –dos de ellas de carácter extraordinario- del DOCV en el mismo día, como se muestran a continuación: En una primera edición del DOCV núm. 7147 de 07 noviembre 2013 se viene a constatar la dimisión de los tres miembros del Consejo de Administración, debido a que se componía de un número de miembros inferior al necesario para adoptar decisiones (artículo 18.2 de la ley 3/2012). En una segunda edición, del DOCV núm. 7147 bis de 07 noviembre 2013, se publica el Decreto Ley 5/2013, a partir del cual se aprueban las modificaciones de la Ley

3/2012, de 20 de julio, de la Generalitat, de Estatuto de Radiotelevisión Valenciana, que figuran en el anexo del mencionado decreto ley de forma que, se modifican los artículos 10 y 13.5, y se adiciona un apartado 5 al artículo 15.

En consonancia con el acuerdo de nombramiento de nuevos consejeros que el citado Decreto Ley hace posible, aparece en una tercera edición del DOCV núm. 7147 ter de 07 noviembre 2013. El fin del mismo es hacer uso de las nuevas facultades y nombrar a nuevos consejeros y al director general para RTVV, en calidad de Junta General de Accionistas de Radiotelevisión Valenciana SAU. El problema que se plantea, en este escenario, es el modo en que fueron seleccionados los miembros que compondrían el mismo. Téngase en cuenta que en relación a la Ley 3/2012, el artículo 12, no ha sido modificado por el Decreto Ley 5/2013 por cuanto exige que los nombrados sean “personas físicas con cualificación, experiencia y méritos profesionales relevantes”. Es por ello que, la elección de los miembros del Consejo de Administración se realizó de acuerdo con el procedimiento ordinario y cumpliendo con las exigencias previstas en el artículo 13.5 y 13.6 -ambos de la Ley 3/2012, de 20 de julio, de la Generalitat, de Estatuto de Radiotelevisión Valenciana- concluyendo el 19 noviembre 2013. Fecha, en la que se celebró la primera votación, que obtuvo la mayoría requerida según el artículo 13.2 de la Ley 3/2012, de la Generalitat de 12 de julio.

Al mismo tiempo, que se presentaba un escrito instando a iniciar el proceso de elección para cubrir las vacantes al Consejo de Administración y dirección general -8 de noviembre-, se presentaba también, en el Registro, la Proposición de Ley de Supresión de la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión de ámbito autonómico, de titularidad de la Generalitat, así como la disolución y liquidación del ente Radio Televisión Valenciana SAU.

8. El debate de la Proposición de Ley sobre el cierre de la Radio y Televisión pública Valenciana, se desarrolló en la sesión plenaria celebrada el 27 noviembre 2013, tras el debate y posterior convalidación del Decreto Ley 5/2013. Por lo tanto, como su propio nombre indica, el mismo día se produce la aprobación de la Ley 4/2013, de 27 de noviembre, de Supresión de la Prestación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión de Ámbito Autonómico, de Titularidad de la Generalitat, así como de Disolución y Liquidación de la Radiotelevisión Valenciana SAU (en adelante Ley 4/2013).

Tras la promulgación de la citada Ley, el Consell, constituido en Junta General de Accionistas con carácter universal de la mercantil RTVV S.A.U., de fecha 28 noviembre 2013, adoptó, entre otros acuerdos, la disolución, liquidación y extinción de la empresa RTVV S.A.U. Nos encontramos pues, ante un supuesto de extinción de relaciones laborales por desaparición de la personalidad jurídica del contratante (art. 49.1.g) ET) y, posterior extinción contractual de trabajo por causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1.i) ET), que trae su causa en virtud de una

disposición legal que da respuesta a una situación económica insostenible, con pleno encaje en la doctrina jurisprudencial conocida como “factum principis” [TALÉNS VISCONTI, E. E.: “Las consultas en los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012: ¿un nuevo modelo de negociación?”, Valencia (2014): *RTSS. CEF*, núm. 370, p. 154].

Consecuentemente, el 29 noviembre 2013 se produce en el seno de la sociedad valenciana el “cierre de la Televisión Pública Valenciana”. Es por tanto que, debemos la efeméride a la decisión del Consell de prescindir del servicio público, amparado por una deficiente situación económica que atravesaba el sector en la comunidad autónoma.

9. La ausencia de servicio público de televisión en la Comunitat Valenciana debe interpretarse como un punto de partida para la configuración de la estabilidad regulatoria autonómica y creación de un nuevo Ente de Radio y Televisión Pública Valenciana. La propia dinámica del mercado y del sector audiovisual precisa de la difusión de una serie de contenidos de ámbito autonómico con una marcada tendencia a la protección de las lenguas minoritarias, tal y como garantiza el artículo 10 de la Carta Europea de Lenguas Minoritarias o Regionales [BOIX PALOP, A.: “El cierre de Radiotelevisión Valenciana y el encuadre jurídico-constitucional del servicio público televisivo autonómico en España”, *Quaderns del CAC* (2014), núm. 40º, pp. 47-48]. Desde la entrada en vigor de la Ley de la Generalidad Valenciana 7/1984, de 4 de julio, de creación de la entidad pública Radiotelevisión Valenciana (RTVV), y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalitat Valenciana, empezaron a surgir nuevas cuestiones y necesidades tanto de mercado como regulatorias, que se acentúan con la ausencia del servicio público. Es por ello, que vamos seguidamente a realizar un breve repaso de los retos más destacados que la nueva televisión valenciana debería cumplir:

En primer lugar, el Consell tiene por delante el reto y la potestad de crear un nuevo ente de Radiotelevisión pública Valenciana mucho más ambicioso que el modelo anterior. En este sentido, es muy significativo el cumplimiento de las televisiones públicas autonómicas de ciertas funciones, respecto al ámbito estatal, que quedan desiertas con la ausencia de RTVV y que se deberían observar para la configuración del modelo de un nuevo ente, tales como: que se trate de una televisión pública, en valenciano, sostenible y de proximidad.

En efecto, la primera cuestión que se debate, para la configuración de una nueva televisión autonómica valenciana, es garantizar el cumplimiento de obligaciones de servicio público de comunicación audiovisual, conforme a lo establecido en la Constitución (art. 20.3 CE), el Estatuto de Autonomía (art. 56.2 EACV), la Ley del Sector Audiovisual (art. 34 LSA) y la legislación básica en la materia (art. 40 y ss. ley 7/2010). Al tiempo deben quedar claramente establecidos los principios

fundamentales de su actuación: la transparencia, pluralidad, objetividad y eficacia en la prestación del servicio.

La segunda cuestión, se refiere además, como hemos aludido previamente, al uso del valenciano en su programación, que vendría a ajustarse al artículo 7 del Estatuto de Autonomía Valenciano, por cuanto considera que “la lengua propia de la Comunitat Valenciana es el valenciano”. Para su correcto cumplimiento, en los términos previstos en la Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de uso y enseñanza del valenciano “el Consell de la Generalitat Valenciana velará para que el valenciano tenga una adecuada presencia en las emisoras de radio y televisión y otros medios de comunicación gestionados por la Generalitat Valenciana, o sobre los que esta Ley tenga competencia”. Tal posibilidad atiende al derecho de utilizar estas lenguas tanto en la vida privada como en la pública, de modo que constituye un derecho imprescriptible garantizado por la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 noviembre 1992 (ratificada en España en el BOE núm. 222, 15 septiembre 2001).

Este enfoque coincide con los postulados de la Directiva 2010/13/UE de “Servicios de Comunicación Audiovisual”, que había establecido la necesidad de garantizar: “condiciones óptimas de competitividad y seguridad jurídica para las tecnologías de la información y los servicios e industrias de medios de comunicación en Europa, así como para el respeto de la diversidad cultural y lingüística” (base 4) y con el artículo 5 de la Ley General de Comunicación Audiovisual [en este sentido, se pronuncia VIDAL MELTRÁN, J.M.: “Pluralismo, concentración y libertad de los medios de comunicación en la Unión Europea”, *El Audiovisual en la Unión Europea: nuevas perspectivas*, *Revista de Derecho de la Unión Europea* (2013), núm. 24, p. 20]. En adición a lo anteriormente expresado, el Tratado de Lisboa favorece en este sentido a la Unión Europea por cuanto “respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo” (art. 2.3) como parte del acervo y los valores comunitarios.

Finalmente, considerando lo establecido en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 70 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, que aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, la Consellería de Educación, Cultura y Deporte convoca, en este sentido, conforme a lo establecido en la Orden 83/2014, de 20 de octubre, ayudas económicas para el fomento del valenciano destinadas a empresas de radio y televisión. Estas medidas muestran, el interés del Consell, por el fomento de una política lingüística en el sector audiovisual valenciano.

La tercera cuestión al respecto, hace referencia a una televisión sostenible. Según Deloitte [en un estudio de La Televisión Europeo y los modelos de Televisión pública en Europa, España, 2011], el número de trabajadores de las Televisiones Autonómicas españolas representa el 7,27% de personas contratadas por cada

millón de presupuesto. En el momento del cierre de Canal 9, la plantilla estaba conformada por 1.800 trabajadores, ello supone una cantidad mayor a la plantilla de televisiones privadas de carácter nacional tales como Antena 3, la Sexta y Telecinco juntas, lo que la hace inviable. Es por ello, que se precisa la contratación de personal de forma más austera, de modo que no suponga un gasto excesivo, atendiendo al presupuesto de la Generalitat Valenciana.

Por último, la cuarta cuestión, se refiere a la proximidad, necesaria en un ámbito como es el de la información. Tal y como indica el artículo 20.3 CE, se exige a los medios públicos atender a una realidad social, plural y lingüística del país, de modo que garantice su identidad como pueblo. Esta garantía, a sensu contrario, no puede ser entendida, con la escasa prestación por parte de la RTVE, de dos horas de su programación dedicada en exclusiva a información autonómica.

Otra de las cuestiones que en el futuro deberá abordar el Consell, para la creación de un nuevo servicio público televisivo valenciano -más allá de la configuración del modelo- se trata de las obligaciones legales de accesibilidad. La nueva ley de creación debe prever una serie de medidas que permita su acceso al colectivo de invidentes y sordos. Se pretende con los mismos, aumentar la calidad del servicio y garantizar una mayor proximidad a los usuarios, con obligaciones mínimas de autodescripción y subtítulos que actualmente ya cumplen determinadas cadenas públicas.

Finalmente, en segundo lugar, se debe analizar con minuciosidad el cumplimiento en materia de contenidos, con especial incidencia en la protección del menor y de los horarios restringidos. En este sentido, la CNMC ha publicado recientemente una serie de sanciones que se están aplicando en el ámbito estatal, tales como; la más reciente de 24 octubre 2014, por el que sanciona a Atresmedia; o, en su caso, la de 25 marzo 2014, de la CNMC, por la que se abre dos expedientes sancionadores a Mediaset y Atresmedia, ambas por emitir contenido inadecuado para menores [Véase, MARTÍNEZ OTERO, J. M.: *Protección Jurídica de los Menores en el Entorno Audiovisual*. Valencia (2014): Aranzadi, p. 185]. Esta medida podría extenderse, en el caso de infracciones del código sobre contenidos y protección del público, al ámbito autonómico, ante la ausencia de un organismo de regulación independiente, como sería el Consejo del Audiovisual Valenciano, que regule esta materia, pese a quedar el mismo previsto, en cuanto a su creación, en el artículo 56.3 EACV.

10. Ciertamente, la lista ofrecida no agota los focos de atención del sector audiovisual valenciano. En este sentido, a falta de previsión presupuestaria para la configuración en el año 2015 de una nueva Radio y Televisión Pública, por parte del Consell, la Diputación de Valencia promueve la creación de una nueva televisión privada, gestionada con fondos públicos, con el objeto de satisfacer las necesidades informativas tras el cese de las emisiones de RTVV. Es por ello, que aprueba por Decreto de Presidencia núm. 09046, 06 noviembre 2014, un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir

la contratación de los servicios de “comunicación audiovisual televisiva de la Diputación de Valencia” –sin contar con el apoyo del resto de Diputaciones de la Comunitat, Castellón y Alicante- que a su vez, establece los requisitos de licitación para el concurso.

Sin embargo, la implantación de este nuevo modelo de creación del medio de comunicación audiovisual valenciano que se pretende para el 01 enero 2015, adolece de ciertas paradojas en su configuración. En primer lugar, se pretende lanzar una nueva televisión valenciana sin que previamente, haya concluido el proceso de extinción de RTVV. En este sentido, quedan pendientes de resolución, desde una perspectiva jurídica, los siguientes recursos:

1º) El recurso de inconstitucionalidad en relación al Decreto Ley 5/2013, de 7 de noviembre, del Consell.

2º) El recurso de inconstitucionalidad presentado en relación a la Ley 4/2013, de 27 de noviembre, de Supresión de la Prestación de los Servicios de Radiodifusión y Televisión de Ámbito Autonómico, de Titularidad de la Generalitat.

3º) La resolución de la demanda presentada contra el Expediente de Regulación de Empleo de RTVV, aplazada por la Audiencia Nacional que ha decretado la suspensión provisional del juicio sobre el Expediente de Regulación de Empleo de RTVV, hasta que se resuelva el recurso anterior.

4º) Recursos en sede laboral, puesto que se entiende, que se han cumplido las garantías formales de la sentencia, por cuanto los trabajadores son readmitidos, pero no ocurre, a sensu contrario, con las garantías materiales, puesto que se podría entender que se trata de una mera decisión política destinada no a incumplir la sentencia, pero sí a dejarla sin efectos prácticos ante la inexistencia del Ente, por lo que podría entenderse, que dicha ausencia, no permite el cumplimiento efectivo de la sentencia y que a su vez, pueden ser denunciados por malversación de fondos al no ser destinados a ningún fin.

A su vez, todavía queda por resolver algunos aspectos desde una perspectiva material, tales como: el destino de los bienes e infraestructuras que sirvieron al ante RTVV para que emitiera su programación, por cuanto se debate la posible afectación o desafectación de los mismos.

En segundo lugar, la futura cadena, -bajo la denominación y registro de Diputación TV- pese a constituirse desde la gestión privada, se plantea “sin publicidad”. El debate sobre la financiación a través de la publicidad quedó reflejado en la regulación estatal de la televisión pública, donde hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de la Corporación de Radio y Televisión Española, la financiación de las televisiones públicas en España era doble: ingresos públicos – procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, un porcentaje sobre el

rendimiento de la tasa sobre la reserva del dominio público radioeléctrico, y de las aportaciones de los operadores privados y de telecomunicaciones-, más ingresos comerciales procedentes fundamentalmente de la publicidad.

Con la aprobación de la Ley del 2009 y su desarrollo posterior por el Real Decreto 1004/2010, se produce la eliminación del tradicional problema sobre la doble financiación de la televisión estatal, suprimiendo la publicidad como parte de dicha financiación, sin entrar en detalle sobre su procedencia en el caso de la televisión pública autonómica. De este modo, la configuración del modelo de financiación de la radio y televisión pública valenciana, se constituyó según la Ley 3/2012, de 20 de julio, de la Generalitat, de Estatuto de Radiotelevisión Valenciana, en torno a dos vías fundamentalmente: en primer lugar, una compensación por la prestación de servicio público; y, en segundo lugar, los ingresos derivados de la actividad comercial sujetos a los principios de mercado. Dispuso por tanto dos opciones de financiación, una con cargo a los presupuestos de la Generalitat y otra con cargo a la actividad comercial habitual.

Sin embargo, la nueva configuración de la Diputación TV, tiene como fin la no competencia con el mercado audiovisual local y comarcal, por lo que, al igual que el modelo estatal, pretende prescindir la financiación mediando la publicidad, justificando tal opción en que lo que se pretende es garantizar la idea de servicio público –así como, el uso del valenciano en gran parte de su producción audiovisual, la emisión del folklore valenciano, etc.- y por lo tanto, su objeto no es la competencia de mercado, como sucedía con el anterior ente de RTVV, tras la Ley 3/2012.

Finalmente en tercer lugar, cuenta con el respaldo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en orden al superávit en el presupuesto que ha registrado la Diputación de Valencia durante el año 2014. No obstante, será la Generalitat Valenciana quien tenga la potestad última de autorizar, en su caso, el proyecto.

11. El sector audiovisual valenciano, especialmente el de la televisión pública valenciana, al igual que sucede en los diferentes ámbitos del contexto social, se encuentra en constantes cambios que son en la actualidad latentes. El paradigma de ausencia de servicio público de televisión valenciana, se configura como el momento para dar respuestas a las necesidades planteadas y subsanar los errores cometidos en el pasado. Es decir, poseíamos en suma, un sector del audiovisual valenciano, que se movía en el terreno generalista tradicional, y que en la actualidad precisa de una forma de replantearse el mismo, atendiendo a los nuevos avances tecnológicos actuales.

A su vez, la estabilidad regulatoria que nos ofrece la Ley 7/2010 y la modificación de la misma en 2012, facilita la creación de una nueva ley de televisión pública valenciana que atienda, a las nociones de servicio público, que garantizaría la

televisión de proximidad, sostenibilidad y de prestación de una programación en valenciano, que en la actualidad no se ofrece por otros medios de comunicación.

Los nuevos retos y propuestas, aportados por la Diputación de Valencia, en torno a la creación de un nuevo medio de comunicación de radio y televisión valenciana, adolecen de una serie de deficiencias que la convierte a priori en inviable. Por lo que, podemos concluir, tras un año del cierre de RTVV, que la realidad del sector audiovisual valenciano en este sentido, se trata de que poseemos, en suma, un conjunto de propuestas –del Consell, de la Diputación, de las universidades, etc.–, en el segmento generalista tradicional común, tales como la necesidad de disponer de un servicio de radio y televisión pública que en la actualidad es inexistente en la Comunitat Valenciana, a pesar de tener en consideración que los tiempos que corren, no permiten grandes expectativas de rentabilidad.

EL PLAN DE ACCIÓN BEPS DE LA OCDE: PASADO, PRESENTE Y
FUTURO

ACTION PLAN BEPS OF OCDE: PAST, PRESENT AND FUTURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 689-706.

Fecha entrega: 25/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSÉ CARLOS PEDROSA LÓPEZ
Doctorando en Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Valencia
J.Carlos.Pedrosa@uv.es

RESUMEN: Este trabajo ofrece una visión general del denominado Plan de Acción BEPS de la OCDE. El estudio se divide en tres grandes bloques. En primer lugar se explica el origen del proyecto haciendo referencia a informes previos de Organizaciones Internacionales e Instituciones Europeas. En segundo lugar, explica su situación actual y los siete informes de las acciones publicados. En tercer lugar, se exponen los próximos pasos del Plan de Acción BEPS antes de que finalice en diciembre 2015. Finalmente el autor pone de manifiesto una serie de conclusiones.

PALABRAS CLAVE: BEPS, planificación fiscal internacional, erosión bases imponibles, deslocalización beneficios, evasión fiscal, Administración tributaria.

ABSTRACT: This paper provides an overview of the called Action Plan BEPS, which is being drafted by OECD. The study is divided into three sections. First, it explains the background of the project, it refers to previous reports published by International Organizations and European Institutions. Second, the paper explains the current situation and the seven actions which are already published. Third, it exposes what are the next steps of the Action Plan before the end of BEPS in December 2015. Finally, the author reveals some conclusions.

KEY WORDS: BEPS, International tax planning, base erosion, profit shifting, Tax evasion, Tax administration.

1. El denominado Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (en lo sucesivo BEPS) es el último y posiblemente uno de los proyectos con mayor relevancia que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en lo sucesivo OCDE) ha llevado a cabo desde su creación en 1960.

El proyecto surgió ante la necesidad de acabar o, al menos disminuir considerablemente, las planificaciones fiscales agresivas. Es decir aquellas operaciones realizadas como norma general por entidades transnacionales que tratan de aprovechar las lagunas jurídicas y fiscales derivadas de las divergencias y fricciones de los ordenamientos jurídicos de cada Estado, a fin de reducir considerablemente su carga impositiva. Incluso en ocasiones hasta alcanzan situaciones de doble no imposición.

El proyecto BEPS está compuesto por un total de 15 acciones que están absolutamente delimitadas y definidas. Al margen de los objetivos específicos y propios de cada acción, desde la perspectiva general, todas ellas tanto de manera independiente como conjunta tienen por finalidad prevenir la erosión de las bases imponibles y evitar deslocalización de los beneficios hacia territorios de baja o nula tributación.

Este estudio quiere reflejar el pasado, presente y futuro del proyecto BEPS de la OCDE. Un trabajo compuesto por las siguientes tres etapas.

La primera parte, analiza los orígenes y antecedentes de BEPS a través de sus informes previos.

La segunda parte, refleja la situación en la que actualmente se encuentra el proyecto. El autor delimita el contexto y ámbito del Plan de Acción BEPS, de este modo, explica qué es y en qué consiste cada una de sus acciones. Asimismo, ofrece una visión más detallada de las acciones que ya han sido objeto de examen y sobre las que se ha elaborado un informe final.

Por último, observando el futuro del proyecto BEPS se exponen las acciones que van a desarrollarse a lo largo del 2015. Se hace referencia a cada una de ellas y, en especial, a su cabida en el instrumento multilateral propuesto en la acción 15 como punto final de confluencia.

2. Primera etapa: El pasado. Para explicar los antecedentes del proyecto BEPS hay que remontarse a varios de sus informes publicados en el pasado.

Aunque no es el punto de partida del proyecto BEPS, el informe de 1999 denominado “The application of the OECD Model tax Convention to Partnerships” sí que es un punto de inflexión en este contexto, puesto que es el

primero que pone de manifiesto no sólo la necesidad de prevenir la doble imposición sino también el hecho de eliminar la doble no imposición.

De una manera más directa y cercana en el tiempo, nos referimos a los informes publicados desde el año 2008 en adelante. El inicio de la crisis económica y financiera mundial enfatizó la urgencia de lidiar con las planificaciones fiscales internacionales que a través de diseñadas y complejas operaciones transnacionales que erosionaban las bases imponibles y trasladaban sus ingresos y beneficios a jurisdicciones de mínima o nula tributación.

En 2008 la OCDE constituyó el llamado “Aggressive Tax Planning Steering Group”. Desde sus inicios han elaborado un gran número de informes que en cierto modo ya trataban temas que posteriormente han sido tenidos en cuenta en el proyecto BEPS. Abordaban temas desde distintos puntos de vista en relación a las planificaciones fiscales agresivas de los contribuyentes y sus intenciones de reducir las cargas impositivas erosionando las bases imponibles, la deslocalización de los beneficios, la correspondiente reducción de los ingresos por parte de las Administraciones tributarias, pérdidas de los Estados, etc...

Entre los informes más destacados en ese periodo de tiempo se encuentran: “Study into the tax role intermediaries” (2008), “Building transparent tax compliance by Banks” (2009), “Engaging with high net worth individual son tax compliance” (2009), “Addressing tax risk bank losses” (2010).

Por supuesto, el Grupo G20 desde su primera cumbre en Washington en 2008, ha apoyado las iniciativas de la OCDE y sobre todo su Plan de Acción BEPS.

Aunque el verdadero punto de inflexión en relación a la planificación fiscal agresiva comenzó en 2011 con el informe “Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure”. Tal y como indicamos el concepto de planificación agresiva ya se conocía, pero a partir de aquí parece que se comienza a pensar en mecanismos, instrumentos, etc... para acabar con la misma. Siendo en este caso la transparencia fiscal entre los Estados y el intercambio de información los elementos más relevantes.

Del mismo modo el Grupo G20 en el año 2011 en la Cumbre de Cannes puso de manifiesto que el intercambio de información fiscal de manera comprensiva y conjunta era necesario.

En 2012, se publicó el informe informe “hybrid mismatch arrangements. Tax Policy and Compliance issues”. Este parece ser el precedente de la actual acción 2 del Plan de Acción BEPS. En él se describen ciertas operaciones que amparadas generalmente en instrumentos y entidades híbridas causan ciertos desajustes o asimetrías en el resultado fiscal de dos o más jurisdicciones.

En este informe ya se comenzaba a hablar de este tipo de operaciones y de la necesidad de tomar medidas multilaterales y mejorar el intercambio de información entre Administraciones tributarias.

En este periodo también la Unión Europea principalmente por medio de su Consejo Europeo participó activamente en la publicación de recomendaciones y comunicaciones dirigidas a los Estados miembros con objetivos similares. Luchar contra la evasión y elusión fiscal, eliminar las planificaciones fiscales agresivas y mejorar el intercambio de información entre los Estados miembros eran alguno de sus objetivos. Entre sus documentos más relevantes se distinguen: “Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva” (2012) y “El plan de acción para fortalecer el fraude fiscal y la evasión fiscal” (2012).

Posteriormente, la OCDE introdujo en 2013 de manera definitiva el actual Plan de Acción BEPS por medio del informe “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”.

3. La globalización y la internacionalización económica no son un fenómeno nuevo, pero sí que es cierto que cada vez con más fuerza está sustituyendo a los modelos tradicionales de las economías domésticas. La existencia cada vez más habitual de factores como el comercio electrónico, la venta de productos y servicios on-line, la economía digital, la centralización de las funciones en determinados territorios y muchos otros factores han permitido al creciente número de entidades multinacionales desarrollar planificaciones cada vez más sofisticadas que consiguen alcanzar posiciones fiscales más favorables.

A este fenómeno hay que añadir las fricciones o lagunas derivadas de la interacción de las normas entre diversas jurisdicciones, las cuales son aprovechadas sobre todo por las entidades multinacionales que amparadas en ciertos tipos de operaciones transnacionales logran disminuir la carga impositiva y los tipos de gravamen hasta alcanzar una tributación mínima o incluso una doble no imposición.

Ante este escenario, la OCDE junto con el grupo G20 consideraron la necesidad de dar soluciones basadas en medidas de carácter multilateral, en la unificación de las políticas internacionales de los Estados, en la cooperación entre las Administraciones tributarias y en una actuación de manera coordinada y armonizada.

Por consiguiente, el proyecto BEPS protagonizado por los factores anteriores y otros como el libre movimiento de capitales y trabajo, el intercambio de las unidades o fábricas productivas de jurisdicciones high tax a low tax, la tecnología, la eliminación de barreras, el aumento de acuerdos internacionales y otros muchos también han sido factores relevantes, surge del deseo de proteger las bases imponibles ofreciendo a su vez certidumbre y predicción al contribuyente, teniendo

como máxima la eliminación de la doble imposición y previniendo a su vez de la doble imposición.

Desde la perspectiva de los Gobiernos, Administraciones tributarias y Organizaciones e Instituciones se entiende que estrategias fiscales de esta índole de son completamente perjudiciales y es necesario eliminarlas.

a) Perjudiciales para los Estados y los gobiernos porque consiguen recaudar menos ingresos puesto que en muchas ocasiones las entidades multinacionales sí que recaudan los ingresos en ese país pero consiguen deslocalizar los beneficios arrastrándolos hacia otros países con tipos de tributación menores.

b) Perjudiciales para los individuos que en ocasiones tienen que soportar cargas fiscales extraordinarias por los impuestos que las multinacionales no pagan, o tal vez no aguantan cargas fiscales extras pero a cambio los gobiernos se ven obligados a disminuir los gastos públicos ofreciendo menos servicios a la población.

c) Perjudiciales para entidades. Por un lado para las entidades residentes que no consiguen competir contra otras empresas que consiguen costes mucho más baratos a costa de ahorrarse impuestos y por lo tanto son capaces de ofrecer precios menores. Y por otro lado, riesgo para las entidades transnacionales que en ocasiones se localizan en Estados con desequilibrio social, administrativo y político, factores que les pueden situar en un ambiente de incertidumbre económico.

4. Segunda etapa: presente. El proyecto BEPS se puede concebir como el producto de un acuerdo alcanzado entre los países de la OCDE y los países participantes no OCDE, sobre lo que deben hacer y lo que se ha establecido que deben hacer.

Apoyado por el Grupo G20 es un proyecto compuesto por 15 acciones cuyo principal objetivo es evitar que las entidades, en especial las entidades multinacionales consigan reducir su tributación considerablemente por medio de sus planificaciones fiscales o que directamente alcancen situaciones de doble no imposición amparándose principalmente en aprovechamiento de las lagunas fiscales, contradicciones normativas, divergencias entre ordenamientos jurídicos para obtener beneficios fiscales que de otro modo no alcanzarían.

De este modo, BEPS quiere acabar con las estrategias fiscales que a menudo consiguen separar la distribución de los beneficios imponibles de las jurisdicciones donde estos han surgido. Trata de asegurar los ingresos pertenecientes a los Estados por medio de la alineación de la tributación con las actividades económicas y la creación de valor.

Como resultado BEPS confía en el establecimiento estándares internacionales o medidas multilaterales adoptadas por las jurisdicciones internas por medio de la

proposición de recomendaciones que aseguren la coherencia, la sustancia y la transparencia de la tributación de las correspondientes operaciones o rentas, eliminando las posibilidades de la doble no imposición y previniendo la doble imposición.

Pretende también reducir la competencia ilegal, la distorsión de las inversiones y elevar la confianza general en el sistema impositivo.

Metodológicamente, las 15 acciones del proyecto BEPS se pueden agrupar en tres grandes bloques:

Coherencia: desajustes de operaciones híbridas (2), normas de transparencia fiscal internacional (3), deducibilidad de intereses (4) y competencia fiscal perniciosa (5).

Sustancia: prevención de abuso de los convenios (6), elusión del estatus de establecimiento permanente (7), aspectos de los precios de transferencia sobre los intangibles, capital y riesgo, riesgo de otras transacciones (8, 9 y 10).

Transparencia: métodos y análisis de datos (11), disclosure rules (12), documentación de precios de transferencia (13) y mecanismos de resolución de conflictos (14).

Por otro lado se encontraría la economía digital (1) y el instrumento multilateral (15) como pilares esenciales en el desarrollo de las acciones.

Cada una de sus 15 acciones tiene establecido una fecha límite para elaborar su informe final en el que se delimita su campo de actuación así como sus objetivos y propuestas. Además antes de redactar el informe final publican un borrador para que la audiencia interesada haga los comentarios y observaciones que consideren.

Se basa en un proceso eficiente y se espera que los resultados tengan un gran impacto en las economías domésticas, estando a la vez en consonancia con las políticas fiscales y expectativas de los Estados.

El proyecto también tiene en consideración las economías que no pertenecen a la OCDE y a las economías en desarrollo.

Aunque cada una de las acciones tenga sus propios propósitos, objetivos, fecha límite y hasta metodología diferente, muchas de ellas se han de observar desde una perspectiva global o común.

Finalmente, el punto de unión de casi todas ellas es la acción 15, se refiere a un convenio multilateral bajo el cual trata de proponer una serie de recomendaciones a los Estados miembros de la OCDE y no miembros a fin de que implementen

medidas colectivas y multilaterales con el objetivo de alcanzar cierta armonización y coordinación entre los sistemas tributarios y evitar medidas unilaterales.

5. Hoy en día este proyecto se encuentra en el ecuador de su desarrollo y aunque muchas de las jurisdicciones ya han comenzado a tomar medidas normativas siguiendo las recomendaciones que propone, todavía se desconoce su verdadera repercusión.

BEPS Project, como se conoce en la terminología inglesa, tiene un calendario muy poco flexible en lo que a sus plazos se refiere. Aunque no por ello está dejando de cumplir con el programa propuesto.

Así lo demostró el pasado septiembre cuando presentó los informes finales de siete de las quince acciones que lo componen. Siguiendo la terminología empleada por el proyecto, estos siete deliverables son: acción 1 “Addressing the tax challenges of the digital economy”, acción 2 “Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements”, acción 5 “Counteracting harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance”, acción 6 “preventing the granting of the treaty benefits in inappropriate circumstances”, acción 8 “Guidance of transfer pricing aspects of intangibles”, acción 13 “Guidance of transfer pricing documentation and country-by-country reporting”, acción 15 “Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties”.

A continuación comentamos a grandes rasgos cada una de ellas y nos reservamos el siguiente apartado para diferenciar las que aún están en proceso de estudio y desarrollo, las cuales verán la luz en septiembre y diciembre del 2015.

Aunque cada uno de estos documentos sea considerado el resultado final y consenso alcanzado por el Comité de Asuntos Fiscales en cada una de estas acciones, no significa que no sean objeto de continuas discusiones para seguir mejorando la implementación de sus recomendaciones y medidas propuestas. Además, alguna de estas acciones presentadas será complementada con el resto de las acciones que todavía se encuentran en fase de debate.

a) Acción 1: Addressing the tax challenges of the digital economy.

Esta acción trata de lidiar y afrontar los nuevos retos y constantes novedades presentados por la economía digital. Este término hace referencia a la transformación de un proceso caracterizado por la información y la comunicación tecnológica como elementos que han permitido mejorar la eficiencia y rapidez en la compra-venta en el mercado, abaratar costes entre proveedor-cliente, perfeccionar el modelo de negocio y fortalecer la innovación como base de muchos sectores.

No obstante, desde la perspectiva fiscal esta mayor presencia digital de las empresas lleva consigo múltiples riesgos para las economías domésticas. Las protagonistas son entidades multinacionales sobre todo, pero también y cada vez más, la pequeña y mediana empresa que tratan de diseñar estrategias fiscales amparadas en la implementación de estos modelo de negocios para reducir sus bases imponibles en las jurisdicciones donde tiene lugar su cadena de suministros.

De este modo, tratan principalmente de eludir el pago de impuestos por medio de la centralización de las infraestructuras en territorios de baja o nula tributación combinándolo con la habilidad de realizar la actividad con los mínimos recursos físicos y personales posibles, generando así potenciales oportunidades de elusión fiscal.

Por consiguiente, la acción uno está encaminada a eliminar ciertas índoles de estructuras artificiales cuyo principal finalidad se centra en deslocalizar los beneficios hacía territorios con un nivel de tributación más favorable, de manera que se consiga un cierto nivel de tributación en las diversas jurisdicciones donde se han llevado a cabo las actividades o bien donde se ha creado un cierto valor.

b) Acción 2: Hybrid mismatch arrangement.

La Acción 2 surge para neutralizar los efectos provocados principalmente por las entidades híbridas y los instrumentos híbridos.

La acción se divide en dos grandes bloques. A nivel interno, recomienda a los ordenamientos jurídicos de los Estados la incorporación de las denominadas Linking Rules.

Las linking rule pretenden alinear el tratamiento fiscal que un instrumento o entidad tiene en una jurisdicción con el resultado fiscal que obtiene en la otra jurisdicción. Es decir, alinean el resultado fiscal que tiene lugar en la jurisdicción del pagador o Estado de la fuente, como norma general, con el resultado que tiene lugar en el receptor y beneficiario o Estado de residencia.

En su norma general la primary rule principalmente hace referencia a que el Estado de la fuente debe denegar las deducciones cuando en el Estado de residencia no se hayan sometido a gravamen o no se hayan incluido en su base imponible.

Mientras que la defensive rule trata de ordenar al Estado de Residencia que someta a tributación o incluya en su base imponible aquellas cuantías que han sido deducidas previamente en el Estado de la fuente. Parece que esta defensive rule actúa bajo el hipotético supuesto de que el Estado de residencia no haya aplicado la primary.

Por otro lado, a nivel de convenio, entre otras medidas el informe para entiende que para evitar desajustes que pueden ser provocados por las entidades con doble

residencia fiscal, el informe considera que habría que modificar el artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE para lidiar con las entidades con doble residencia fiscal.

c) Acción 5: Countering harmful tax practices more effectively taking into account transparency and substance.

La competencia fiscal perniciosa y la planificación fiscal amparada en paraísos fiscales y en regímenes preferenciales no es una novedad en el ámbito de la fiscalidad internacional. Esta acción del proyecto BEPS en buena medida continúa con parte del trabajo que ya se abarcó en 1998 en el informe de la OCDE “Harmful tax competition: An emerging global issue”.

Este informe ya desarrollaba medidas contra prácticas realizadas sobre todo por entidades multinacionales que dañaban las Administraciones tributarias de los Estados deslocalizar los beneficios hacia paraísos fiscales o territorios de baja o nula tributación.

El proyecto BEPS en este ámbito tiene como prioridad mejorar la transparencia entre los Estados incluyendo normas sobre el intercambio de información en relación a los regímenes preferenciales y definir la actividad económica sustancial mínima y necesaria en el ámbito del régimen de los intangibles.

Se basa en un enfoque holístico que en primer lugar, trata de valorar los regímenes preferenciales de los Estados miembros de la OCDE. En segundo lugar, involucra en el proyecto a países que no son miembros de la OCDE y, por último, considera y se replantea posibles cambios en el marco normativo y regulatorio existente.

El trabajo no trata de alcanzar la armonización fiscal entre los Estados en materia impositiva ni tampoco trata de determinar cuál sería un nivel mínimo de tributación adecuada, pero sí que se centra en reducir la distorsión de la tributación en los territorios donde las actividades se desarrollan y crean valor.

Asimismo, reconoce la efectiva potestad y soberanía fiscal de los Estados en materia impositiva pero también pone de manifiesto la necesidad de actuar de manera conjunta y coordinada para dificultar la realización de este tipo de prácticas perniciosas.

d) Acción 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances.

Esta acción se centra principalmente en la identificación y eliminación de los abusos del convenio y sobre todo en el treaty shopping, es decir en la denegación de los beneficios del convenio a aquellas personas residentes en un tercer Estado que por medio de la constitución de una entidad u otros medios en uno de los Estados contratantes del convenio pretenden obtener las ventajas fiscales como si fuera una persona residente.

Se divide en tres grandes secciones:

-Desarrollar cláusulas convenidas y recomendaciones en relación al diseño de normas domésticas que prevengan la denegación de los beneficios del convenio en situaciones inapropiadas.

-Destacar que los convenios no deben de ser usados para alcanzar situaciones de doble no imposición.

-Identificar las políticas fiscales en las que los Estados deben basarse antes de firmar un convenio con otro Estado.

El apartado primero por un lado trata de resolver situaciones en las que la persona trata de “rodear” las limitaciones contenidas en el convenio y, por el otro se centra en eliminar aquellas situaciones protagonizadas por el abuso de las cláusulas de Derecho interno para obtener beneficios del convenio.

Ante aquellas situaciones de treaty shopping u otras situaciones donde la persona trata de “rodear” o evitar la aplicación de limitaciones en el convenio se destacan tres grandes grupos.

En segundo lugar, el informe hace referencia al concepto principal purpose test en relación a la posibilidad de denegar los beneficios fiscales convenidos cuando este sea principal propósito de la operación a menos que se pueda demostrar que está en consonancia con el objeto y propósito.

En tercer lugar el informe, por un lado, abarca la proposición de la nueva norma tie-breaker ante falta de acuerdo entre las autoridades fiscales competentes sobre la residencia fiscal de una entidad y, por el otro lado, propone revisar la norma respecto los establecimientos permanentes en terceros Estados.

Por último, independientemente de los cambios y propuestas anteriores ofrece la posibilidad al público interesado de manifestar alguna aclaración o comentario adicional respecto a la interacción entre los convenios fiscales y las normas anti-abuso domésticas.

e) Acción 8: Guidance on transfer pricing aspects of intangible y acción 13: Re-examine transfer pricing documentation.

Ambas acciones junto con las acciones 9 y 10 se enmarcan dentro del ámbito de los precios de transferencia.

La primera de ellas pretende desarrollar normas para prevenir la erosión de las bases imponibles y la deslocalización de los beneficios a través de las operaciones intra-grupo en referencia a elementos intangibles.

Para ello la acción considera pertinente adoptar una definición amplia y concisa sobre los elementos intangibles, entre las que se abarcan el concepto de: saber hacer (know-how), lugar de trabajo (workforce in place), etc...

También intenta asegurar que los beneficios asociados a las transferencias y el uso de los intangibles, así como las remuneraciones personales del trabajo realizado están adecuadamente distribuidas en consonancia con la creación de valor y el riesgo asumido.

Desarrolla normas sobre los precios de transferencia o medidas específicas para supuestos en los que ofrecer una valoración concisa y real es compleja.

Por último, también aprovecha para realizar comentarios sobre la actualización de las directrices y normas sobre el reparto ajustado de costes entre las entidades vinculadas correspondientes.

La acción 13 reconoce la necesidad de mejorar la transparencia entre las Administraciones tributarias de los correspondientes países a fin de proporcionar una información adecuada en la que se examine y se valore el riesgo en relación a los precios de transferencia.

Propone la revisión de los estándares en materia de documentación sobre los precios de transferencia por las operaciones entre entidades vinculadas, así como un mismo modelo para que las Administraciones tributarias declaren los ingresos de las entidades, ganancias e impuestos pagados en cada jurisdicción y la magnitud de las actividades económicas realizadas en el mismo.

Las directrices sobre precios de transferencia obligan a las entidades transnacionales a facilitar en un “master file” a las Administraciones fiscales, información desde una perspectiva global y conjunta las operaciones transnacionales sobre el análisis del grado de actividades económicas desarrolladas en cada país, riesgo asumido, beneficio obtenido e impuestos pagados.

6. Tercera etapa: futuro. Está previsto que en diciembre del siguiente año el proyecto BEPS haya finalizado. Teóricamente en el mes de septiembre, al igual que este año, se tienen que publicar los informes finales sobre el resto de acciones no comentadas anteriormente.

Por lo tanto, hay que tener en cuenta que aún no hay mucha documentación sobre las mismas, nada mucho más lejos de los denominados public discussion draft en alguna de aquellas, ni siquiera en todas.

Haciendo referencia a las acciones que serán estudiadas y desarrolladas en el año 2015 explicamos brevemente en qué consiste cada una, cuál es su campo de actuación así como sus principales objetivos y recomendaciones propuestas para conseguirlos.

a) Acción 3: Strengthen CFC Rules.

Normas de transparencia fiscal internacional o como se denominan por su término en inglés “controlled foreign companies legislation” (en lo sucesivo CFC Rules) ocupan la acción tercera en el proyecto. Por el momento aún no se ha publicado el borrador que explique con mayor consistencia y precisión sus objetivos y propuestas.

Las escasas referencias nos remiten al informe Action Plan on BEPS de julio 2013. En el mismo se pone de manifiesto la necesidad de reforzar las CFC Rules y su carácter de coordinación con otras acciones, en especial con las medidas dirigidas a eliminar las operaciones híbridas que se amparan en desajustes o asimetrías entre Estados (acción 2) y con las medidas encaminadas a evitar la excesiva deducibilidad de los intereses (acción 4).

No obstante, las normas sobre transparencia fiscal internacional no es un concepto nuevo. Desde que el ordenamiento jurídico de los EEUU las instauró en 1962 muchos han sido los Estados que las han incorporado, eso sí con unos matices u otros.

b) Acción 4: Limit base erosion via interest payments and other financial payments.

La limitación de la deducibilidad de los intereses es otra de las grandes propuestas del plan de acción. La acción 4 tiene por objeto diseñar una serie de recomendaciones y normas para prevenir la erosión de las bases imponibles a través de la generación excesiva de intereses a modo de gasto.

Considera necesario que de un modo u otro se proponga diferentes tipos de limitaciones a las operaciones entre partes, sobre todo si son vinculadas, en las que de una a otra se prestan cuantías económicas o de otra índole que generan pagos de intereses y que pueden derivar finalmente en situaciones de doble no imposición tanto en inversiones en el Estado como inversiones en el extranjero.

El 18 de diciembre de 2014, se publicó el public discussion draft correspondiente. Trata de regular y eliminar el uso abusivo de operaciones centradas en la generación de deuda entre partes vinculadas, la intención de las entidades de deducirse cuantías

excesivas a modo de intereses así como el uso de otros pagos económicos asimilables a los intereses.

Considera esencial proponer una serie de recomendaciones y normas que minimicen la distorsión en la competencia y la inversión, evitando la doble imposición y reduciendo los costes administrativos, así como asegurando la estabilidad económica y proporcionando certeza en los resultados buscados.

Se centra en diferentes enfoques que abarcan normas que limitan el nivel de intereses deducibles en una entidad. Para ello propone dos métodos diferentes, “group-wide test” y “fixed ratio test”.

Entre ellas se destacan, normas que permitan el grado de deducibilidad en comparación de su posición con el grupo, normas anti-elusión que denieguen la deducción de intereses en determinadas operaciones. Así como, retenciones en los pagos de los intereses en el Estado de la fuente y comparativas de deducibilidad en base al arm’s length test como si fuesen entidades independientes.

c) Acción 7: Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status.

Esta acción que se encuentra en ciertos aspectos íntimamente interconectada con la primera de todas. La OCDE publicó el 31 de octubre de 2014 su public discussion draft. Este propone cambios específicos en el Modelo de Convenio de la OCDE (en lo sucesivo MC OCDE) y la aportación de comentarios para clarificar la atribución correspondiente de beneficios.

Principalmente, el borrador propone diversos cambios en determinados aspectos en la definición del establecimiento permanente del artículo 5 del MC OCDE a fin de evitar aquellas operaciones que tratan de eludir la existencia en una jurisdicción de esta figura.

Se distingue dos grandes bloques:

Por un lado, hace referencia aquellas operaciones que se intentan amparar en la figura del comisionario o estrategias similares, bajo las cuales un determinada entidad quiere actuar en un territorio tributando exclusivamente la cuantía proporcional a la comisión obtenida por tal representante y no por la cuantía total de venta de bienes y servicios. Por lo que las medidas entran a valorar la figura del comisionario, en relación a su conducta, riesgos, acciones que desarrolla y capacidad para trabajar en su nombre pero a cuenta de la entidad extranjera.

Por otro lado, expone medidas específicas para asegurarse que existirá un establecimiento permanente donde la actividad ejercida por medio de un intermediario diferente de una agente independiente es el resultado de una serie de contratos con la entidad extranjera.

d) Acción 9: Guidance on transfer pricing aspects of risk and capital y Acción 10: Guidance of transfer pricing aspects of high- risk transactions.

El 1 de diciembre se publicó el public discussion draft de ambas acciones que junto a la acción 8 anteriormente comentada, forman parte del grupo “assure that transfer pricing outcomes are in line with value creations”.

Este bloque de acciones, en suma del informe de la acción 8, propone una serie de recomendaciones y normas a implementar por los Estados a fin de prevenir la erosión de las bases imponibles. Para ello entre sus propuestas se destacan las siguientes: (i) normas que eviten la transferencia del riesgo o la excesiva distribución del capital entre las entidades vinculadas del grupo, (ii) reglas que impidan la realización de aquellas operaciones que no se hubiesen llevado a cabo, o que raramente se hubiesen realizado si no existiese un objetivo de conseguir ciertos beneficios fiscales o una disminución de la tributación en las diversas jurisdicciones (iii) normas que relacionen la tributación con la jurisdicción en las que las actividades se llevan a cabo y en las que se crea valor, (iv) normas que eviten la posibilidad de atribuir excesivos gastos de gestión y administración a la sede central, (v) la aclaración de las metodologías aplicables sobre precios de transferencia, en concreto sobre el denominado “profit split”.

El borrador público por un lado, se remite al principio de entidades independientes para analizar lo que se sería el precio de mercado de las operaciones realizadas y la adecuada distribución del riesgo asumido por cada entidad vinculada.

Por otro lado, manifiesta la necesidad de tener en cuenta la interacción de estas acciones con el contenido propuesto por otras, en concreto con la acción 3 y acción 4.

e) Acción 11: Establish methodologies to collect and analyze data on BEPS and the actions to address it.

El Plan de Acción dedica esta acción a la idea de evaluar las fuentes de datos existentes sobre el impacto del proyecto BEPS y proponiendo nuevas metodologías e instrumentos a los que recurrir en caso de que alguna de las recomendaciones sean de difícil implantación, tanto a nivel macro como micro.

Una de los principios del proyecto de la OCDE se ampara en el intercambio de información y la transparencia fiscal entre las Administraciones de los Estados con el objetivo de conocer las actividades realizadas por las entidades en cada territorio, el riesgo asumido, beneficios obtenidos y sobre todo para conocer y poder intercambiar información con otras Administraciones tributarias sobre los impuestos pagados en cada jurisdicción.

Ello debe incluir técnicas basadas en el resultado, medidas sobre la distribución de ingresos en las diferentes jurisdicciones en relación a la creación de valor de las

actividades económicas desarrolladas y otros mecanismos que sean capaces de facilitar los objetivos planteados.

Del mismo modo también es importante identificar cuáles son la información, datos, documentación, etc... que los contribuyentes deben facilitar a las Administraciones tributarias pertinentes, así como los métodos que deben ser utilizados para analizar esos datos y evaluar desde una perspectiva económica el impacto y acciones del proyecto BEPS.

f) Acción 12: Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements.

La falta de información de las autoridades fiscales y el diseño de estrategias fiscales agresivas por parte de los contribuyentes representan enormes costes administrativos y pérdidas recaudatorias para los Estados.

Ante este escenario, esta acción del proyecto BEPS se centra en desarrollar un conjunto de recomendaciones en relación al diseño de normas vinculantes que restrinjan las técnicas abusivas o agresivas.

Cada vez son más los Estados que imponen nuevos mecanismos para luchar contra el desconocimiento de tales estrategias fiscales, aunque las propuestas no tienen por qué ser similares en todas las jurisdicciones sino que en cierta medida dependerá de las necesidades y riesgos específicos.

Uno de los objetivos fundamentales de esta acción se relaciona con la idea de ofrecer una definición considerablemente amplia sobre el término de “beneficio fiscal” a fin de poder abarcar muchas de las operaciones de estas planificaciones fiscales. Para ello también se pretende reforzar los diferentes modelos de intercambio de información entre las Administraciones tributarias.

g) Acción 14: Make dispute resolution mechanisms more effective.

La OCDE se ampara en el artículo 25 del MCOCDE para alcanzar acuerdos entre los Estados correspondientes a fin de evitar posibles dispuestas o discordancias entre ellos y confía en la mejora y proposición de nuevos mecanismos en la resolución de conflictos por medio del arbitraje.

El 18 de diciembre de 2014 junto a otros se publicó el public discussion draft de esta acción que claramente expresa la intención de superar obstáculos entre Estados a través de procedimientos amistosos de resolución de conflictos. En concreto en relación al procedimiento de acuerdo mutuo regulado en el artículo 25 del MCOCDE.

No obstante, tal y como pone de manifiesto el borrador público, no se trata de procedimientos de carácter exclusivo para las Administraciones tributarias de los Estados sino que también se quiere involucrar en ellos a los mismos contribuyentes.

La acción 14 ofrece recomendaciones y diseña normas para que el acceso al procedimiento de acuerdo mutuo no sea problema alguno, pretende acabar con problemas de antaño como la limitación del acuerdo alcanzado es sólo para las dos partes firmantes. Por consiguiente, entiende que los procedimientos han de ser de carácter multilateral abarcando todas las situaciones similares.

h) Acción 15: Develop a multilateral instrument.

El instrumento multilateral es el punto de confluencia de la gran mayoría de las acciones que componen el Proyecto BEPS, aunque un primer deliverable sobre el mismo haya sido publicado en septiembre de 2014 no está aún completado, sino más bien se trata de una primera exposición sobre el enfoque y contenido abordado por el mismo.

Realmente el convenio multilateral detallado tendrá lugar a finales del 2015, cuando se haya redactado el informe final de cada una de las acciones del Plan de Acción. De este modo, se observará como encajan unas con otras en un mismo instrumento que pretende ser un punto de inflexión sin precedente alguno en el ámbito de las normas de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

Este primer informe demuestra que la creación de un instrumento multilateral es factible y deseada por los Estados, así como la adaptación de los convenios bilaterales a las recomendaciones y cláusulas que se pongan de manifiesto en el mismo.

La OCDE considera que este es el mecanismo más eficaz para la adopción de un modo conjunto medidas similares por los Estados que permitan lidiar coordinadamente con las operaciones que erosionan las bases imponibles y deslocalizan los beneficios. Entiende que la inmensa red de convenios bilaterales es substancialmente compleja porque cada Convenio es un instrumento legalmente distinto que vincula exclusivamente a un solo Estado.

7. A modo de conclusiones el autor quiere dejar constancia alguna de las opiniones suscitadas a consecuencia del estudio del proyecto BEPS.

Es consciente de la importancia y del grado de relevancia de este proyecto en un momento donde la crisis financiera y económica, de un modo u otro, sigue presente en muchas de las economías domésticas tanto de países OCDE como países no pertenecientes a dicha Organización Internacional.

Por eso mismo, cualquier actuación que tenga por objetivo luchar contra la evasión y elusión fiscal es más que absolutamente conveniente. El poder recaudatorio de las Administraciones tributarias de los Estados no puede verse mermado por el diseño de complejas operaciones transnacionales por parte de las entidades multinacionales.

No obstante, también denota la obligación de luchar contra las planificaciones fiscales agresivas desde la perspectiva normativa y jurídica. Por consiguiente, entiende que el mero deseo de acabar con operaciones consideradas como abusivas, las cuales pueden en ocasiones diferenciarse de las ilícitas, no es suficiente motivo para atajar el problema por cualquier medio.

El autor pone de manifiesto la obligación de los Estados de basarse en fuentes de Derecho, en normas vinculantes y de obligado cumplimiento para poner fin a esta índole de operaciones agresivas.

Aunque confía en muchas de las propuestas planteadas en este extenso proyecto, sin que se puedan abordar por razones de extensión y de objeto del trabajo cuáles suscitan ciertas dudas, el autor quiere dejar constancia que por el momento este informe no deja de ser “soft law”. Lo cual lleva en última instancia a esperar la respuesta por parte de los Estados respecto la inclusión de las recomendaciones propuestas en forma de norma interna o convenida en sus ordenamientos internos.

Por último, no cabe olvidar que de momento el proyecto se encuentra en su ecuador. El siguiente año será crucial en la medida en que se van a desarrollar nuevas acciones y sobre todo, en relación a diciembre 2015, momento en el que tendrá lugar la publicación de modo definitivo el denominado convenio o instrumento multilateral.

LA REPETICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS UNA VEZ
HAN SIDO ANULADOS POR SENTENCIA JUDICIAL, CON
INDEPENDENCIA DE CUÁL HAYA SIDO EL VICIO O DEFECTO
DETERMINANTE DE LA ANULACIÓN. COMENTARIO A LA STS 29
SEPTIEMBRE 2014, REC. N° 1014/2013

THE REPETITION OF THE TAX ADMINISTRATIVE ACTS ONCE THEY
HAVE BEEN ANNULLED BY COURT ORDER, REGARDLESS OF WHICH
HAS BEEN THE VICE OR DEFECT DETERMINING ANNULMENT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 707-718.

Fecha entrega: 17/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia
fdo_hernandez@yahoo.es

RESUMEN: La reiteración de liquidaciones tributarias cuando han sido anuladas en sede judicial es una práctica habitual de la Administración Tributaria. La jurisprudencia ha sostenido distintas posturas ante dicha situación y, el Tribunal Supremo, en unidad de doctrina, establece cuando procederá o no volver a dictar un nuevo acto administrativo de liquidación cuando haya sido anulado anteriormente por defectos de fondo, materiales o sustantivos.

PALABRAS CLAVE: liquidación tributaria, anulación, facultades administrativas.

ABSTRACT: The reiteration of tax assessments when they have been annulled in court is a common practice of the Tax Administration. The case law has held various positions with this situation and the Supreme Court, in doctrine of unity, established when will proceed or not to issue a new administrative act of settlement when it has been previously annulled by background defects, material or substantive.

KEY WORDS: tax assessment, annulment, administrative faculties.

1. La sentencia comentada tiene su origen en el sempiterno debate sobre la posibilidad de volver a practicar liquidación tributaria al sujeto pasivo cuando éste ha obtenido una sentencia judicial favorable por virtud de la cual se anulaba la deuda tributaria exigida por la Administración. Esta práctica de reiterar las liquidaciones tributarias cuando han sido anuladas ha tenido diversas posiciones jurisprudenciales como se expone en la propia sentencia objeto de comentario y ha dividido a la doctrina en varias posturas en relación a dicho supuesto.

La entidad recurrente impugna la sentencian de la AN que razonó su fallo sobre la base de que la anulación de las liquidaciones por el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) mal practicadas por la Agencia Española de la Administración Tributaria (en adelante AEAT), no impide a ésta la práctica de nuevas liquidaciones en relación con el mismo tributo y ejercicios afectados, teniendo en cuenta únicamente dos limitaciones: la que impone la prescripción de los derechos de la Administración a determinar la deuda Tributaria a través de la oportuna liquidación, y la que impone el principio que prohíbe la *reformatio in peius*. La sentencia del TS que se comenta acepta esta doctrina y desestima el recurso de la interesada. Dando, por consiguiente, un aval a la reiteración de las liquidaciones anuladas aunque su defecto, admite la sentencia, sea de carácter sustantivo.

El supuesto de reiteración había sido analizado hasta la fecha diferenciado entre vicios de forma y fondo, siendo más estrictos y limitativos los pronunciamientos judiciales cuando de vicios de fondo se trataba dado que, evidentemente, la sentencia jurisdiccional tenía alcance sustantivo o material. La sentencia comentada da un paso más a favor de la AEAT y le otorga la facultad de volver al liquidar aunque el vicio del acto anulado por el Tribunal sea de carácter sustantivo y no meramente formal. Es de advertir que de los siete Magistrados de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tres formulan voto particular, por lo que se observa que la solución dada por el Alto Tribunal no es del todo pacífica.

2. Esta sentencia del TS es relevante dado que se dicta en el recurso de casación para la unificación de doctrina y este recurso está previsto para cuando existen diversas sentencias de órganos jurisdiccionales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia) con los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, existen pronunciamientos distintos. Dirimiendo el TS la contradicción doctrinal.

Como se ha expuesto, el debate jurídico de la sentencia comentada consiste en determinar si existe la facultad administrativa de reiterar los actos de liquidación tributaria cuando, anteriormente, han sido anulados por un Tribunal jurisdiccional.

Concretamente, si cuando dicho pronunciamiento se debe a defectos de fondo, materiales o sustantivos.

Al tratarse de un recurso de casación para la unificación de doctrina (LJCA art. 96 y siguientes), lo primero que se debe exponer son las posiciones de las sentencias con pronunciamientos distintos a la sentencia recurrida de la AN y que son alegadas por la demandante. A tal efecto, se exponen los siguientes fundamentos jurídicos:

1º) El defecto en la determinación de los periodos de liquidación de IVA es un vicio de fondo y, por lo tanto, no procede la retroacción de actuaciones prevista para los casos en que la anulación sea consecuencia de defectos formales (STSJ de Cataluña 13 enero 2011, rec. 597/07).

Esta sentencia entiende que existe una diferencia de consecuencias jurídicas entre las resoluciones pronunciadas sobre el fondo de las que son sobre defectos de forma. Así, sostiene que ante una anulación jurisdiccional por vicios de carácter adjetivo, la AEAT dispone de la facultad de retomar el procedimiento y practicar de nuevo la liquidación (corrigiendo el defecto señalado por el Tribunal). No siendo posible esta retroacción de actuaciones cuando el vicio es sustantivo o material.

2º) Incurriendo en el mismo defecto sobre determinación del periodo de liquidación del IVA, se trata de un vicio de origen sustancial y no cabe practicar nueva liquidación (STSJ de Cataluña 27 noviembre 2008, rec. 214/05).

En este supuesto el Tribunal concluye como el caso anterior y determina que se trata de un defecto de origen sustancial y, por lo tanto, no procede practicar otra liquidación, sin entrar a valorar la diferencia entre pronunciamientos sobre Derecho adjetivo o sustantivo.

3º) Por último, el caso por el que la Inspección no calculó bien la determinación del devengo en el Impuesto sobre Sociedades y el Tribunal Económico-Administrativo Central ordenó la retroacción de actuaciones para que se calcularan los ingresos devengados. Ante este mandato del Tribunal administrativo, el órgano jurisdiccional sentenció que la retroacción de actuaciones no puede ser un instrumento que quepa utilizar con la finalidad de conceder a la Administración una segunda oportunidad para practicar otra nueva liquidación (SAN de 25 de septiembre de 2008, rec. 237/05).

Este pronunciamiento sostiene, como ya haría hace años el TSJ de la Comunidad Valenciana, la tesis del “ tiro único ”. Es decir, la Administración dispone de la facultad de practicar liquidaciones tributarias a los sujetos pasivos cuando entienda que éstos no han determinado o declarado correctamente la deuda tributaria. Mas, ejercida esta facultad, si ha incurrido en alguna ilegalidad y dicho vicio se decreta en sede jurisdiccional, ya no cabe reiterar más actos administrativos. Entre otros motivos por seguridad jurídica, como así defiende la sentencia alegada por al demandante.

Por lo tanto, la doctrina jurisprudencial queda enmarcada en la disyuntiva sobre la posibilidad o no de dictar nueva liquidación cuando el contribuyente ha vencido en sede jurisdiccional y la impugnación de la regularización tributaria fue por motivos de fondo.

3. La sentencia que analizamos parte de la sentada doctrina que admitía que, ante la anulación del acto administrativo por un defecto de forma, cabía la retroacción de actuaciones para subsanar el vicio en el expediente y proceder de nuevo a dictar otra liquidación tributaria. A su vez, y por contra, cuanto la anulación de acto era por vicios materiales o sustantivos, no se podía retrotraer las actuaciones. Situación jurídica esta que era, precisamente, la ventilada en autos.

Sin embargo, lo nuevo de la fundamentación jurídica del TS en la sentencia comentada es admitir que, no siendo viable la retroacción en los supuestos de defecto sustantivo, sí procede la práctica de una nueva liquidación “sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente”(sic). Por lo tanto, esta sentencia deja la puerta abierta a la AEAT a volver a dictar liquidación tributaria cuando ha sido vencida en los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo: bien sea por defecto de forma, al poder retrotraer al procedimiento administrativo y corregir el vicio; bien se por defecto sustantivo, volviendo a dictar la liquidación sin incurrir en la misma ilegalidad.

4. Para centrar el presente comentario debemos comenzar exponiendo el régimen de recursos que proceden ante una liquidación tributaria; primero en la vía de revisión administrativa y, a continuación, la revisión jurisdiccional. A tal efecto, tomaremos el caso de autos que, al tratarse del IVA, nos sitúa ante un impuesto estatal y gestionado por la AEAT. Por lo que su régimen de recursos administrativos está previsto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) y el procesal en la Ley 29(1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA). Esta delimitación previa de los medios de impugnación resulta del todo necesaria para fundamentar el presente comentario. Y ello porque, no debemos olvidar, la sentencia se pronuncia sobre los efectos de la resolución jurisdiccional y no sobre los de una resolución administrativa.

La primera revisión que se ofrece al sujeto pasivo –y por lo tanto, también la posibilidad de corregir la Administración su acto- es el recurso de reposición (LGT art. 222 y ss.). Frente a la desestimación del recurso pronunciado por la propia Administración que dictó la liquidación, el interesado puede impugnar dicho acuerdo ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (LGT art. 226 y ss.). Seguidamente, para el caso de volver a obtener una resolución desestimatoria de su pretensión, el interesado debe interponer un recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (LGT art. 241 y ss.). En resumen, tras las

alegaciones en el trámite de audiencia previo a la liquidación tributaria, el contribuyente ha podido llegar a formular hasta tres recursos administrativos para que la AEAT corrija su acto administrativo. En el caso de autos, la empresa demandante no ejerció su derecho a recurrir en reposición y por ello formuló dos recursos económicos-administrativos previos a la vía jurisdiccional. Es decir, el acto administrativo cuestionado puede ser revisado hasta en tres ocasiones por la propia Administración, dos veces en el caso de autos, y con ello tiene la posibilidad de corregir sus vicios en reiteradas ocasiones.

Es importante considerar lo anteriormente expuesto porque la cuestión debatida es determinar qué sucede cuando el contribuyente ha tenido que defender su posición jurídica en sede administrativa, en varios Tribunales de la misma naturaleza y de los que se dota la propia Administración para corregir los posibles vicios de su actuación y, finalmente, se ve obligado a impetrar el auxilio judicial que estima su recurso.

5. Un buen punto de partida para comentar los derechos y principios jurídicos presentes en el debate doctrinal son los que propuso la STSJ de la Comunidad Valenciana 17-6-10, rec. 3003/2008. Esta sentencia, que recogía el testigo a su predecesora conocida como “tiro único”, tuvo el valor de desarmar con brevedad, a la vez que brillantez, la doctrina que sostiene la facultad de reiterar las actuaciones inspectoras, y ello lo consigue al poner de relieve que la fundamentación de esta postura -basada en la conservación de los actos administrativos- se establece para la vía de revisión administrativa. No en vano, esa previsión está regulada en los artículos 64 a 67 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Y con ello, pone de manifiesto algo tan evidente como que el régimen jurídico de los efectos de las resoluciones judiciales lo determina la LJCA, amén de la Ley 19/2003, Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y la Constitución Española (en adelante CE).

Tras defender la imposibilidad de liquidar por segunda vez, la sentencia del Tribunal valenciano pasa a exponer sus fundamentos de derecho sobre la base de la seguridad jurídica (9.3 CE), la tutela judicial efectiva (24.1 CE) y los efectos de la cosa juzgada. Argumentos que son presentados con acierto y que, a nuestro entender, son difíciles de refutar al no existir mejor recurso que la Carta Magna para dirimir una controversia jurídica (art. 5.1 LOPJ). Por último, esta sentencia cita a dos maestros del Derecho Administrativo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, que mantienen una posición en línea con la manifestada por la Sala del citado TSJ. Siendo importante destacar que estos autores, son un referente en materia de control de la arbitrariedad de la Administración. La sentencia concluirá que no resulta factible reiterar los actos administrativos tributarios una vez que los mismos han sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación.

Dicho esto, y participando como se ha dicho de los fundamentos vertidos en por el TSJ de la Comunidad Valenciana, cabe abundar en otros argumentos en contra de la postura que admite la reiteración de liquidaciones tributarias. Por ejemplo, a esta doctrina que se soporta sobre las potestades administrativas derivadas de la LRJPAC, también se le podría oponer que existen preceptos en dicha norma que vetarían la reiteración del acto. En este sentido resultaría del todo aplicable el artículo 110.3 de dicha Ley que establece que “los vicios o defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por los que los hubieran causado”. Lo que en nuestro caso se podría traducir como que: la Administración liquidadora causante de la nulidad, no puede alegar su derecho a reliquidar como consecuencia de su acto anulado, pues ella es la causante del vicio o defecto del mismo.

Asimismo, y en los supuesto de revisión de oficio, resulta sintomático que la LRJPAC establezca en su artículo 106 denominado “límites a la revisión” que las “facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes”. Es decir, la Administración no puede revisar su acto cuando por “circunstancias” resulte contrario: a la equidad (¿acaso no es contrario a la equidad el privilegio de actuar hasta acertar?); a la buena fe (¿no resulta contrario a la buena fe que el vencedor del pleito sufra la repetición del acto?); al derecho de los particulares (¿no es contrario al derecho a la seguridad jurídica?); o a las Leyes (no es contrario a las Leyes que establecen los efectos de la cosa juzgada). Todas estas circunstancias resultan más procedentes si cabe en nuestro caso, pues la revisión no es de oficio sino jurisdiccional. Y en este sentido, si la Administración se autoimpone limitaciones a su facultad revisora cuando es ella misma la que se juzga, mayor rigor jurídico deberá mostrar cuando la revisión se realiza en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

6. En cuando a la previsión normativa de esta cuestión la LGT dispone conforme proponemos pues, la referencia a la retroacción de actuaciones contenida en el artículo 150.5 de dicha ley, establece que “cuando una resolución judicial o económico-administrativa ordene la retroacción de actuaciones inspectoras, éstas deberán finalizar...”, es decir, confirma que para que la Administración Tributaria pueda retrotraer la actuación es preceptiva la orden expresa del órgano económico-administrativo y, en su caso, el jurisdiccional. Siendo únicamente factible para este último supuesto cuando el fallo sea de estimación a una petición de retroacción del demandante, y no cuando se solicite sencillamente la nulidad, pues el Tribunal no puede dejar de observar el principio procesal de congruencia de las sentencias (art. 33 LJCA).

Llegados a este punto, conviene ampliar los argumentos sobre las consecuencias del procedimiento jurisdiccional y la ejecución de sentencias. A tal efecto, la LJCA dispone dos preceptos claves para dar respuesta a la cuestión que aquí se analiza. El artículo

103.4 de la citada Ley, establece enérgicamente que “serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”. Por otra parte, el artículo 108.2 también refuerza nuestras tesis al preceptuar que “si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el Juez o Tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el incumplimiento”. El mandato de estos dos artículos es claro, la Administración debe estar a lo pronunciado y establecido en la sentencia, en otras palabras, el fallo fija una situación jurídica determinada y determinante. Y por ello la LJCA responde con la nulidad de pleno derecho a la actuación administrativa contraria a lo dispuesto en el fallo.

En conexión directa con lo expuesto, sólo restaría ver qué pronunciamientos permite la ley jurisdiccional para resolver las impugnaciones de actuaciones administrativas. Y en este sentido, el artículo 68 de la citada Ley, establece que las sentencias pronunciarán alguno de los siguientes fallos: a) inadmisión del recurso, b) estimación o desestimación del mismo.

En el supuesto de la sentencia analizada interesa la situación de estimación del recurso que, a tal efecto, desarrolla el artículo 71.1 a) y b) de la LJCA al establecer que: “cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada. Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma”.

En resumen, la ley procesal dictamina que la sentencia estimatoria anulará el acto (total o parcialmente) y sólo en el supuesto de que se hubiese pretendido por el obligado tributario el “reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada” reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. Medidas que al amparo del apartado c) del dicho artículo 71.1, podrán consistir en la emisión de un nuevo acto. Por lo tanto, únicamente procederá la reliquidación tributaria cuando el órgano jurisdiccional estime el recurso contencioso-administrativo y el demandante haya pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada cuya medida a adoptar sea, precisamente, la emisión de un nuevo acto administrativo.

Por otra parte, la facultad que supone reiniciar un procedimiento con la intención de repetir el acto anulado por los Tribunales, o dictar otra vez liquidación tributaria, no hace otra cosa que blindar a la Administración Tributaria de los efectos de las sentencias jurisdiccionales, pues éstas, en la mayoría de los casos, no tendrán más consecuencias que la simple molestia para el órgano liquidador de imprimir un nuevo

acto subsanando el vicio o defecto. Otorgando este privilegio de reliquidar hasta acertar, una especie de cuasi inmunidad jurisdiccional de la Administración Tributaria que se permite sobrepasar el fallo jurisdiccional y reiterar el acto que ha sido anulado. Por ello, además de todo lo fundamentado hasta ahora, esta actividad podría calificarse de arbitraria y, por lo tanto, estar proscrita por nuestra Lex Superior de conformidad con su artículo 9.3. Pues no cabe olvidar que la arbitrariedad “es, ante todo, injusticia del Estado, del gobernante, que pretende eximirse del orden por él creado y reclama para sí una libertad de incumplirlo a su antojo que a los ciudadanos niega con todo la fuerza coactiva de poder que estos han delegado en él. Es, pues, la injusticia por antonomasia, la antítesis de la justicia, su negación más radical” [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid (1999): Civitas, p. 80].

En efecto, como tiene establecido la STS 28 febrero 1989 (RJ 1989, 1158), “la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnimoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario”, y por lo tanto, si la Administración Tributaria pretende reiterar su acto administrativo después de haber sido anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, debería disponer al menos de una norma y procedimiento que le habilite para ello, pues de lo contrario podríamos encontrarnos ante una arbitrariedad. Siendo importante destacar a estos efectos, que los elementos que deben reglar esta potestad, no son sólo la competencia del órgano administrativo y el procedimiento a través del cual se ejerce, sino también “su propia existencia, su extensión concreta, las formas para su ejercicio, el fondo y el fin para los que se concede” [STS 13 abril 1992 (RJ 1002, 2639)].

Por lo tanto, al no existe precepto válido para la reliquidación cuando no está ordenada por el órgano revisor (LGT art. 150.5), dicha actividad carece de habilitación legal. Por lo que nos encontraríamos ante un incumplimiento del artículo 103.3 CE que le establece a la Administración el deber de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

7. Retomando a los autores antes citados, conviene analizar lo que exponen en su manual de Derecho Administrativo para ahondar en la validez de los argumentos que niegan la posibilidad de practicar nueva liquidación cuando no ha sido solicitado por el demandante. A este respecto, analizan los pronunciamientos de los Tribunales que, acogiendo el defecto formal como base de los mismos, declaran la nulidad de lo actuado desde el momento en que dicho defecto fue cometido y, en consecuencia, condenan a la Administración a retrotraer el expediente a dicho momento y reconstruirlo a partir de él. Esta práctica, según los catedráticos aludidos, “carece de

justificación institucional, porque si el defecto de forma tiene verdadera trascendencia por haber sustraído elementos de juicio de valor esencial, lo que procede es anular el acto viciado pura y simplemente, sin añadir orden alguna de reconstruir el expediente” [GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I. Navarra (2008): Thomson-Civitas, p. 658].

Además, continúan afirmando que “nada autoriza, pues, a incluir ningún otro tipo de declaraciones, que tampoco puede la Administración hacer después con la finalidad de eludir el exacto cumplimiento de los pronunciamientos”, pues, concluyen, “supone en muchos casos una prima a la ilegalidad y una condena en perjuicio del recurrente, porque se deja en manos de la Administración prolongar indefinidamente la situación de injusticia” y “lo que procede es declarar sin más la nulidad de dicho acto y restablecer de inmediato la situación del recurrente indebidamente alterada por el mismo” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho*, cit., p. 658).

Por último, sólo restaría citar como fundamento a favor la imposibilidad de reiterar la liquidación traer a colación los principios generales del Derecho dado su carácter informador y de fuente del ordenamiento jurídico (CC art. 1). En este sentido, procede el enunciado por Ulpiano: “nemo auditor propriam turpitudinem allegans”, que vendría a establecer en nuestro caso que la Administración Tributaria no puede ampararse en los propios errores (en sintonía con el artículo 110.3 LRJPAC), para justificar la interrupción de la prescripción de su derecho a liquidar, y volver a someter al contribuyente a otra regularización fiscal. También resulta desproporcionado admitir este supuesto por virtud del cual, tras vencer en los tribunales después de más de diez años pleiteando (el supuesto de autos las liquidaciones impugnada era por los ejercicios 1999 a 2001, y la sentencia de 2013), la consecuencia es que se vuelva a girar otra liquidación. Máxime si se da el caso de la suspensión de la ejecución del acto porque ello supondrá el incremento de la deuda tributaria al tener que añadir intereses de demora. También afecta al principio de igualdad de trato dado que, cuando la infracción normativa la comente el contribuyente, la consecuencia, junto con la liquidación, es la sanción tributaria o el recargo. No se le permite presentar otra declaración fiscal corrigiendo el defecto. Por ejemplo, si el contribuyente yerra en el periodo de devengo del IVA –como hizo en el caso analizado la Inspección- la regularización llevará un plus de carga tributaria; ya sea en forma de recargo, ya sea sanción. O por ejemplo, cuando el contribuyente no acredita una deducción cuando la Inspección regulariza su situación fiscal, recibirá una liquidación tributaria (seguramente con sanción) aunque posteriormente intente subsanar la omisión o defecto de justificación.

8. En definitiva, no existe norma habilitante para que la Administración Tributaria reitere su acto administrativo de liquidación una vez anulado por los órganos jurisdiccionales sin que éstos no lo hayan ordenado. Esta ausencia de norma para dictar

un acto como el tributario (perfectamente reglado) puede incurrir en arbitrariedad. Además, choca frontalmente con la tutela judicial efectiva y los efectos de la cosa juzgada. Por todo ello entendemos que esta sentencia no es justa y abre un portal a la inseguridad jurídica dado que el administrado que ve estimado su recurso por un Tribunal jurisdiccional, no tiene la certeza de adquirir una situación jurídica definitiva. Todo ello amén de soslayar el derecho a una buena Administración que reconoce el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al reconocer a toda persona que sus asuntos se traten de forma imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

La repetición de actos administrativos tributarios una vez han sido anulados por...

INCENTIVOS FISCALES A LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA
CON EL BIEN COMÚN

TAX INCENTIVES FOR COMPANIES' RESPONSABILITY FOR THE
COMMON GOOD

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 719-734.

Fecha entrega: 17/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

VICENTE GOMAR GINER
Adjunto 2º a la Secretaría General del IDIBE
vicentegomar@hotmail.com

RESUMEN: Una de las principales causas de los continuos problemas manifestados por el sistema económico en el que nos encontramos se debe a la idea de base de que la persona más valorada es aquella que más ingresa. Sin embargo, en este estudio queremos proponer un cambio en la misma, pasando a considerar que la persona más valorada es aquella que mejor reinvierte en la sociedad, buscando el bien común. Para ello, vamos a plantear una serie de medidas prácticas y realistas centrándonos, sobretudo, en cuestiones tributarias, así como otras medidas relacionadas con la Seguridad Social, subvenciones, aduanas y la concesión de premios.

PALABRAS CLAVE: Bien Común, sistema económico, incentivo fiscal, empresa, tributo, Seguridad Social, aduana, subvención, premio, economía.

ABSTRACT: One of the main reasons for ongoing problems evident in the current economic system is the flawed assumption that the most valued citizen is the one who earns the most money. However, in this study we would like to propose a change in that concept, asserting instead that the most valued citizen is the one who invests money in society to promote the common good. To that end, we are going to raise several practical and realistic measures focusing on tax matters, and other measures related to Social Security, customs, grants and rewards.

KEY WORDS: Common Good, economic system, tax incentive, company, tax, Social Security, customs, grants, price, economy.

1. La profunda crisis financiera y económica en la que España, y gran parte del mundo, se encuentra inmersa es fruto de un cúmulo de decisiones fallidas y cortoplacistas que, en mayor o menor medida, han adoptado todos los sectores de la población. Se trata de una opinión o un análisis más o menos asentado y admitido por la mayoría de expertos y por la sociedad en general. Ahora bien, estas decisiones deben tener un origen, una causa, que ha hecho que sean finalmente adoptadas.

Pensando diferentes opciones, se podría llegar a la conclusión de que se trata de la manifestación práctica de los valores que gobiernan la mayor parte de la sociedad actual de consumo y que, por tanto, se transforman en las preocupaciones implícitas de la misma. La mayoría de gente seguramente no es consciente de ello, pero al final las decisiones se adoptan persiguiendo ese fin. Este fin o preocupación es el que las personas suelen ser más valoradas cuanto más dinero tienen o manifiestan y no por cómo utilizan ese dinero de más. Tampoco por cómo lo han obtenido. Por ejemplo, a una persona, o a un empresario, o a un banquero, que conduce un coche de una marca como “Ferrari” o “Porsche” se le suele valorar más, por lo menos a primera vista, que a otro que conduzca un “Seat” o un “Honda”, por el hecho de que se le presupone un mayor nivel de ingreso y, por tanto, está en un estrato superior.

Sin embargo, una reflexión que me parece interesante en estos casos es, ¿y, precisamente, por qué no se les valora menos?, puesto que, al fin y al cabo, ese sobrecoste del coche, con respecto a muchos otros que satisfacen la misma necesidad de transporte, podría haberlo dedicado a ayudar a la Asociación Asindown o a la Casa de la Caridad de Valencia, por citar algunos ejemplos. Este pensamiento es al que nos conduciría la naturaleza humana, que persigue la solidaridad, la cooperación, el respeto... pero no al que nos conduce el sistema económico actual, que ha acabado por desvirtuar las verdaderas necesidades del ser humano.

Y aquí es donde surge el interés que despierta este modelo económico cuyo objetivo es el bien común. Aquí no se valoraría sólo el nivel de ingresos, sino la repercusión de los mismos en la sociedad, por lo que estaría mejor valorada una empresa que gana menos, pero beneficia más. Está claro que no se trata de un proceso fácil, pero tampoco parece que la soluciones que ofrece el sistema económico actual sean mucho más fáciles y, además, el resultado que se obtendría ya lo conocemos.

2. Como resulta de la obra de libro de FELBER, C.: *La Economía del Bien Común*, 10^a ed. Deusto (2012): Deusto S.A. Ediciones, ésta lo que pretende es fijar y desarrollar una economía sostenible real y alternativa a los mercados financieros en la que necesariamente tienen que participar las empresas. Para lograrlo se pretende reconducir el objetivo actual de lograr el mayor nivel de ingresos, a lograr el mayor bienestar de la sociedad. Pretende ser un modelo alternativo al capitalismo y al

comunismo, situándose en un punto intermedio, ya que, de hecho, surge para romper con la sentencia “quien está contra el capitalismo, está con el comunismo”.

Entre los puntos centrales del mismo podemos destacar varios principios. En el primer punto se establecen los valores que han de regir el sistema, que son la confianza, cooperación, aprecio, democracia y solidaridad. Por tanto, todos los incentivos que se adopten deben tener como objetivo la consecución de los mismos. Otro punto que me parece interesante es el quinto, en el que se establece que el balance financiero pasa de ser un fin a un medio y el impuesto sobre el beneficio sería eliminado. Además, en el punto sexto, se establece que las empresas permanecerán en su tamaño óptimo, por lo que no estarán obligadas a crecer. Otra medida curiosa es la establecida en el punto 16, en el que se defiende que cada diez años de profesión, los trabajadores gocen de un año sabático, así se reduciría el desempleo un 10% en la Unión Europea.

Ya encontramos referencias al mismo desde hace siglos, aunque sin una concreción como la actual. Jean-Jacques Rousseau, en su libro “Del contrato social o Principios del estado de derecho”, en el libro II, capítulo 3, ya afirmó que la voluntad general, encaminada hacia el bien común, es la base de todo poder legítimo. Incluso una Constitución, la de Baviera, de 1946, estableció en su artículo 151: “Toda actividad económica sirve al bien común”. Sin embargo, la definición del mismo no llegó hasta el año 2008, en el que C. FELBER, en su libro *Neue Werte für die Wirtschaft – Eine Alternative zu Kommunismus und Kapitalismus*. Viena (2008): Deuticke, estableció una serie de propuestas específicas y sentó las bases del nuevo sistema.

Aunque para algunos pueda parecer una idea onírica y poco práctica, lo cierto es que no son pocos los economistas que han defendido el modelo, incluyendo algunos de gran repercusión como los premios Nobel Joseph E. Stiglitz o Amartya Sen, e incluso influyentes líderes occidentales como Nicolas Sarkozy, cuando en 2008 creó la Comisión Internacional para la Medición del Desempeño Económico y el Progreso Social, o Gordon Brown.

Además, existe el caso de un país, el Reino de Bhután, que tiene implantado un sistema similar. En este aislado reino del Himalaya, situado entre los dos países más poblados del mundo, China y la India, se ha sustituido el Producto Interior Bruto por la Felicidad Interior Bruta como manera de determinar el progreso de la nación. La idea es que el modo de medir el progreso no debe basarse estrictamente en el flujo de dinero, ya que el progreso tiene lugar cuando los avances en lo material y en lo espiritual se complementan y se refuerzan uno a otro.

Ahora bien, debido a las particularidades de Bhután, que se trata de una economía muy pequeña, fundamentalmente agrícola, hace que el caso sea prácticamente inexportable hacia las grandes potencias occidentales, con complejos sistemas económicos, un alto grado de culturización y multitud de intereses contrapuestos. Sin embargo, a pesar de estas realidades, la economía de Bhután fue la segunda que

más rápido creció en todo el mundo en el año 2007, justo el momento de máximo esplendor de los fornidos países occidentales. Y no sólo eso, sino que además, en esta época, se ha dicho que estos países han vivido por encima de sus posibilidades. Esto hace que, por lo menos, se le deba dar un cierto margen de credibilidad al sistema de la Economía del Bien Común.

En este trabajo, movidos por la convicción de que, aunque no pudiese salir adelante el modelo de la Economía del Bien Común, hay que analizarlo y descubrir sus posibilidades potenciales. Para ello, propondremos una serie de medidas o incentivos que se podrían adoptar para fomentarla, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y culturales de las que partimos, que no son las mismas que las del Reino de Bhután.

3. Como afirma el punto quinto del Informe en el que se recogen los 20 puntos principales de la Economía del Bien Común, el balance financiero pasa de ser un fin a un medio. Esto nos lleva a plantearnos que, por un lado, el objetivo de las empresas tiene que seguir siendo el de aumentar sus beneficios, algo tremendamente práctico, puesto que sino no tendría ningún sentido arriesgarse a montar una empresa. Pero, y aquí es donde se encuentra el factor diferencial de este sistema, esos beneficios deberán reinvertirse en beneficio del bien común y la cooperación. Por tanto, vamos a plantear algunas propuestas que permitan a las empresas aumentar su nivel de ingresos, pero vinculándolos necesariamente a la reinversión de esos beneficios en atención al bien común, ya que sino podría convertirse en pista libre para los defraudadores fiscales. Para poder gozar de las ventajas que se van a plantear deberán justificarse mediante documentos oficiales al bien común y serán objeto de duras sanciones los intentos de estafa por este medio.

Además, buscando que las propuestas sean prácticas y puedan llevarse a cabo, teniendo en cuenta la situación de crisis en la que nos encontramos, no pueden suponer un gasto económico excesivo, ni para las Administraciones, ni para las empresas, ni para las personas. Como decía el filósofo español José Ortega y Gasset, “Yo soy yo y mis circunstancias”, por lo que no basta que la idea sea buena, sino saber llevarla a cabo en las circunstancias en las que uno se encuentra. Por ello, en las medidas que a continuación se plantearán, intentaremos ser especialmente sensibles con este hecho.

3.1. Uno de los gastos principales en los que las empresas o empresarios suelen tener especial interés en reducir son los impuestos. Pero éstos, a su vez, suponen el principal ingreso del Estado, ya que, según datos de Agencia Tributaria, los impuestos representaron el 97’82% de los ingresos totales del Estado en el año 2011. Es más, desmenuzando más el análisis, el 84’93% de los ingresos corresponden a sólo tres impuestos, el IRPF (37’73%), el IVA (28’52%) y el IS (18’68%). De estos tres impuestos principales, probablemente el que podría resultar

más de difícil de modificar sería el IVA por la influencia que podría ejercer la Unión Europea. Por tanto, en un primer momento, nos centraremos en los otros dos.

3.1.1. En primer lugar, respecto al IRPF, cabe destacar el hecho de que el 50% de la recaudación corresponde a las Comunidades Autónomas, en adelante CCAA, por lo que el efecto de la reducción de ingresos sería compartido entre el Estado y las CCAA y, en principio, esa reducción podría ser superior que en otros casos. Además, las CCAA tienen competencia para establecer deducciones, lo que unido a su mayor proximidad y concienciación de las necesidades concretas de su región, pueden facilitar su adopción.

Una medida concreta sería la creación de una deducción en el IRPF a aquellas personas que lleven a cabo actividades sociales, como ayudar en los comedores sociales u ofrecer cobijo a personas sin recursos. Se establecería una lista en la que se fijarían las actividades que están sujetas a la deducción, dejando abierta la posibilidad a alguna actividad que no se encuentre en la misma, pero en cuyo caso debería justificarse el beneficio que aporta a la sociedad y deberá ser admitida por un organismo oficial. De esta manera, por un lado, se aceleraría el proceso en las actividades definidas en la lista y, por otro, no se fijaría una limitación respecto a otras, sino que se permitirían actividades nuevas que no hubiesen sido contempladas o que surgiesen como consecuencia de nuevas necesidades que aparezcan. Así mismo, se definiría una deducción máxima y una mínima en función del coste económico, o coste de oportunidad, que le ocasione al voluntario. En principio, no se diferenciaría la cuantía de la deducción en función de las actividades, para evitar la aglomeración en unas y la escasez en otras. Eso sí, debería existir una entidad que se encargue de organizar las actividades, para dotar de un cierto orden y seguridad al proceso, aunque luego puedan llevarse a cabo otras fuera de esta entidad, siempre que se encuentren debidamente justificadas y admitidas por un órgano oficial.

Otro incentivo que podría establecerse en el IRPF es la deducción para los desplazamientos del trabajo al domicilio, y viceversa, en transporte público, puesto que esto reduciría los niveles de contaminación ambiental y acústica. Se establecería fundamentalmente para dentro de los grandes núcleos urbanos, en los que la utilización del transporte propio es menos indispensable que cuando el transporte se lleva a cabo entre pueblos, dado que suele haber menor servicio, y la contaminación se encuentra más concentrada. Así mismo, también podría establecerse una deducción por aportaciones a asociaciones de desarrollo de la Economía del Bien Común, que se dediquen a fomentar confianza, cooperación, aprecio, democracia y solidaridad entre las personas.

Así mismo, haciendo especial hincapié en un problema que se encuentra en plena actualidad, podría establecerse una especial deducción en el IRPF a los emprendedores que se comprometan a desarrollar este tipo de actividades. Este compromiso debería constar por escrito, firmado y detallando la actividad que se

pretende desarrollar, aunque podría llevar a cabo actividades diferentes, siempre y cuando beneficien a la sociedad, lo que vendrá determinado por un órgano oficial. En caso contrario, su incumplimiento generaría responsabilidades civiles o fiscales, lo que provocaría sanciones económicas y la fijación de un precedente en su historial. Esto podría ayudar a incorporar nuevas ideas, más jóvenes y dinámicas, en un sector que se encontraría en plena ebullición, pero controlando la entrada de aquellas personas que solo buscasen beneficiarse ellos mismos, y no beneficiar a la sociedad.

Además, la reducción de ingresos que conllevaría las deducciones fiscales podría verse, en parte o totalmente, compensado por el menor gasto social que conllevaría a la Administración. Con ello, se perseguiría la reinversión de los beneficios de las personas en favor de la comunidad y, además, de una manera sostenible, algo que es digno de destacar.

3.1.2. En segundo lugar encontramos el Impuesto de Sociedades (IS), cuyo supuesto de partida es diferente. En éste, a diferencia del IRPF, el 100% de la recaudación corresponde al Estado, lo que conlleva que todo el efecto de la reducción de ingresos recaiga sobre el mismo, por lo que no puede ser muy pronunciada.

Una propuesta concreta que podría ser interesante sería el incorporar la libertad de amortización para la adquisición de inmovilizado material, siempre que vaya a ser utilizado para desarrollar una actividad que persiga el bien común, fomentando alguna actividad solidaria o de cooperación, o que tenga como objetivo promover el conocimiento de este sistema alternativo entre la sociedad, de manera que vaya siendo conocido por parte de la población. De esta manera, la factura de las empresas disminuirá considerablemente, lo que les permitirá llevar a cabo un mayor número de adquisiciones.

Además, podría llevarse a cabo una deducción en el IS a aquellas empresas que ofrezcan buenas condiciones de trabajo o que celebren contratos con proveedores o clientes que fomenten esas prácticas. Para evaluarlo, se llevarán a cabo encuestas mensuales online que serán totalmente anónimas y que evaluarán diferentes áreas, como el respeto en el trato de los superiores a los trabajadores, respeto entre trabajadores, facilidades que se ofrecen para la conciliación familiar o el grado de motivación que se fomenta en la empresa, entre otras, dado que son aspectos que influyen en el nivel de bienestar de los trabajadores. A cada área se le asignará una puntuación y, en función del número de puntos obtenidos, se podrá optar a una deducción mayor o menor. Así mismo, en caso de resultar la puntuación excesivamente baja, podría incluso sancionarse a la empresa. Estas encuestas no sólo permitirán determinar el grado de deducción o sanción de las empresas, sino que permitirá a la propia empresa ser consciente de los aspectos en los que falla y, de esta manera, poder solucionarlos. Las encuestas serán online, para evitar un coste

excesivo de papel y transporte, y anónimas, para evitar posible presiones de los superiores.

Además, aplicando el doble juego de deducción-sanción se permite que, en caso de que hayan empresas que no cumplan y deban de soportar sanciones, aumenten los ingresos del Estado y de las CCAA, de manera que la reducción de ingresos se vea, en cierta medida o totalmente, compensada.

Ahora bien, imaginamos que en el medio-largo plazo, la gran mayoría de empresas podrán acogerse a esta deducción, lo que supondrá, por un lado, una reducción de ingresos del Estado y de las CCAA, pero, por otro lado, al mejorar las condiciones de trabajo, y fomentar de esta manera la productividad, una mejora de la sociedad en general. Aquí podríamos observar que, en principio, podría cumplirse el objetivo principal de la Economía del Bien Común de reinversión de beneficios en la mejora de la sociedad.

3.1.3. El Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) se presta a reflexiones semejantes que las realizadas respecto al IRPF, puesto que el 50% de la recaudación corresponde también a las CCAA. Ahora bien, el procedimiento sería diferente. Además, debido a la especial influencia que ejerce la Unión Europea en este impuesto, podría ser interpretado, tanto por las empresas como por la sociedad, como un mensaje de apoyo de la misma hacia este tipo de propuestas. Esto seguramente impulsaría la adopción de estas actividades por parte de las empresas y de los ciudadanos, al aportar una mayor seguridad y autoconfianza.

En este caso, se podría optar por un doble incentivo. Por una parte, intentar lograr la exención en el pago del impuesto cuando se trate de actividades sociales, o adquisición de bienes que vayan a ser destinados a un fin social, llevadas a cabo por empresas, públicas o privadas, que cumplan dos requisitos: en primer lugar, que esa actividad o adquisición de bienes carezca de finalidad lucrativa y dedicar, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza. En segundo lugar, los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta.

Por otra parte, si solo se cumpliera el primero de los requisitos por ser, por ejemplo, una empresa privada que no se dedicaba a labores sociales, pero que quiere empezar a introducirse en la misma, podría, en todo caso, resultar beneficiada por otro motivo. Este caso, se establecería la consideración de la actividad o del bien adquirido como servicio o producto de primera necesidad, en cuyo caso estaría sujeto al tipo impositivo reducido. Con este método se podría promover la concienciación de las empresas por este tipo de actividades y facilitar el intento inicial de las mismas de llevar a cabo este tipo de iniciativas.

Este efecto podría generar fuertes consecuencias en su consumo. En los últimos años, hemos podido observar como una de las políticas de marketing más efectivas de algunas grandes empresas internacionales ha sido precisamente descontar parte del IVA del producto final, como la llevada a cabo por la cadena alemana de distribución y venta de electrodomésticos y ordenadores “Media Markt”.

3.1.4. Alejándonos de los impuestos más influyentes, también se podrían adoptar una serie de medidas en otros impuestos, que ayudarían a la implantación del sistema alternativo de una manera paulatina y haciendo que los ciudadanos, empresarios y Administraciones descubran que realmente puede llevarse a cabo. Uno de los impuestos en los que puede intervenir, porque afecta a las bases del nuevo sistema, es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en adelante ISD.

El ISD presenta una serie de características diferentes a los tres anteriores. La más clara es que el 100% de la recaudación corresponde a las CCAA, por lo que toda la repercusión del mismo recaería sobre las mismas, por tanto también tienen competencia para establecer deducciones sobre el impuesto. Además, mientras que en los anteriores no hay diferencias entre CCAA, en éste sí. Dependiendo de la CCAA en la que uno se encuentre está sujeto a un tipo impositivo u otro, existiendo diferencias entre las mismas. En este informe vamos a proponer una medida general que puede ser aplicada en todas, aunque pueden existir diferencias entre CCAA.

La medida concreta sería aumentar el ISD. Actualmente, ya se tiene en cuenta a la hora de determinar la cuantía final que se debe abonar en concepto del impuesto la edad, el grado de parentesco entre transmitente y adquirente y las posibles minusvalías del adquirente. Sin embargo, cuando se trate de segunda vivienda o de esculturas artísticas, por ejemplo, que no sean indispensables para la vida del adquirente, podría elevarse el tipo impositivo. Por tanto, podríamos incorporar el criterio de la necesidad a la hora de determinar el tipo impositivo a aplicar en cada caso en concreto. Se trata de una propuesta arriesgada, dada la dificultad para determinarla, pero se podría investigar al respecto.

Así mismo, podría añadirse otro criterio. Sería interesante poder fijar como uno de los criterios para determinar el porcentaje final a aplicar del tipo impositivo la cantidad de bienes de los que consta el patrimonio de un sujeto pasivo, existiendo la posibilidad de que los propietarios de grandes latifundios no sean tratados de la misma manera que el que no es propietario de ninguna tierra a la hora de una sucesión o donación. El supuesto de hecho sería diferente, puesto que analizándolo en términos porcentuales, el porcentaje que supondría ese aumento en el patrimonio de una persona con muchas propiedades, es inferior al que supondría ese mismo aumento en el patrimonio de una persona con menos bienes. Estos porcentajes podríamos extrapolarlos a términos de bienestar. Al no ser tratados igual, se perseguiría el fin de la redistribución justa de la riqueza, puesto que se gravaría de una manera más intensa bienes que no son indispensables para la vida de sus nuevos

propietarios, y ese dinero obtenido podría destinarse, por ejemplo, a aumentar las ayudas sociales o las becas educativas a los más necesitados. Ahora bien, esta reinversión de los mayores ingresos obtenidos debería ser condición indispensable, porque sino estaríamos volviendo al sistema de lograr el máximo nivel de ingresos posible.

3.1.5. El Impuesto sobre el Patrimonio se trata de un impuesto cuya recaudación está 100% cedida a las CCAA, por lo que la repercusión de las mismas recaería en su totalidad en las mismas. Además, dispone de capacidad normativa parcial. Es cierto que en algunas CCAA ya existen, pero se podrían llevar a cabo una serie de avances que lo hagan más equitativo. Sin embargo, en aquellas en las que no existe, podría ser interesante su creación.

En aquellas CCAA donde no existe, sería sugestivo poder incorporarlo para que grave a aquellas personas con un mayor patrimonio, fijando la cuantía mínima en que debe estar valorado el patrimonio para que resulte gravado. Por otra parte, aquellas donde ya existe, podría ser elevado hasta una determinada cuantía. Para determinar la cuantía exacta en ambos casos, debería determinarse el nivel de renta medio de la población de la CCAA y el nivel de pobreza de la misma, puesto que a ella le corresponde el 100% de la recaudación, y así que la CCAA pueda proceder a reinvertir ese dinero aportado por los más ricos en beneficio de los más necesitados. El hecho de que se lleve a cabo directamente por las instituciones autonómicas podría generar una mayor efectividad en su aplicación, ya que la mayor cercanía de las mismas a la población les permite tener una mayor conciencia de los problemas reales de determinados grupos sociales.

Con esta medida se perseguiría el objetivo de la solidaridad de aquellas personas que disponen de una mayor riqueza con aquellos que no, teniendo lugar una redistribución justa de la riqueza y una reducción de las diferencias en los niveles de bienestar de unos y otros.

3.1.6. Como última proposición respecto a los impuestos, se podría considerar la propuesta de la Comisión Europea de crear un Impuesto sobre las Transacciones Financieras (ITF), que gravaría las transacciones financieras como la compraventa de acciones de una sociedad o de productos estructurados y derivados. Esto se debe a que, al fin y al cabo, es un negocio y que, en cierta medida, permitirá gravar la especulación de algunos sectores, que es una de las causas de las fuertes fluctuaciones de la economía y que han generado fuertes crisis financieras como la actual.

El tipo impositivo podría fijarse siguiendo un sistema similar al del IVA, en que se diferencian tres sectores, con un tipo impositivo superreducido, reducido y normal. La pertenencia a un sector o a otro podría depender del nivel de riesgo de las

operaciones, que vendría determinado por la Comisión del Mercado de Valores, y que gravaría de una manera más intensa aquellos productos con un mayor nivel de riesgo y, por tanto, especulativo.

Con este impuesto, se pretende, en cierta medida, reorientar los esfuerzos de las personas que invierten en este tipo de productos, que no generan un beneficio para la sociedad en su conjunto, hacia otro tipo de actividades que sí que lo logren, estableciendo unos mayores costes a este tipo de actividades especulativas.

Evidentemente, siguiendo la línea que hemos seguido hasta ahora, esa mayor inversión debería servir para mejorar la distribución de la riqueza, construyendo o manteniendo, por ejemplo, ambulatorios en aquellos pueblos que no disponen de los recursos suficientes para ello o aumentando el número de parques en las grandes ciudades, ya que ayudarían a mejorar el bienestar de la sociedad.

3.2. Fuera de los tributos también podemos encontrar diferentes alternativas que podrían generar también un gran impacto. Cuando hablábamos de los tributos comentábamos que era una de las preocupaciones especiales de las empresas. Pues bien, podríamos afirmar que las cotizaciones a la Seguridad Social son también de una de ellas.

Una medida que podría provocar que un gran número de trabajadores y de empresas centrasen sus esfuerzos en el bien común es una reducción en el pago de las cuotas a la Seguridad Social por la contratación de aquellos trabajadores que lleven a cabo este tipo de actividades. Por una parte, esto permitirá que los trabajadores sientan la inquietud de desarrollar este tipo de actividades porque, aunque no le suponga un beneficio económico directo, sí que influiría en sus posibilidades de encontrar trabajo o de mantenerlo. Además, se acabarían, o reducirían, los problemas para valorar cuándo una persona que se encuentre en situación de desempleo está buscando empleo activamente. Se podría considerar como un mérito más. Por tanto, tendría un doble beneficio por este lado. Por otra parte, las empresas buscarán este tipo de trabajadores e incitarán a sus trabajadores a que lleven a cabo estas actividades. Además, las mismas empresas también deberían de reinvertir esos beneficios obtenidos en beneficio de la sociedad, ya que sino nos estaríamos alejando del objetivo. Esto, aparte de la gratificación que les aportaría a los directivos, también les podría servir como publicidad, transmitiendo una imagen de sensibilización con la búsqueda del bienestar general por parte de las empresas. Para evitar que existiesen posibles presiones por parte de los directivos podría emplearse, conjuntamente con esta medida, la de las encuestas que se ha propuesto anteriormente.

Eso sí, se trataría de una deducción, pero la base cotizada con vistas a los derechos adquiridos por el trabajador seguiría siendo la misma. De esta manera, el trabajador, en un futuro, a la hora de obtener una prestación, dispondría de los mismos

derechos para obtener la prestación y la cuantía que habría obtenido de no haber ofrecido la posibilidad a la empresa de obtener esas deducciones, puesto que sino el trabajador resultaría gravemente perjudicado. De esta manera, se perseguiría el fin de la Economía del Bien Común, puesto que los mayores ingresos que obtendrían las empresas se reinvertirían en beneficio de la sociedad. La reducción de ingresos que supondría para la Seguridad Social podría verse paliada, por ejemplo, con el Impuesto sobre las Transacciones Financieras.

Otra propuesta se trataría de que, por el primer trabajador contratado por la empresa que tenga reconocido el conocimiento del sistema de la Economía del Bien Común, o que tenga reconocidos una serie de actividades en beneficio del conjunto de la sociedad, la empresa tendrá derecho a una deducción de 3.000 euros de la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba de un año exigido en el contrato. Esto facilitará que la empresa pueda conocer el modelo propuesto, a través de una persona que actúa siguiendo sus cánones y puede observar si lo considera conveniente, perdiendo esa inseguridad inicial que genera cualquier cambio de tal calibre.

3.3. A parte de las mejoras propuestas anteriormente, también se podría iniciar una política de subvenciones a las empresas para que, por ejemplo, desarrollen una serie de actividades que deriven en un beneficio para la sociedad en general. La forma de llevarlas a cabo sería la habitual de una subvención, pero la idea final sería el solventar una necesidad a medio-largo plazo, y no solamente a corto plazo.

En este sentido, podría ser interesante, porque si tuvieran que ser llevadas a cabo directamente por el Estado, se prestarían de una manera más ineficiente y costosa, ya sea por una menor especialización o por no disponer de las infraestructuras adecuadas. Estas actividades, como estarían basadas en un beneficio social, no tendrían una contraprestación económica directa, por lo que a las empresas en general no les resultaría atractivo. Sin embargo, con estas subvenciones podrían centrarse en las mismas e intentar desarrollarlas. Sería una política similar a lo que ocurre actualmente con la investigación y el desarrollo. Por ejemplo, el desarrollo del asfalto que limita el sonido dentro de la ciudad, que ya ha sido implantado en algunos lugares de la ciudad de Valencia como la Avenida Blasco Ibáñez, que permite reducir la contaminación acústica.

También podrían establecerse subvenciones para fomentar el uso, por ejemplo, del coche eléctrico, que acabaría siendo mucho más económico y, sobre todo, menos contaminante, tanto ambiental como acústicamente. Si en esta época de crisis no resulta rentable reducir el consumo de petróleo por la gran cantidad de ingresos que aportan a las Administraciones, podrían imponerse esos mismos impuestos sobre la electricidad que se emplea para los coches eléctricos, con lo que el coste económico no se reduciría, pero sí que se reduciría sobremanera la contaminación. Al igual que esta política de subvenciones se podría aplicar para fomentar el uso del coche

eléctrico, también se podría emplear para fomentar todo tipo de productos que ayudan a reducir la contaminación ambiental y acústica.

3.4. Con la Unión Europea se abolieron los derechos de aduanas en las fronteras exteriores de los países miembros y se estableció un sistema uniforme de tasación de las importaciones. Por tanto, las empresas españolas que adquieran bienes de países miembros de la Unión no tienen que pagar por las aduanas. Ahora bien, frente a los países que no son miembros sí que siguen existiendo este tipo de recargos.

Pues bien, aunque se requeriría un consenso entre países, sería posible la determinación de una serie de aduanas más ventajosas para las empresas comprometidas con la causa y para determinados productos.

Por un lado, podrían fijar un sistema de computación de méritos de las empresas y determinar una serie de ventajas aduaneras. De manera que, contra más méritos tenga una empresa, puede aspirar a mejores ventajas, tanto económicas como de repercusión. Eso sí, como en todas las propuestas anteriores, ese beneficio que obtuviese debería ser reinvertido en actividades que beneficien a la sociedad como, por ejemplo, campañas para evitar el racismo en los países.

Por otro lado, podrían determinarse una serie de bienes o servicios que, por su destino puramente social, aunque no sean en ese país, podrían ser objeto de determinados descuentos. Por ejemplo, en el caso de que una asociación española establezca una sede en India para ayudar a los niños con desnutrición, que las medicinas que deban de adquirir de Alemania para suministrarlas allí dispongan de alguna ventaja. Esa reducción ya estaría siendo reinvertida en beneficio de la sociedad, puesto que se lleva a cabo para ayudar a los niños más necesitados, y ese descuento lo que permitiría es obtener un mayor número de medicinas, en el ejemplo que hemos considerado.

3.5. Otra medida podría ser la creación de unos premios que reconozcan a la empresa que mejor ha perseguido el beneficio común, de manera que los ciudadanos observen las empresas de las que reciben mayores contraprestaciones y poder agradecerlo. Permitirá introducir progresivamente en la sociedad la idea de que la empresa buena es la que reinvierte mejor, y no la que consigue unos beneficios más elevados.

Además, esto aportará una publicidad muy positiva a las empresas que lo logren, lo que les hará sentirse valoradas en esa función e incidir más en ella. Así mismo, las que se encuentren mal situadas, como estarán creándose una imagen negativa de cara a la sociedad, se preocuparán de reinvertir en cantidad y, lo que es más importante, en calidad.

4. En este trabajo hemos expuesto algunas de las posibles medidas que se podrían adoptar para reorientar paulatinamente los esfuerzos de lograr el mayor número de ingresos hacia buscar la mejora de la sociedad en su conjunto. Es verdad que no se trata de una tarea fácil, ya que adaptar todo un sistema económico, en el que hay algunos que ganan mucho dinero y tienen una gran influencia, no es tarea sencilla. La multitud de intereses que se contraponen hace que el cambio sea más complejo de lo habitual, pero llevando a cabo medidas serias y realistas se podría alcanzar.

Aquí hemos propuesto algunas que pensamos que podrían ser interesantes, intentando beneficiar en algunas, en un primer momento, a las empresas, para que reinviertan en beneficio de la sociedad, y en otras directamente a la sociedad, buscando el apoyo de todos los sectores. Para ello hemos establecido las bases generales de cada una de ellas. Las deducciones en impuestos de gran repercusión como el IRPF, el IVA o el IS, o utilizar incentivos más técnicos como puede ser la libertad de amortización o la amortización acumulada, puede hacer que la empresas resulten atraídas por estas prácticas y, al fin y al cabo, fomenten el modelo de la Economía del Bien Común. El mismo efecto generarían las deducciones en la Seguridad Social y las subvenciones que se concediesen, así como el apoyo a los emprendedores, ya que las empresas son el motor de la economía y sería mucho más probable la implantación del modelo con su apoyo.

Por otra parte, el establecimiento del Impuesto sobre el Patrimonio, el aumento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y la creación del Impuesto sobre Transferencias Financieras podría hacer que la sociedad en general se sienta identificada con este sistema y sea partidaria de promoverlo, porque en ellos se vería satisfecha la reclamación social de una distribución justa de la riqueza. Además, con las aduanas más ventajosas a determinados productos y empresas comprometidas con el Bien Común, que al final repercute en la sociedad, se podría conseguir que existiese compromiso entre países y que el modelo adquiriese una mayor fuerza internacional.

Por último, teniendo en cuenta que una de las grandes preocupaciones de las empresas es la imagen que transmiten al exterior, creando unos premios que reconociesen la labor de las empresas en beneficio de la sociedad podría resultar interesante y una forma de motivarlas.

Ahora bien, aparte de las repercusiones que hemos considerado en este informe, hay otra serie de efectos que podrían generar cada una de estas propuestas, pero ello nos conduciría al desarrollo de un trabajo muy amplio y, por consiguiente, más extenso. Debido a la exhaustividad y profundidad que requeriría cada uno de los análisis, se debería llevar a cabo un estudio particular y único de cada uno de ellos.

Ahora bien, estas son sólo algunos de los incentivos fiscales y propuestas que podrían llevarse a cabo. Pero, evidentemente, existen multitud de ellas. Por ejemplo, una propuesta que podría ser objeto de estudio sería la concesión de créditos

baratos a aquellas empresas que reinviertan sus beneficios en la sociedad, de manera que el dinero de más que se soportaría por intereses, podría estar destinado a mejorar la sociedad. U otro ejemplo sería el establecer algún privilegio a estas empresas en los procesos de compra pública y en el momento de repartir los programas de investigación, que podría generar una sensación de apoyo a las empresas que tienen estas preocupaciones sociales por parte del Gobierno, lo que les aportaría una gran dosis de seguridad y autoconfianza en el proceso que desarrollan. Éstas son solo algunas de las propuestas sobre las que también se podría hacer un estudio detallado.

Pues bien, aunque se trate de un proceso complejo y costoso, hay medidas que se pueden adoptar para la consecución de ese fin, por lo que, a pesar del escepticismo que genera el proyecto, no es algo tan ajeno de la realidad. Lo que se debe lograr, en primer lugar, como base del futuro desarrollo, es cambiar la conciencia social de que el mejor no es el que más ingresa, sino el que mejor reinvierte en beneficio de la sociedad.

A lo largo de la historia, no han sido pocos los cambios que se han producido en el mundo, y la mayoría de ellos han llegado tras una profunda época de crisis, como en la que nos encontramos actualmente, en la cual la preocupación e interés en una solución que genera la necesidad se acrecienta. En estos momentos nos encontramos en una situación de marcada gravedad, en la que los problemas económicos se han trasladado a la sociedad derivando en problemas sociales. Esto provoca una sensación de insatisfacción y conformismo que puede derivar en multitud de reacciones, pero si se consigue que esos impulsos se dirijan hacia la consecución de una economía basada en los valores sociales de la solidaridad y la cooperación, puede ser el momento de la Economía del Bien Común.

LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL CASO DE ENFERMOS GRAVES DE
CÁNCER

THE CONDITIONAL RELEASE OF SERIOUS CANCER PATIENTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 735-744.

Fecha entrega: 22/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

LUIS DE LAS HERAS VIVES
Abogado. Vicepresidente del IDIBE
ldelasheras@ighae.es

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo ofrecer una visión práctica sobre el instituto de la libertad condicional en el caso de enfermos graves de cáncer. En primer lugar, se realiza un análisis de la normativa aplicable y delimita el concepto de “enfermedad muy grave”. En segundo lugar, se exponen los argumentos jurídico-éticos que la justifican, así como los criterios utilizados por la jurisprudencia a la hora de ponderar los bienes y derechos en conflicto, a saber; el derecho a la vida del propio penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. En tercer lugar, se alude a la evolución jurisprudencial sobre los principales criterios seguidos para su concesión (riesgo patente para la vida vs el peligro inminente de muerte), y, por último, se analiza el concepto de “enfermedad terminal” para enfermos de cáncer en la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Libertad condicional, enfermos de cáncer, razones humanitarias.

ABSTRACT: This paper aims to provide a practical insight into probation of seriously ill cancer patients. First, we analyze the current applicable law and define the term “very serious disease” Second, we set out to explain the ethical-legal arguments regarding the definition of “very serious disease”, as well as the criteria used by jurisprudence when weighing in the assets and conflicting rights of the convict (the convict’s right to live and societies right for safety). Third, we examine the jurisprudential evolution of the main criteria used for granting probation (risk to life versus the imminent danger of death), and, finally, we analyze the jurisprudential concept of "terminal illness" in cancer patients.

KEY WORDS: Probation, cancer patients, humanitarian reasons.

1. Normativa básica. El art. 90.1 CP establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes: “a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”. Sobre éste último requisito, continua diciendo el precepto, que “no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

En el caso de enfermos muy graves con padecimientos incurables, dispone el art. 92.3 CP que “si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria”. No obstante, deberán reunir los requisitos establecidos en el art. 90.1 CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras (art. 90.1 CP).

Por su parte, el art. 196.2 del Reglamento Penitenciario (en adelante, RP) establece que el Juez de Vigilancia elevará el expediente de libertad condicional de los penados que, según informe médico, sean enfermos muy graves con padecimientos incurables. Además, cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

El expediente de libertad condicional, a tenor del art. 195 RP, deberá contener los siguientes documentos: “a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena. b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado. c) Informe pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. d) Resumen de su situación penal y penitenciaria con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena así como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios. e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento.

f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias. g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal. h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior. i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal.”

Cuando se trate de enfermos terminales, según el art. 196.3 RP, no será necesaria la manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, el informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior. Ahora bien, en el caso que carezcan de vinculación o apoyo familiar en el exterior, se exigirá un informe social en el que conste su admisión en alguna institución o asociación. Y, en el caso de enfermos incurables, adicionalmente, se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma.

Como hemos indicado más arriba, el RP en su art. 196.2 establece que será el servicio médico del centro quien deberá poner en conocimiento de la Junta de Tratamiento el padecimiento por el interno de una enfermedad muy grave e incurable. Para la calificación de “muy grave”, habrá que acudir a la Circular 1/2000, de 11 de enero, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, en la que se establecen los criterios para emisión de informe médico para estudio de posible aplicación de los arts. 104.4 y 196.2 RP.

2. Según la citada Circular, se considerará que un interno padece una enfermedad muy grave cuando cumpla alguno de los siguientes requisitos: “1. Riesgo de muerte estimado superior al 10 % en el plazo de un año a pesar del tratamiento. 2. Riesgo de muerte estimado superior al 50% en el plazo de 5 años a pesar del tratamiento. 3. Índice de *Karnofsky* menor o igual al 50%. 4. Infección por VIH en estadio A3, B3o C. 5. Trastorno psicótico crónico con actividad sintomática a pesar de haber seguido tratamiento durante más de seis meses, con deterioro intelectual”. Cuando el médico detecte que el interno cumple alguno de los mentados requisitos, este informará al paciente sobre la posibilidad de emitir informe médico sobre el estado de su salud. Para la obtención del consentimiento, el interno deberá cumplimentar el modelo sanitario “Mod. San. 20 bis”.

Respecto de la autorización por el condenado para emitir el informe. En caso de tratarse de internos penados, se remitirá al Director del Centro Penitenciario, por medio de la cumplimentación del Mod. San. 19, para que pueda ser estudiado por la Junta de Tratamiento. Si el paciente sea un interno preventivo, se remitirá a la autoridad judicial de la que dependa.

Cuando el interno no autorice la emisión del informe, y el facultativo advierta que responde a su estado mental, informará al director del centro, quien, a su vez, informará al fiscal competente. Lo mismo ocurrirá, cuando, directamente, el interno no goce de las capacidades intelectivas suficientes para tomar la decisión.

Para poder hacer una primera aproximación respecto del estado de incapacidad mental para decidir, la Circular 1/2000 incluye en el anexo la “Escala Mini-mental”, que puede ser utilizada como herramienta para tomar una decisión inicial respecto de las capacidades del interno, sin perjuicio que sea enviado a un servicio especializado para una valoración completa.

En caso de no concederse la libertad condicional, leemos en la citada circular, que los internos “deberán ser valorados de nuevo cada vez que se produzca un deterioro de su situación clínica, y en su defecto cada seis meses, emitiendo de nuevo informe que actualice el pronóstico vital y el grado de deterioro funcional”. Por lo que respecta a los internos preventivos, serán “valorados de nuevo cada vez que se produzca un deterioro de su situación clínica, y en su defecto cada seis meses, y se emitirá un nuevo informe al juez cuando se estime que el pronóstico vital o el grado funcional han variado de forma significativa”.

Respecto de los internos que habiendo obtenido la libertad condicional reingresen en prisión como consecuencia de haber cometido un nuevo delito, en caso de persistir las causas médicas que determinaron su concesión, los servicios médicos deberán siempre emitir un nuevo informe.

En cuanto a la legitimación para solicitar la libertad condicional por enfermedad incurable. A pesar que el art.196.2 RP únicamente se refiere a que los servicios médicos informarán a la Junta de Tratamiento mediante la elaboración del oportuno médico. Nada obsta a que el propio interesado, por él mismo o a través de su letrado, puedan solicitarlo al Juez de Vigilancia Penitenciaria. En dicho escrito, resulta esencial aportar pruebas acerca de la situación del estado de salud del interno, bien por informes médicos recabados en el propio establecimiento penitenciario bien por cualesquiera otros obtenidos en hospitales ajenos al centro. No obstante, en caso de no disponer de ninguno, se puede solicitar a los servicios médicos del establecimiento uno. Incluso puede solicitarse que sea el médico forense del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria quien lo realice.

3. La dignidad humana como fundamento de la libertad condicional en caso de enfermos muy graves. Ningún castigo debe ofender la dignidad inalienable del penado, pues “si la finalidad de la llamada impropriadamente libertad condicional para enfermos incurables es de carácter humanitario y pretende sencillamente que el interno no fallezca en el establecimiento, y no constituye por ello un período de prueba para la vida futura como es el caso de la libertad condicional en general, no tiene sentido exigirle un pronóstico favorable de reinserción social, que es un requisito propio de la libertad condicional general pero que no tiene aplicación práctica en esta liberación humanitaria” (vid. punto 84 de los “Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007”). Esto último transcrito, además de poner de manifiesto la razón de ser de la libertad condicional extraordinaria objeto de análisis, es la motivación utilizada en la reunión de Jueces de Vigilancia de 1994 para instar al Gobierno la modificación urgente del art. 92 CP, con el objetivo que, de los requisitos exigidos para la concesión a enfermos muy graves con padecimientos incurables, no se les exigiera pronóstico favorable de reinserción social.

Como recoge el AJCM 30 agosto 2012 (ARP 2012, 948): “esta norma de excepción basada en principios de humanidad y de dignidad personal son expresión literal de la voluntad del legislador y su límite estriba, no en las características penales o personales del delincuente, sino en la incidencia de la enfermedad y en la capacidad para delinquir del penado enfermo. La única justificación para denegar en acceso al Tercer Grado y en consecuencia la libertad condicional del penado enfermo es que mantenga su capacidad para delinquir o que no se encuentre persona o institución que lo acoja, en cuyo caso si cabría en conformidad con el art. 196 del R.P. referido a la libertad condicional de enfermos graves e incurables, que el afectado espere la muerte en un centro público antes que derivarlo a la calle sin un recurso asistencial que le obligue a morir en condiciones más adversas e inhumanas que las de la cárcel.”.

En el citado auto, se recogen los fundamentos, y que a continuación se transcriben por su claridad e interés, en que se basa la libertad condicional:

“a) Principios de humanidad y derecho a la dignidad de las personas que tienen que predominar sobre cualquier otra consideración legal. Recordemos que la Constitución garantiza la dignidad de las personas y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE). Entre éstos se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y moral: son derechos fundamentales que no pueden ejercerse en plenitud en la cárcel (muerte digna) y si fuera de ella (acompañamiento de familiares y tratamiento médico paliativo sanitario adecuado a este trance vital).

b) Junto al derecho a la vida, la dignidad humana reclama el derecho a una muerte digna. Ello exige una cierta calidad de vida antes de la muerte. La Organización Mundial de la Salud, en Ginebra (1987), sugirió que debe adelantarse la liberación de los enfermos incurables para morir en dignidad y libertad.

c) La pena ya no cumple la finalidad de resocialización del penado. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre (RTC 1994, 325), considera que “a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se le da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de enfermo muy grave con padecimiento incurable, en la extensión que se considere adecuada”.

d) No se puede interpretar enfermo grave e incurable con estado preagónico. Enfermedad grave con padecimientos incurables es aquella dolencia que compromete seriamente a la salud, sea o no potencial causa de muerte aunque por lo común lo sea, y cuyo tratamiento con arreglo al estado actual de los conocimientos científicos no sea capaz de asegurar la cura definitiva ni tampoco, por el número de variables de intervención una aceptable certidumbre en el pronóstico de su evolución que incluso permita afirmar seriamente la cronificación de la dolencia.

e) El último periodo de la vida de un ser humano es el más difícil de afrontar física y psíquicamente. Ello exige unas condiciones emocionales, materiales y personales que son incompatibles con la situación de reclusión. El acompañamiento de enfermos graves con padecimientos incurables no puede realizarse en la forma en que se sustenta el internamiento penitenciario”.

4. En la decisión sobre la concesión de libertad condicional del enfermo muy grave se produce “prima facie” una colisión entre el derecho a la vida del propio penado y el derecho de la sociedad a su seguridad. Resulta obvio que la seguridad de la sociedad en general, así como de la víctima y sus allegados en particular; puede verse constreñida por la puesta en libertad del condenado. Sin embargo toda motivación fundada en derecho requiere la ponderación de los bienes y derechos en conflicto.

Al respecto, la STC 48/1996, de 25 de marzo (RTC 1996, 48), ofrece las siguientes consideraciones: “el equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión, incorporada, hoy al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no pietatis causa sino por criterios enraizados en la justicia

como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa”.

Además de lo dicho por el TC, nada impide, en ningún caso, al Tribunal imponer medidas, precisamente, destinadas a disminuir el riesgo por la puesta en libertad del penado y así buscar el equilibrio más perfecto entre su derecho a la vida y el derecho de la sociedad a su seguridad. Sirvan de ejemplo las recogidas en el AJCM 30 agosto 2012 (ARP 2012, 948): “Prohibición de acercamiento (domicilio y lugar de trabajo) respecto de las víctimas de sus delitos o de los familiares directos de estas. (...) Prohibición de ausentarse sin previa autorización de Autoridad Judicial, de la localidad en la que se fije su residencia. Obligación de presentarse mensualmente en los Servicios Sociales externos del Centro Penitenciario de San Sebastián. Obligación de comunicar cualquier novedad referida a la evolución de su tratamiento médico”.

5. El riesgo patente para la vida vs el peligro inminente de muerte. El espíritu de la norma no es que el enfermo pueda obtener la libertad condicional cuando ya no sea consciente de la realidad fruto de su deteriorado estado de salud, sino que pueda pasar el último periodo de su vida rodeado de los suyos y en un ambiente más acogedor que el que le puede aportar el establecimiento penitenciario (en este sentido, vid. SAP Guipúzcoa 21 diciembre 2012 (JUR 2012, 49046), que si bien es cierto se refiere a la suspensión de condena, su fundamento es perfectamente extrapolable al tema que nos ocupa).

Clásicamente, la concesión de la libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables estaba asociada a que el penado entrase en fase terminal o existiera un riesgo vital inminente. Sin embargo, la STC 48/1996, de 25 de marzo (RTC 1996, 48), corrigió dicha línea interpretativa afirmando que para su concesión basta con que, siendo la enfermedad muy grave e incurable, el medio carcelario incida desfavorablemente en la evolución de la salud del penado, acortando así la duración de su vida.

En este sentido, la AN [ANN 359/2012, de 19 septiembre 2012 (ARP 2012, 967)], afirma que “el marco conceptual que establece la ley para este supuesto excepcional de libertad condicional por razones humanitarias es el del riesgo patente para la vida, no el de peligro inminente que nos ubica ante la situación del enfermo terminal o agónico”.

6. Sobre el concepto de enfermedad terminal. La enfermedad terminal puede ser definida como aquella “enfermedad avanzada, progresiva o incurable; con escasa o nula posibilidad de respuesta al tratamiento específico; con sintomatología intensa, múltiple y cambiante; con impacto emocional en paciente, familia y/o equipo terapéutico y pronóstico de vida limitado a semanas o meses” (Moya Moradas,

J.: Manual cto de medicina y cirugía: Oncología médica y Paciente Terminal. Madrid (2012): CTO)

En pacientes oncológicos, se consideran terminales aquellos en los que “existe un diagnóstico exacto y probado de cáncer, con posibilidades limitadas de respuesta al tratamiento específico, y un pronóstico limitado de vida” (Moya Moradas, J.: Manual cto de medicina, cit.).

Respecto del pronóstico de supervivencia en pacientes de cáncer, resultan relevantes, entre otros factores: el tipo de tumor de origen y su tamaño, las metástasis en ganglios linfáticos regionales, así como la metástasis a distancia en otros órganos. Así, consultados los especialistas del Hospital de Donostia sobre el concepto de enfermedad terminal en pacientes oncológicos, consideran que aquel “sin posibilidad de tratamiento activo antitumoral con posibilidad de vida inferior a los seis meses, no existiendo una definición única del concepto de terminal” [AJCM 30 agosto 2012 (ARP 2012, 948)].

En cualquier caso, nos encontramos ante una cuestión que obedece al detalle de cada caso concreto siendo muy difícil extraer unas reglas generales. De un interno con carcinoma renal, tres metástasis y nódulo pulmonar: “la diferencia entre los pareceres de los facultativos surge al ofrecer el pronóstico de supervivencia. Para levantar dicha hipótesis resultan datos relevantes: el tipo de tumor de origen (carcinoma renal), el número de metástasis (tres) y la presencia de una lesión extracraneal (el nódulo pulmonar). Según la Médico Forense la mediana de supervivencia es de 11 meses y 3 días. Los médicos responsables del caso consideran la probabilidad de supervivencia a los 12 meses del 10%, siendo aún menor la de reversibilidad completa de la situación; sitúan la mediana de supervivencia entre 7 meses y 29 días y 7 meses y 30 días. Por lo tanto, la divergencia no es cualitativa sino cuantitativa, se cifra en tres meses, más o menos, en la expectativa de vida del paciente. En cualquier caso, entendemos que esta diferencia de opiniones no impide afirmar que existe un peligro claro, notorio y manifiesto para la vida del paciente de fallecer en un corto periodo de tiempo” [ANN 359/2012, de 19 septiembre (ARP 2012, 967)].

Por su parte, la AP de Huelva, respecto de un interno con cáncer epidermoide de laringe supragótica, aun entendiendo que concurren los requisitos para calificar la enfermedad como grave, no consideró que la enfermedad fuese incurable, ya que “el último informe médico obrante en autos, de fecha 12 de enero de 2005, señala que si el paciente logra la remisión completa del tumor, la recuperación puede ser completa, y sólo podría presentar las secuelas del tratamiento recibido, tratamiento que por otra parte aún no ha finalizado pero al que responde positivamente. Ciertamente, el informe también contempla la posibilidad de que no se logre la remisión completa y de que la enfermedad progresara. Pero todos los supuestos no son más que posibilidades a día de hoy, en que lo único cierto es que el paciente ha recibido tres ciclos de quimioterapia, ha tolerado bien el tratamiento presentando

mejoría sintomática. Su estado de salud no le incapacita por el momento para llevar una vida normal en prisión; conserva su plena capacidad de autonomía, conservando por ello su capacidad delictiva, siendo harto discutible que sus dolencias o limitaciones físicas actuales sean de una naturaleza tal que patenten una notoria disminución de su peligrosidad o evidencien que actuará como factor disuasorio de manera que ofrezcan una garantía de que aquél hará vida honrada en libertad” [AAP Huelva 23 mayo 2005 (JUR 2005, 195564)].

De un interno con cáncer de próstata, hepatitis C y cardiopatía isquémica, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto 31 mayo 2005, sostuvo que “vistas las patologías del apelante, no se puede concluir sino que, estando estabilizadas las enfermedades citadas, no se encuentra el Sr Gustavo en una situación que pueda considerarse como de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, y ello desde el entendimiento, efectivamente, de la indudable gravedad de las patologías que padece. Y ello porque, sin perjuicio de la posterior evolución que pudiera presentar, su afección cardiaca parece compensada. En ese sentido informa también el médico forense.” La Audiencia construye su planteamiento sobre la base que una interpretación extensiva del precepto “obligaría a conceder la libertad a toda persona que haya padecido un episodio cardiaco grave o un cáncer no tan invasivo como otros y susceptible de tratamiento en el centro, salvo para determinados tratamientos. Ello no entra en el espíritu ni en la letra de la norma, sin que se pueda colegir que no pueda seguir un tratamiento adecuado en el centro o el centro hospitalario al que se le derive para quimioterapia u otros tratamientos puntuales. Y todo ello sin perjuicio de su posterior evolución y del agravamiento de la misma que pudiera darse” [AAP Barcelona 31 mayo 2005 (JUR 2005, 178893)].

En definitiva, la idea que subyace en las dos resoluciones denegatorias anteriores es que las razones “*pietatis causa*” no pueden alegarse para dejar sin aplicación los mandatos legales, pues esto conduciría siempre al virtual incumplimiento de las penas
impuestas.

LA REGULACIÓN DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LAS
COMUNIDADES AUTÓNOMAS

REGULATION OF GENDER IDENTITY IN THE AUTONOMOUS
COMMUNITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 745-760.

Fecha entrega: 23/08/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
josefina.alventosa@uv.es

RESUMEN: La regulación de la identidad de género o de la transexualidad se ha realizado en España desde hace poco tiempo. En nuestro país, en la última década se han introducido normas muy concretas respecto a las personas transexuales en la legislación penal, civil, sanitaria y laboral. Siendo importante la publicación de la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, aunque no se trata de una ley integral que regule las cuestiones específicas derivadas de la identidad de género. Ante esta carencia legislativa, las Comunidades Autónomas han iniciado la regulación de dichas cuestiones, habiendo sido publicadas la Ley Foral 12/2009 de Navarra, la Ley 14/2012 del País Vasco, la Ley 2/2014 de Andalucía, y la Ley 8/2014 de Canarias, y con carácter general la Ley 2/2014 de Galicia, y la Ley 11/2014 de Cataluña relativa al conjunto del colectivo LGTBI. Además, también se han presentado Proposiciones de Leyes en Madrid en 2013, rechazada en 2014, y en Comunidad Valenciana en 2014.

PALABRAS CLAVE: identidad de género, transexualidad, cambio de sexo, derechos de los transexuales, menores transexuales, transfobia, discriminación por identidad de género.

ABSTRACT: The regulation of gender identity or transsexuality was made in Spain not long ago. In our country, in the last decade have been introduced very specific rules regarding transsexuals in criminal, civil, sanitary and labor legislation. Being important the publication of Law 3/2007 of 15 March regulating the rectification registration statement relating to the sex of the people, although it is not a comprehensive law regulating the specific issues arising from gender identity. Given this legislative gap, the Autonomous Communities have begun regulating such matters, having been published Foral de Navarra Law 12/2009, Law 14/2012 of the Basque Country, the Law 2/2014 of Andalusia, and the Law 8/2014 of Canarias, and in general the law 2/2014 of Galicia, and the law 11/2014 de Cataluña, on the whole collective LGTBI. In addition, there are currently Propositions of Law presented in Catalonia and Madrid in 2013, and Valencia in 2014.

KEY WORDS: gender identity, transgender, sex change, transgender rights, transgender children, transphobia, discrimination based on gender identity.

1. Desde hace poco tiempo en nuestro país, distintas Comunidades Autónomas han tomado la iniciativa de regular la situación jurídica de las personas transexuales en su respectivo territorio. Así, se han publicado disposiciones concretas en Navarra, País Vasco, Andalucía y Canarias; mientras en otras se han insertado normas específicas relativas a dichas personas dentro de una legislación más amplia sobre la igualdad de trato y no discriminación de personas pertenecientes al colectivo LGBTI, como sucede en Galicia, en Cataluña y en la proposición de ley de la Comunidad Valenciana.

2. A pesar de los avances que se han producido, sobre todo en estas primeras décadas del presente siglo, en el reconocimiento de los derechos del colectivo integrado por personas lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI), dicho reconocimiento no se ha producido en todos los países del mundo, pues todavía existen a día de hoy un gran número de regiones en donde se criminaliza la homosexualidad, o donde, aunque no exista dicha criminalización, el reconocimiento de derechos a favor de este colectivo no se ha realizado. A ello hay que añadir que en la sociedad actual todavía siguen existiendo casos de discriminación, rechazo y violencia contra las personas LGBTI. Concretamente, por lo que respecta a las personas transexuales, en el Eurobarómetro de la Unión Europea, “La discriminación en Europa”, en 2012 se ha constatado que la discriminación por identidad sexual se produce en un 45%; en Amnistía Internacional se ha puesto de relieve en el Informe Anual de 2013 los actos de discriminación y violencia a las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género en diversos países del mundo; y el Observatorio de Personas Trans Asesinadas, de la Asociación Transgender Europe, ha revelado la existencia de un total de 1509 casos de asesinatos de personas transexuales entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de marzo de 2014. En España, hay que destacar que se han producido progresos legislativos muy importantes en diversos ámbitos jurídicos (constitucional, civil, penal, laboral, administrativo, sanitario), pero aún quedan determinadas situaciones en las que no se ha alcanzado una total igualdad o un pleno reconocimiento de derechos para las personas pertenecientes a dicho colectivo, siendo la identidad de género la situación menos reglamentada en nuestro ordenamiento jurídico.

3. Parece ser que la existencia de personas homosexuales y transexuales, incluso intersexuales, es una constante universal. Se ha constatado que la transexualidad o la transgenericidad es un hecho presente en numerosas culturas; así, entre los aborígenes de Siberia o los indios americanos, en Méjico, en la India o en el antiguo Mediterráneo [véase BATALLER I PERELLÓ, V.: *Historia natural de la transexualidad*. <http://www.vicentbataller.com/documentos>, p. 1; y GASTÓ FERRER, C.: “Transexualidad. Aspectos históricos y conceptuales”, *Cuadernos de medicina psicosomática y psiquiatría de enlace* (2006), núm. 78, pp. 13-20], cuya situación era

respetada hasta que la aparición del cristianismo determinó la repulsa de las personas transexuales, junto a las homosexuales y lesbianas. Las reivindicaciones sobre el reconocimiento de derechos del colectivo transexual se ha realizado en general conjuntamente con el colectivo LGB, iniciándose a finales del siglo XIX, en Alemania, y desarrollándose activamente a partir de 1969, prosiguiendo en la actualidad. Hay que tener en cuenta que el retraso en el reconocimiento de dichos derechos ha sido debido, en parte, a que la transexualidad fue catalogada por la OMS como un trastorno de la identidad sexual; sin embargo, en la nueva edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales (DSM-5, acrónimo en inglés), elaborado por la APA, las personas transexuales ya no se consideran enfermos mentales, aunque se conserva como trastorno la "disforia de género", es decir, la angustia que sufre la persona que no está identificada con su sexo masculino o femenino.

En el panorama internacional, se deben destacar los pronunciamientos de determinados organismos a favor de los derechos del colectivo LGTBI. Así, en la ONU, las reivindicaciones de derechos de dicho colectivo se realizó por primera vez en 1992, reiterándose en varias ocasiones la elaboración de una resolución a favor de los derechos del mismo, siendo en la Declaración de Jelena Postic en 2004, donde se introdujo por primera vez la problemática relativa a la identidad sexual, demandas que culminaron el 18 de diciembre de 2008 con la aprobación de la “Declaración sobre Derechos humanos, Orientación sexual e Identidad de género”, en la que se reivindica de forma general el reconocimiento de los derechos humanos a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género, condenando la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud, a dichos colectivos. Resolución importante que ha tenido suma trascendencia en el ámbito europeo.

A nivel europeo, se han emitido distintas recomendaciones, directivas y resoluciones, tanto por el Consejo de Europa como por el Parlamento Europeo, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTB, condenando la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, estableciendo políticas de lucha contra la misma y la protección jurídica de dichas minorías [véase DÍAZ LAFUENTE, J.: “La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea”, *Revista general de derecho constitucional* (2013), núm. 17, pp. 3 ss.; ELVIRA, A.: “Transexualidad y Derechos”, *Revista General de Derecho Constitucional* (2013), núm. 17, p. 1 ss.].

Entre ellas, cabe destacar por su referencia concreta a la identidad de género, la Resolución de 12 de septiembre de 1989 del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales, que reconoce el derecho a vivir de acuerdo con la identidad sexual, condena el hecho de que los transexuales estuvieran discriminados, marginados y a veces criminalizados en todas partes, e insta a los Estados miembros a realizar una serie de medidas, entre las que cabe destacar la

inclusión del tratamiento de cambio de sexo en la Seguridad Social, la concesión de prestaciones sociales a los transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de consultorios para transexuales, la protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de los transexuales, el derecho al cambio de nombre e inscripción de sexo en la partida de nacimiento y documento de identidad, entre otras reivindicaciones; también, la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas, que incorpora dicha Declaración de la ONU a la normativa europea; y las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI), aprobadas por el Consejo de la Unión Europea el 24 de junio de 2013, a fin de evitar la discriminación de las mismas fuera de la Unión Europea, y asegurar su protección eficaz dentro de la UE.

Especial referencia se debe hacer, por último, a la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183), en la que se condena enérgicamente toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, y se deplora profundamente que los derechos fundamentales de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI) no se respeten siempre plenamente en la Unión Europea. En ella, entre otras cosas, se subraya la importancia de que se reconozcan los derechos civiles de las personas LGBTI sin discriminación a causa de su orientación sexual o identidad de género en una estrategia o un plan de acción que recoja los temas y los objetivos que detalla con respecto a diferentes áreas, como el trabajo, la sanidad, la educación, el acceso a bienes y servicios, y establece disposiciones específicas en relación a las personas transexuales e intersexuales. En concreto, la Resolución dispone que la Comisión debe velar por que la identidad de género se incluya entre los motivos de discriminación y debe integrar las cuestiones que afectan de manera específica a las personas trans e intersexuales en las políticas pertinentes de la UE para recoger el planteamiento adoptado en la estrategia de igualdad de género, y que los Estados miembros deben velar por que los organismos que trabajan en pro de dicha igualdad estén informados y capacitados en lo que respecta a los derechos y a las cuestiones que afectan de manera específica a las personas trans e intersexuales.

4. En cuanto a los pronunciamientos sobre la identidad de género en la jurisprudencia internacional, hay que señalar que en principio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue reticente a conceder las solicitudes presentadas por las personas transexuales, postura contraria a la que adoptaba la Comisión Europea de Derechos Humanos; sin embargo, a partir de 1992 su posición va a dar un giro absolutamente distinto, pronunciándose a favor del cambio de sexo y rectificación del mismo en las inscripciones registrales

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha ocupado del principio de igualdad y no discriminación en algunos de sus pronunciamientos, reconociendo la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, sobre todo en el ámbito laboral.

5. En España, y a pesar de la existencia del principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 CE, que se extiende también a las personas transexuales, se han suscitado muy diferentes conflictos por razón de identidad de género, que se han resuelto en los Tribunales, sobre todo la cuestión de la identidad personal y del matrimonio, a falta de una regulación específica [ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Madrid (2008): Ministerio de Trabajo, pp. 333-370]. En el Eurobarómetro de la Comisión Europea, en 2012, se señala que la transexualidad es el segundo motivo de discriminación en España, y que la discriminación por identidad sexual está extendida en un 53%; asimismo se considera que la crisis económica contribuye a aumentar tal discriminación en el mercado laboral en un 55%; además, según los resultados obtenidos por el Observatorio de Personas Trans Asesinadas, del total citado de 1509 asesinatos de personas transexuales, 10 se habían perpetrado en España; por otra parte, en diversos estudios se ha puesto de relieve que las personas transexuales han ejercido la prostitución como modo de subsistencia, han tenido conflictos en el empleo y problemas en el ámbito familiar, en el escolar y de participación social [DOMÍNGUEZ FUERTES, J.M., GARCÍA LEIVA, P., HOMBRADOS MENDIETA, M.I.: *Transexualidad en España: Análisis de la Realidad Social y Factores Psicosociales Asociados*. Universidad de Málaga (2011), en donde se recoge que el 48% de las personas transexuales encuestadas reconocen haber ejercido la prostitución; el 55,9% señala haber tenido algún tipo de conflicto en el trabajo a causa de su transexualidad, y sólo el 22,2% están empleadas legalmente].

En virtud de las reivindicaciones sociales y por razón de los conflictos planteados, en nuestro país se ha ido teniendo en cuenta la identidad de género en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, haciendo mención especial a ella. Así, en el Código penal (arts. 22 y 428); indirectamente en el Código civil al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo (art. 44) y en la legislación autonómica sobre parejas de hecho; en la legislación laboral (art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social); y en la legislación sanitaria (art. 7 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). En la esfera legislativa ha sido de suma importancia la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que permite en el ámbito jurídico el cambio de sexo, en algunos casos sin necesidad de cirugía de reasignación sexual ni de los tratamientos indicados cuando sean perjudiciales por razones de salud o edad, y con ciertas garantías científicas y jurídicas que aseguran la voluntad del sujeto de acceder a tal cambio; regula los requisitos necesarios para la inscripción relativa a dicho cambio en el Registro Civil; se establece el principio de protección de la intimidad de la persona transexual; y reconoce a dicha persona la

posibilidad de ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición [ALVENTOSA DEL RÍO J.: *Discriminación*, cit., pp. 349-358, y BUSTOS MORENO, Y.: *La transexualidad. De acuerdo a la Ley 3/2007, de 15 de marzo*. Madrid (2008): Dykinson, S.L.]. Por lo que en esta norma se está reconociendo, en definitiva, el derecho a la identidad sexual de las personas.

Sin embargo, a esta ley se le pueden realizar algunas observaciones. La primera y, quizá, más importante es que, en realidad, no se trata de una verdadera ley integral sobre la identidad de género. La ley modifica la mención registral relativa al sexo de la persona, y, a través de esta modificación, se introduce una regulación sobre la identidad de la persona. Pero la identidad de la persona implica mucho más que una mera rectificación registral, de modo que se podría haber regulado de forma expresa una serie de cuestiones que se derivan del reconocimiento de la identidad de género: así, entre otras, la existencia de un derecho a la propia identidad sexual y de género, la atención integral de la salud de las personas transexuales, los incentivos a la investigación en el área de la transexualidad, las campañas y acciones de lucha contra la transfobia, la creación de un servicio de asesoramiento jurídico y de apoyo psicológico y social a los familiares y allegados de la persona transexual, y el diseño de una política de discriminación positiva en el empleo y en otros ámbitos jurídicos y sociales. La segunda, es que en la Ley 3/2007 no se hace mención de los menores transexuales ni de la problemática específica derivada de su situación. Y en tercer lugar, no se hace referencia tampoco a los extranjeros transexuales y su reconocimiento en nuestro Derecho.

Se observa, por tanto, que existen muchas cuestiones pendientes de regulación, a lo que hay que añadir, además, la falta de una penalización específica de la transfobia en el Código penal, pues en este texto sólo se hace referencia a la orientación sexual (arts. 510-512), así como una norma que asegure un tratamiento adecuado de las personas transexuales en los Centros penitenciarios.

6. Ante esta carencia de legislación, las Comunidades Autónomas han iniciado la regulación de las diversas cuestiones que se derivan de la transexualidad o de la identidad de género, aunque en algunas ya se habían publicado normas que contemplaban concretas situaciones de las personas transexuales (en particular, el Decreto 114/2011, de 11 de mayo, por el que se regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias, o el Decreto 141/2007, de 26 de junio, de creación del Consejo Nacional de lesbianas, gays y hombres y mujeres bisexuales y transexuales (LGBT) de Cataluña). Así, se han publicado en Navarra, la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en País Vasco, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidades de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; en Andalucía, la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los

derechos de las personas transexuales de Andalucía; y en Canarias, la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. A ello hay que añadir las menciones específicas a la transexualidad que se realizan en leyes que regulan con carácter general la protección del colectivo LGTBI, como en Galicia, la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales, y en Cataluña, la Ley 11/2014, del 10 d'octubre, per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transgèneres i intersexuals i per a eradicar l'homofòbia, la bifòbia i la transfòbia. Este desarrollo legislativo sobre la identidad de género no se ha concluido todavía, pues en otras Comunidades ya se han presentado proposiciones de leyes para regular la transexualidad e identidad de género; en este sentido cabe mencionar: en Madrid, la Proposición de Ley Reguladora del Derecho a la Identidad de Género y a su Libre Desarrollo sin Discriminación, admitida el 23 de septiembre de 2013, pero rechazada por el pleno de la Asamblea de Madrid, en sesión ordinaria celebrada el día 14 de mayo de 2014; y en Valencia, la Proposición de ley integral, de la Generalitat, para la igualdad afectiva de personas lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI), y contra la discriminación por orientación sexual o identidad de género en la Comunitat Valenciana, presentada el 16 de junio de 2014.

Ciñéndonos a la normativa ya publicada, hay que señalar que en dichas leyes se establecen disposiciones sobre la actuación de los poderes públicos en la defensa de los derechos del colectivo transexual (en Galicia, en Cataluña y en la Comunidad Valenciana se insertan dentro de la normativa general relativa al colectivo LGTBI), y las medidas que se deben adoptar en los ámbitos de la justicia y de la seguridad ciudadana, en la esfera familiar, de la juventud y de la educación, en los ámbitos sanitario y laboral, en el campo de la cultura y del ocio, y de la comunicación para la promoción de la igualdad, visibilidad y no discriminación de dicho colectivo.

Se trata de normas no muy extensas. Así, la Ley de Navarra se estructura en un Título preliminar, cuatro Títulos, tres Disposiciones Adicionales y una Disposición final, con un total de 16 artículos; la Ley del País Vasco se divide en una exposición de motivos, cinco capítulos, dos disposiciones adicionales y dos finales, con un total de 18 artículos, la Ley de Andalucía se estructura en cinco Capítulos, tres Disposiciones Adicionales y dos Disposiciones Finales, con un total de 23 artículos; y la Ley de Canarias, en una Exposición de Motivos, cuatro Títulos, una Disposición Adicional, dos Disposiciones Finales, con un total de 17 artículos. Y de contenidos similares, con mayores precisiones en unas o en otras, sobre todo en la Ley de Andalucía.

Las personas beneficiarias de las respectivas leyes son las personas residentes en cada una de las Comunidades Autónomas, con independencia de su situación legal o administrativa, o con residencia efectiva, según la Comunidad de que se trate, y que tengan la condición de transexuales, entendiéndose por tales a toda aquella persona

que haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, o aquellas personas que han iniciado los trámites para acceder al cambio de inscripción relativa al sexo (arts. 3 de la Ley de Navarra, 3 de la Ley del País Vasco, 4 de la Ley de Andalucía, y 2 de la Ley de Canarias). Sin embargo, en la Ley de Andalucía se da una definición de la identidad de género que va más allá de la perfilada en la citada Ley 2/2007, señalando que identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y que incluye la vivencia personal del cuerpo. Puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido” (art. 3).

En ellas, y como un dato importante a destacar que se recoge en particular en la Ley de Andalucía, se establece el derecho a la autodeterminación de género, y derivado del mismo, el derecho de las personas transexuales a recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones, al reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada, al libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, a ser tratada e identificada de acuerdo con dicha identidad, al ejercicio de su libertad conforme a la misma en los diferentes ámbitos de la vida social y al acceso a los diversos servicios públicos que brindan las administraciones (art. 2 de la Ley de Andalucía). Asimismo dicha Ley establece como principios rectores el principio de no discriminación por razón de identidad de género (art. 6; así también en los arts. 4 y 5 de la Ley de Canarias) y el principio de confidencialidad de los datos relativos a su identidad y respeto a su privacidad (art. 8). En su virtud, dispone, en los criterios de actuación, que toda norma, reglamentación, procedimiento o actuación de las Administraciones públicas deberán respetar el derecho humano a la autodeterminación de la identidad de género y no podrán limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la libre autodeterminación de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del libre y pleno ejercicio de ese derecho (art.5.1).

7. En el ámbito sanitario, en dichas leyes se establece que los respectivos Sistemas Públicos de Salud deberán proporcionar los diagnósticos y tratamientos oportunos dentro del propio sistema. Se garantiza el derecho de las personas transexuales a ser tratadas conforme a su identidad de género, a ser informadas y consultadas sobre su proceso, a ser ingresadas en salas o centros correspondientes a dicha identidad, a ser atendidas por profesionales con experiencia, tanto en la especialidad concreta en que se enmarque el tratamiento como de la transexualidad en general, y a que se adopten todas las medidas administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar sus derechos reproductivos, sin discriminación. En todas las leyes se prohíbe el uso de de terapias aversivas sobre las personas transexuales y de cualquier otro procedimiento que suponga un intento de anulación

de la personalidad de la persona transexual, cualquier otra vejación o un trato discriminatorio, humillante o que atente contra su dignidad personal (arts. 4 de la Ley de Navarra, 9 y 10 de la Ley del País Vasco, 5.2 y 10 de la Ley de Andalucía, y 6.1 y 2 de la Ley de Canarias).

Se establece también la creación de una unidad de referencia en materia de transexualidad dentro de los diferentes Servicios de Salud (arts. 4.4 de la Ley de Navarra, Disposición Adicional 2 de la Ley del País Vasco, Disposición Adicional Primera de la Ley de Andalucía, y art. 6.3 y Disposición Adicional Única de la Ley de Canarias).

Véanse los *Criterios, acordados por el Consejo Interterritorial, que deben cumplir los CSUR para ser designados como de referencia del Sistema Nacional de Salud, en la atención para la transexualidad* (www.msssi.gob.es/profesionales/CentrosDeReferencia/home.htm; y AA.VV., “Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español”, *Gaceta Sanitaria* (2012), núm. 26 (3), pp. 203–210, donde se citan las diversas unidades de referencia hospitalaria en España]. Así como la elaboración de una guía clínica para la atención de las personas transexuales (arts. 6 y Disposición Adicional 1 de la Ley de Navarra, 9 y Disposición Adicional 1 de la Ley del País Vasco, 10.3 y Disposición Adicional Segunda de la Ley de Andalucía, en donde se hace referencia, en lugar de a la guía clínica, a la elaboración de un procedimiento asistencial y de protocolos específicos de actuación para los profesionales, y arts. 8 y 9 de la Ley de Canarias, en donde también se hace referencia a la elaboración de protocolos médico-sanitarios).

Hay que destacar que en materia de atención quirúrgica, ésta sólo será prestada a personas mayores de edad, y previo informe de recomendación por parte de un/a psicólogo/a especializado/a y con experiencia en transexualidad, así como del endocrinólogo que esté supervisando la terapia hormonal de la persona (arts. 6.5 de la Ley de Navarra y 10.6 de la Ley de Andalucía).

Y se dispone que no se podrá condicionar el derecho a recibir otros tratamientos complementarios (como la fotodepilación del vello facial o la tirocondroplastia o la mejora del tono y modulación de la voz) a la realización previa de cirugías de reasignación sexual (arts. 6.6 de la Ley de Navarra, 9.4 de la Ley del País Vasco, 10.7 de la Ley de Andalucía, y 8.2.c de la Ley de Canarias).

También se prevé la elaboración de estadísticas sobre los resultados de los diferentes tratamientos, terapias e intervenciones que se lleven a cabo, con detalle de las técnicas empleadas, complicaciones y reclamaciones surgidas, así como la evaluación de la calidad asistencial, y la fijación de las normas relativas al tratamiento de dichos datos. Por último, se dispone el establecimiento de las medidas adecuadas para la formación de profesionales en la materia (arts. 7 y 8 de la Ley de Navarra, 12 y 13 de la Ley del País Vasco, 11 y 12 de la Ley de Andalucía, y 10 y 11 de la Ley de Canarias).

8. En el ámbito laboral, se establece que las Administraciones públicas determinen las medidas para que no se produzca discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en la contratación de personal y en las políticas de promoción, así como las medidas de discriminación positiva adecuadas, dentro de los mecanismos de empleabilidad e inclusión ya existentes, para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales, a fin de mejorar las posibilidades de inserción y de participación en la vida social, económica, política y cultural de dichas personas, incrementando su capacidad de intervención activa en la sociedad, contribuyendo así a la superación de las desigualdades sociales (arts. 9 y 10 de la Ley de Navarra, 14 y 15 de la Ley del País Vasco, 13 y 14 de la Ley de Andalucía, y 12 y 13 de la Ley de Canarias) .

9. Especial referencia se realiza a los menores, concretamente en el ámbito sanitario y en el ámbito educativo. Esta referencia es de importancia trascendental por cuanto la situación jurídica de los menores transexuales todavía no ha sido abordada en su integridad. Y en nuestro país se han planteado recientemente situaciones de rechazo de menores en los centros escolares por su mera condición de transexuales.

Entre esta legislación autonómica destaca la Ley de Andalucía pues al referirse a los menores de edad transexuales en el art. 19 se hace referencia expresa a su derecho de autodeterminación sexual, señalando que éstos tienen derecho a recibir la protección y la atención necesarias para promover su desarrollo integral, mediante actuaciones eficaces para su integración familiar y social, actuaciones que deben estar presididas por el interés superior de los menores frente a cualquier otro interés legítimo. Se reconoce el derecho de los menores con disconformidad de su identidad de género a desarrollarse física, mental y socialmente en forma saludable y plena, así como en condiciones de libertad y dignidad, lo que incluye la determinación y el desarrollo evolutivo de su propia identidad de género y el derecho a utilizar libremente el nombre que hayan elegido, posibilitando por parte de sus representantes legales la solicitud de la documentación pertinente, con presencia del Ministerio Fiscal en caso de imposibilidad de tramitar dichas solicitudes.

En dichas leyes se establece que en el ámbito sanitario los menores de edad transexuales tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal, dispensándose la atención sanitaria de acuerdo con las normas establecidas en Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y en las correspondientes leyes autonómicas de autonomía del paciente (arts. 5 de la Ley de Navarra, 11 de la Ley del País Vasco, 19.6 de la Ley de Andalucía, y 7 de la Ley de Canarias).

En el ámbito educativo se dispone que las distintas Administraciones públicas establecerán las medidas adecuadas para aumentar la comprensión y el respeto de la diversidad de identidades de géneros, incluyendo las necesidades particulares de los estudiantes y de sus familias. A estos efectos se impulsa el establecimiento de programas de capacitación y sensibilización sobre los derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación relativas a la identidad de género dirigidos a docentes y a estudiantes de todos los niveles de la educación pública, de medidas apropiadas para eliminar dicha discriminación y el desarrollo de planes de inserción laboral.

Además, se insta a adoptar por parte de las Administraciones públicas todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes transexuales dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de identidad de género, estableciendo un sistema público de recursos que garantice la oportunidad de acceder y participar en los diferentes niveles, grados y modalidades de enseñanza mediante currículos y ofertas formativas específicas, adaptadas a las características, condiciones y necesidades de la población transexual. Asimismo se dispone que debe arbitrarse un procedimiento reglamentario que posibilite que haya personas transexuales que cuenten con documentación administrativa de forma transitoria en centros escolares, servicios sociales y sanitarios, que pueda ayudarles a una mejor integración durante el proceso de transición, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación innecesarias (arts. 12, 13, 14 de la Ley de Navarra, 16, 17, y 18 de la Ley del País Vasco, 15.1 de la Ley de Andalucía, y 14 de la Ley de Canarias). Especial referencia se realiza al acoso escolar por razón de transexualidad en las Leyes de Andalucía y de Canarias estableciendo que se reforzará especialmente las actuaciones contra el acoso escolar y se informará a los padres, tutores o representantes legales de los menores de los hechos y de los posibles mecanismos de denuncia ante los mismos (arts. 15.1.i y 16, y 14.2.a respectivamente). Además, en la Ley de Canarias se hace referencia concreta al tratamiento de la transexualidad en la educación básica, estableciendo que “La Administración educativa canaria asegurará que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto a la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares del alumnado y las de sus progenitores y familiares en este sentido” (art. 15).

Por otra parte, la Ley de Andalucía ahonda más en algunos aspectos relativos tanto a los menores de edad escolarizados como a los docentes y demás personal de los centros educativos, que no se mencionan en las otras leyes, quizás a raíz de los últimos conflictos escolares acaecidos precisamente en dicha Comunidad, puntualizando circunstancias que dieron lugar a ellos. Así, la Ley establece que los estudiantes, el personal y los docentes de los centros educativos tienen derecho “a mostrar los rasgos distintivos de la personalidad que suponga el cambio y la evolución de su proceso de identidad de género, debiéndose respetar su imagen

física, la elección de su indumentaria y el acceso y uso de las instalaciones del centro conforme a su género elegido”, y a utilizar libremente el nombre que hayan elegido, que debe ser reflejado en la documentación administrativa del centro, en especial en aquella de exposición pública, como listados de alumnos, calificaciones académicas o censos electorales para elecciones sindicales o administrativas (art. 15.2. De hecho, en Andalucía, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, Dirección General de Participación y Equidad, ha elaborado recientemente en junio de 2014 el *Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz*).

También es en la Ley de Andalucía donde se hace una especial referencia a dos colectivos particulares dentro de las personas transexuales: por un lado, a las personas jóvenes transexuales, estableciendo que entre ellas se promoverá y difundirá el respeto a la libre orientación sexual y a la identidad de género, así como las buenas prácticas al respecto en el ámbito de la participación y el asesoramiento juvenil (art. 20); y, por otro lado, a las personas mayores, disponiendo respecto de ellas el derecho a recibir del sistema de servicios públicos sociales de dicha Comunidad una protección y una atención integrales para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo (ello también se establece en el art. 16.1, par. 2º, de la Ley de Canarias), que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada a sus necesidades en los ámbitos sanitario, social y asistencial; asimismo establece que tendrán derecho al acogimiento en residencias adecuadas a su identidad de género y a recibir un trato que respete su individualidad e intimidad y, especialmente, su identidad de género, señalando que se elaborarán protocolos de buenas prácticas en relación con los problemas específicos de identidad de género en la vejez, para su aplicación en servicios y centros de atención a las personas mayores de titularidad pública y privada (art. 21).

Aparte de estos colectivos, en la Ley del País Vasco se hace una mención a las personas intersexuales, extendiendo a este colectivo los servicios establecidos en dicha Ley (art. 6.4).

10. De otra parte, en las citadas Leyes se establecen una serie de medidas contra la transfobia, que, sin embargo, no contienen sanciones ni siquiera de carácter administrativo. Y cuyo contenido varía de una norma a otra.

Dichas medidas disponen que las Administraciones públicas emprenderán programas para brindar apoyo social a las personas que estén en proceso de adaptar su género, programas para hacer frente a la discriminación y prejuicios y otros factores que menoscaban la salud de las personas transexuales, y programas de capacitación y sensibilización para contrarrestar actitudes discriminatorias por razón de identidad de género, tanto dirigidas al público en general como a colectivos de profesionales concretos, en particular, a los operadores jurídicos (art. 11 de la Ley de Navarra y 5.2 de la Ley de Canarias). En otras normas se añade, además, que se

asegurará que tanto la producción como la organización de los medios de comunicación de titularidad pública o privada sea pluralista y no discriminatoria en materia de identidad de género, se apoya el reconocimiento y la acreditación de los colectivos y asociaciones de personas transexuales, se promueve la formación, la docencia y la investigación en materia de transexualidad en las Universidades, y la participación social y una mayor integración en el ámbito lúdico y deportivo (arts. 5 de la Ley del País Vasco, 7 de la Ley de Andalucía, 5.2 de la Ley de Canarias, y 16 de la Ley de Navarra, que las incluye en el Capítulo II del Título IV, entre otras medidas adoptadas por las Administraciones públicas navarras).

11. Asimismo, en dichas normas se establecen otro tipo de medidas. Entre ellas, se dispone la creación de un servicio de asesoramiento jurídico a las personas transexuales y a sus familiares y personas allegadas, dirigido a brindarles apoyo durante su proceso de transición o reasignación de género, así como información acerca de sus derechos, y apoyo psicológico y social (arts. 15 de la Ley de Navarra, 6 de la Ley del País Vasco, 18 de la Ley de Andalucía, que extiende estos servicios con especial incidencia a los menores, y 16.1 de la Ley de Canarias).

También se hace referencia a la documentación administrativa correspondiente a la nueva identidad, señalando que mientras dure el proceso de reasignación de sexo se suministrará a dichas personas una documentación administrativa adecuada para favorecer una mejor integración durante dicho proceso, eliminándose de los archivos, bases de datos y demás ficheros pertenecientes a la Administración pública cualquier referencia a la identificación anterior de la persona (arts. 14.2 de la Ley de Navarra, 7 de la Ley del País Vasco, 9 de la Ley de Andalucía, en la que se precisan más los requisitos para solicitar y tramitar dicha documentación, y 17 de la Ley de Canarias).

Por otra parte, se contempla a las personas transexuales que son víctimas de delitos, especialmente de crímenes de odio basados en la identidad de género, expresión de género u orientación sexual, y cuando sea víctima de violencia machista tratándose de persona cuya identidad de género sea la de mujer. En estos casos se dispone que se establecerán todas las medidas de protección administrativas, legislativas y de otra índole (art. 22 de la Ley de Andalucía), y, en el caso de violencia de género, se señala que tales personas tendrán acceso a todas las medidas de prevención y protección integral contra dicha violencia que se recogen en la legislación estatal y autonómica específica (arts. 23 de la Ley de Andalucía, 6.3 de la Ley del País Vasco y 16.3 de la Ley de Canarias).

Por último, cabe destacar que en las disposiciones finales se encarga al Gobierno de cada Comunidad el desarrollo reglamentario de estas leyes (Disposición final primera de las Leyes de Navarra, del País Vasco, de Andalucía y de Canarias).

12. En cuanto a las leyes de carácter general que regulan la situación jurídica del colectivo LGTBI (Leyes de Galicia y Cataluña y Proposición de Ley de la Comunidad Valenciana), hay que señalar que la situación de las personas transexuales se contempla conjuntamente con las demás personas pertenecientes al citado colectivo, aunque se realizan menciones especiales al colectivo transexual. En la Ley de Galicia, se dedica un precepto concreto a dichas personas en el art. 20, en donde se dispone que “Se garantizará la atención sanitaria, según la necesidad y el criterio clínico, de las prácticas y para las terapias relacionadas con la transexualidad”. En la Ley de Cataluña, en el art. 16.i) se establece que las Administraciones Públicas de Cataluña deben “Incorporar al sistema sanitario la atención integral a personas transgénero y a personas intersexuales, de acuerdo con la cartera de servicios vigente, teniendo en cuenta su revisión según los avances científicos, y definiendo los criterios de acceso tanto al tratamiento hormonal como a la intervención quirúrgica. Debe tenerse en cuenta la voluntad de la persona afectada en la toma de decisiones, siempre y cuando su vida no corra peligro o las condiciones de salud no puedan verse perjudicadas, de acuerdo con la normativa vigente. En cuanto a los menores, deben tenerse especialmente en cuenta, además, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su capacidad y madurez para tomar decisiones”; Además en el art. 18 se aborda una reiterada reivindicación del colectivo transexual, que no se ha tratado en las otras leyes, pues se dispone que en el ámbito del orden público y de la privación de libertad, el Gobierno debe establecer las medidas pertinentes para garantizar un trato y una estancia adecuados de las personas LGBTI en las dependencias policiales, establecer normas de identificación y cacheo para personas transgénero de acuerdo con la identidad sentida, permitir y facilitar a los detenidos y a los internos transgénero, tanto por parte de la autoridad policial como por parte de la autoridad penitenciaria, la continuidad de cualquier tratamiento médico u hormonal que estén siguiendo, y garantizar que los internos transgénero en los centros penitenciarios reciban un trato y tengan unas condiciones de vida que correspondan al género con el que se identifiquen; en el art. 23, dedicado especialmente a la Transidentidad e intersexualidad, se establece el respeto a la utilización del nombre que hayan elegido, respeto a la confidencialidad de los datos relativos a su condición, el derecho a consulta e información específicas, y la posibilidad de ser beneficiarias de la ley sin diagnóstico de disforia de género ni tratamiento alguno. Igualmente sucede en la Proposición de ley integral de la Generalitat Valenciana, en la que se hace referencia a los hombres y mujeres transexuales en el art. 26, en el que se respeta la mención del nombre elegido aunque no se haya modificado civilmente, el derecho a información específica, y fomento de contratación de personas transexuales. Pero, como se observa, en las mismas no se abordan todas las cuestiones que se derivan de esta condición personal, como en las leyes específicas.

13. Aunque se ha de valorar positivamente la publicación de estas leyes (y futura aprobación de otras normas relativas a esta materia ya mencionadas), hay que realizar algunas observaciones. En primer lugar, que las citadas normas son

desiguales en cuanto al contenido de las mismas, pues en alguna de ellas (Andalucía) hay una mayor precisión en la regulación de las cuestiones frente a las otras en la que se enuncian dichas cuestiones pero con menor desarrollo, como se ha observado a lo largo de esta exposición. En segundo lugar, existen algunas cuestiones que se abordan de manera muy general, tales como las innumerables medidas de protección y apoyo a las personas transexuales, que simplemente se enuncian pero cuyo efectivo desarrollo se debe desplegar después de la publicación de las leyes, o el desarrollo reglamentario de las mismas, que también está por elaborar, y que deja en el aire la efectividad de estas normas. Y, para finalizar, cabe señalar que no se hace referencia en ellas a las consecuencias jurídicas que se derivarían de una vulneración de los derechos reconocidos a las personas transexuales o transgénero (a diferencia de lo que acontece en la Ley de Cataluña o en la Proposición de Ley de la Comunidad Valenciana, en donde se prevé un régimen de infracciones y sanciones ante la vulneración de las normas establecidas en las mismas).

Por último, hay que reseñar que, a nivel estatal, falta una norma integral sobre la identidad de género, que aborde la problemática derivada de manera multidisciplinar, de manera similar a como se ha realizado en las citadas normas autonómicas, que sea de aplicación a todo el territorio nacional, y que armonice y complemente la legislación autonómica que está publicándose actualmente.

LA JURISPRUDENCIA ITALIANA EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA

THE ITALIAN CASE LAW ON ASSISTED REPRODUCTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 761-776.

Fecha entrega: 12/06/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Personal Investigador de la Universidad de Camerino
giobertidemarinis@libero.it

RESUMEN: Los problemas ligados a las técnicas de reproducción asistida son de extrema actualidad, en la medida en que afectan a una multiplicidad de intereses contradictorios. El trabajo pretende examinar la evolución jurisprudencial y doctrinal en la materia, buscando alcanzar un justo equilibrio entre la exigencia de reconocer el mayor margen posible a la libertad de la pareja para procrear y la de evitar poner en peligro los intereses del nacido y los de los terceros que resulten implicados.

PALABRAS CLAVE: reproducción asistida, embrión, nasciturus, diagnóstico preimplantatorio, fecundación heteróloga.

ABSTRACT: Problems related to medically assisted procreation are extremely current because they involve many conflicting interests. The paper aims to highlight the jurisprudential and doctrinal evolution on the topic trying to find the right balance between the need to recognize the widest margin of freedom of the couple to procreate and the need to avoid damaging the interests of the born and the others who are involved.

KEY WORDS: medically assisted procreation, embryo, unborn child, preimplantation diagnosis, heterologous fertilization.

1. La reproducción asistida ha sido regulada en Italia por vez primera en la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, la cual disciplina las intervenciones terapéuticas encaminadas a resolver los problemas reproductivos ocasionados por la esterilidad o infertilidad humana, mediante el tratamiento clínico de los gametos masculinos y femeninos.

Por más que esta Ley sea la primera disciplina normativa en la materia no debe pensarse que con anterioridad a ella no se practicaran este clase de tratamientos; por el contrario, su frecuencia fue lo que reclamó la intervención legislativa.

Hay que tener en cuenta que, si bien la Ley de 19 de febrero de 2004 supuso un meritorio intento de ponderar los complejos intereses en juego, previendo una tutela específica para el embrión, lo cierto es que fue considerada excesivamente rigurosa, generando una fuerte constestación, que llevó, poco meses después de su publicación, a la proposición de un referendum popular abrogatorio de toda la Ley – considerado inadmisibile por la Corte Constitucional-, y a otros cuatro referendum abrogatorios parciales, que se referían a concretos aspectos de la misma, a saber, la prohibición de diagnóstico preimplantatorio y de fecundación heteróloga, así como la limitación de acceso a las técnicas de reproducción asistida, exclusivamente, a la parejas estériles, los cuales, en cambio, fueron considerados admisibles.

La consulta popular no tuvo los efectos esperados por sus promotores, desde el momento en que no se alcanzó el *quorum* mínimo legalmente previsto para la validez de los *referendum*.

Pero todo ello no ha hecho desaparecer las incertidumbres y las fuertes críticas acerca de la conformidad de la Ley de 2004 a los principios constitucionales y supranacionales, que contrastan con una serie de prohibiciones, explícita o implícitamente, previstas por la norma ordinaria.

En consecuencia, se ha producido una fuerte reacción jurisprudencial –tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional– la cual, influida también por los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha originado una profunda relectura de la entera disciplina, que, bien podría decirse, ha sido completamente reescrita por los jueces.

Los problemas que han llamado la atención de los intérpretes son, en particular, el de la prohibición de diagnósticos preimplantarios sobre el embrión creado *in vitro*; el de la limitación de acceso a las técnicas a las parejas estériles; y, por último, la prohibición expresa de fecundación heteróloga.

2. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2004 era habitual examinar las células del embrión antes de implantarlo en el útero para verificar su estado de salud y, sobre todo, detectar posibles anomalías genéticas.

La posibilidad jurídica de seguir realizando estas prácticas, que obviamente desemboca en el exclusivo implante en el seno materno de los embriones sanos, fue puesta en duda tras la aparición de la Ley; y ello, no porque la misma lo prohibiera expresamente, sino porque la prohibición se deducía implícitamente de una serie de disposiciones de la misma.

Una primera referencia normativa al respecto se encuentra en el art. 13 de la Ley, que, al vetar la experimentación con embriones y las prácticas eugenésicas, manifiesta una cierta tendencia a la intangibilidad del embrión. Este plantramiento encuentra una confirmación más clara en el art. 14, que, en su número primero, prohíbe la crioconservación y la destrucción de embriones; y, en su número segundo, afirma que a través de las técnicas de reproducción asistida no pueden crearse un número de embriones superiores al necesario; que los mismos no pueden en ningún caso superar el número de tres; y que todos los embriones creados deben ser implantados simultáneamente.

Los Tribunales de Instancia (Trib. Catania 3 mayo 2004, en *Foro it.*, 2004, I, c. 3495) interpretaron tales disposiciones como una implícita prohibición de diagnóstico preimplantatorio, si bien en la Ley es posible encontrar disposiciones, que, aunque de manera no expresa, parecen orientarse en un sentido más permisivo, como el art. 13.2 (que admite la investigación clínica y la experimentación con embriones, con la condición de que “se persigan finalidades exclusivamente terapéuticas o diagnósticas” encaminadas a la tutela de la salud y el desarrollo del embrión) y el art. 14.5, que reconoce el derecho de los padres a ser informados, no sólo sobre el número de embriones creados, sino también sobre el estado de salud de los mismos. La incertidumbre normativa fue resuelta, en un claro sentido restrictivo, por las *Linee guida* adoptadas por Ministerio de Sanidad por Decreto de 21 de julio de 2004, que, además de prohibir cualquier tipo de diagnóstico preimplantatorio con finalidad eugenésica, afirma que los médicos podrán realizar indagaciones sobre el estado de salud del embrión, pero que las mismas deberán ser exclusivamente de tipo “osservazionale”, negando, implícitamente, por exclusión, la posibilidad de llevar a cabo las que tuvieran carácter invasivo, como son las que comportan las tomas de material genético.

Tales directrices no aplacaron, sin embargo, la inquietud de los Tribunales, desde el momento en que por la jurisprudencia de instancia se planteó una cuestión de constitucionalidad, con el argumento de que las disposiciones de la Ley de 2004, de las que cabía deducir una prohibición implícita del diagnóstico preimplantatorio, eran contrarias a los arts. 2 (principio de tutela integral de la persona), 3 (principio de igualdad) y 32 (tutela de la salud) de la Constitución (así Trib. Cagliari 16 julio 2005, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 613). Pero la Corte Constitucional, sin

entrar en el fondo de la cuestión, la declaró manifiestamente inadmisibile por vicios procedimentales, dado que el juez proponente no había impugnado todas las normas de la Ley de las cuales era posible deducir la prohibición cuestionada (Corte cost., 369/2006, de 24 de octubre, en *Fam. dir.*, 2007, p. 545).

La sentencia de la Corte Constitucional fue objeto de grandes críticas, ya que se esperaba un pronunciamiento que consiguiera clarificar un aspecto de extrema relevancia en relación, sobre todo, a la ponderación de los intereses que parecen contraponer, de un lado, la tutela del embrión, y, de otro, la de la salud de la madre, además del interés de la pareja a conocer el estado de salud del embrión mismo.

La falta de coraje reprochada a la Corte Constitucional no ha impedido a los Tribunales de instancia dictar decisiones muy innovadores, que, mediante una interpretación de la Ley de 2004 en clave constitucional, han llegado a reconocer a los padres el derecho a acceder a la técnica del diagnóstico preimplantatorio.

En este sentido se orientó Trib. Cagliari 24 septiembre 2007 (en *Corr. giur.*, 2008, p. 383), que reconoció a una pareja tal derecho y, en consecuencia, la posibilidad de que se implantaran sólo los que resultaran sanos (en el mismo sentido, Trib. Firenze 19 diciembre 2007, en *Fam. dir.*, 2008, p. 723). La jurisprudencia de instancia llega a tal conclusión, constatando la ausencia de una explícita prohibición en la Ley, pero, sobre todo, valorando los datos normativos, que, como ya se ha dicho, parecen orientarse en un sentido diverso al hasta entonces dominante.

En concreto, la legitimidad del diagnóstico preimplantatorio se apoyó en el art. 14.5 de la Ley, que, sancionando el derecho a ser informado sobre el estado de salud del embrión que se va a implantar, sería una manifestación del interés constitucionalmente relevante al consentimiento informado en todo tratamiento sanitario. A esto se añade la necesidad de tutelar el derecho de la madre a la salud desde el momento en que la implantación de un embrión con malformaciones o portador de enfermedades genéticas, no sólo podría dar lugar a una patología psíquica de la madre, sino que también aumentaría el riesgo de consecuencias patológicas en el embarazo o de abortos espontáneos.

Del mismo modo se evidencia que una interpretación diversa estaría en contraste con el derecho de la madre a efectuar análisis diagnósticos de carácter genético sobre el feto ya formado (a través de las técnicas de amniocentesis y de villocentesis) y con la facultad de la madre para interrumpir el embarazo, de acuerdo con los arts. 6 y 7 de la Ley de 22 de mayo de 1978, núm. 194, cuando a causa de la malformación de aquél pudiese ocasionarse un perjuicio para la salud de la mujer.

Ciertamente, las investigaciones realizadas sobre el feto no tienen como finalidad “seleccionar” el producto de la concepción, sino la mera finalidad de comprobar el estado de salud del mismo; sin embargo, no parece razonable la prohibición del diagnóstico preimplantatorio en los casos en que del análisis del material genético

del embrión resulte un defecto genético que, provocando un daño psicofísico a la madre, induzca a la misma a evitarlo, interrumpiendo el embarazo.

Resulta evidente que dichas sentencias, al postular una interpretación en clave constitucional de la disposiciones de la Ley de 2004, se han apartado de las *Linee guida* ministeriales. Esta posición no ha dejado de producir efectos en la jurisprudencia administrativa, que ha anulado por extralimitación y con efectos *erga omnes* las mencionadas directrices (Tar Lazio 398/2008, de 21 de enero, en *Fam. dir.*, 2008, p. 499). Tal anulación ha llevado al Ministerio de Sanidad a dictar el 11 de abril de 2008 nuevas *Linee guida*, las cuales no contienen las limitaciones que circunscriban la investigación sobre el estado de salud a meras intervenciones de naturaleza “osservazionale”.

3. Pero la sentencia administrativa a la que acabo de hacer referencia asume particular relevancia, junto a otras de Tribunales ordinarios (Trib. Firenze 12 julio 2008 y Trib. Firenze 26 agosto 2008, en *Foro it.*, 2008, I, c. 3354), por haber planteado nuevamente una cuestión de constitucionalidad de las disposiciones, que, tal y como se interpretaran, podían dejar entrever una prohibición generalizada del diagnóstico preimplantatorio.

Esta vez la Corte Constitucional sí entró en el fondo de la cuestión y, aunque no llegó a afirmar expresamente la legitimidad del diagnóstico preimplantatorio, en sustancia, vino a neutralizar las disposiciones que suponían un obstáculo al mismo (Corte cost. 151/2009, de 8 de mayo, en *Fam. dir.*, 2009, p. 761). Lo que, de hecho, fue declarado inconstitucional es el art. 14.2 de la Ley de 2004, el cual, como se ha explicado, imponía al médico la obligación de crear un número limitado de embriones no superior a tres, todos los cuales debían ser implantados simultáneamente.

El objeto del pronunciamiento no es tanto la posibilidad de practicar el diagnóstico preimplantatorio, como, más bien, la estandarización del procedimiento médico que lleva a la estructura sanitaria que realiza la reproducción asistida a no poder valorar las modalidades operativas sobre las efectivas y siempre cambiantes exigencias clínicas de cada paciente; y, de hecho, el límite puesto a la creación de embriones, cuando los mismos no fueran suficientes, obligaban a la mujer a someterse a ulteriores ciclos de estimulación ovárica, con las consecuencias patológicas que de ellos pudieran derivar. Por otro lado, la implantación simultánea de todos los embriones podía llevar a embarazos múltiples que, conforme al art. 14.4, no podían ser reducidos. Ello resultaba contrario, bien al art. 3 de la Constitución (principio de igualdad), porque, de modo irrazonable, sometía al mismo tratamiento situaciones que podían ser muy diferentes, bien al art. 32 de la misma, en la medida que tal estandarización exponía a la mujer a riesgos sobre su propia salud.

Fue confirmada la permanencia de la prohibición de crear un número de embriones superior al necesario, pero se declaró que correspondía al médico (y no, al legislador,

mediante elecciones generalizadas), el deber de determinar la terapia más apropiada con base en los protocolos médicos y en las buenas prácticas profesionales para valorar la intervención terapéutica de manera específica, teniendo en cuenta las exigencias de cada paciente.

Esta solución y la expresa declaración de inconstitucionalidad del art. 14.2 de la Ley comportó como consecuencia inmediata –evidenciada por la propia Corte – la desaparición de la prohibición generalizada de crioconservación de los embriones creados, que no fueran implantados por decisiones clínicas del médico.

Aunque la sentencia no tome en consideración expresamente la posibilidad de llevar a cabo diagnósticos preimplantatorios, limitándose a constatar el carácter no razonable de la limitación de la discrecionalidad médica al efectuar las prácticas de reproducción asistida, es evidente que, eliminando los datos normativos sobre los que se fundaba la presunta prohibición del diagnóstico preimplantatorio, ha tenido una gran incidencia en este punto.

De hecho, la doctrina mayoritaria encuadra el pronunciamiento de inconstitucionalidad en el ámbito de la evolución acaecida en la materia a nivel jurisprudencial y ministerial, confirmando, en consecuencia, la posibilidad de la pareja de acceder al diagnóstico preimplantatorio (en el mismo sentido la jurisprudencia sucesiva: Trib. Bologna 29 junio 2009, en *Giur. merito*, 2009, p. 3000; Trib. Cagliari 14 noviembre 2012, *ivi*, 2013, p. 429, y en *Riv. giur. sarda*, 2013, pp. 142 ss.). La Corte Constitucional parece ponderar los intereses en juego, subordinando la tutela del embrión a la salud de la madre. Esta circunstancia es evidente en la misma motivación, que resalta cómo es la propia Ley de 2004 la que subordina la tutela del embrión a la realización del derecho de la mujer a procrear. Por lo demás, la implantación en el útero materno de embriones no garantiza que todos ellos lleguen a buen término.

4. La evolución jurisprudencial respecto a la admisibilidad del diagnóstico preimplantatorio ha llevado a otras cuestiones, no menores, a propósito de los límites subjetivos previstos en la Ley de 2004 para acceder a las técnicas de reproducción asistida. La Ley es muy restrictiva, desde el momento que permite el acceso a dichas técnicas sólo a “las parejas de personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o unidas de hecho, en edad potencialmente fértil, viviendo ambas” (art. 5); y, en particular, por lo que aquí nos interesa, a las parejas estériles o que padezcan una infertilidad constatada y certificada médicamente (art. 4.1).

Dicha exigencia determina la imposibilidad de que las parejas fértiles puedan usar las técnicas de reproducción asistida, incluso en el caso de que fuesen portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles al feto, que sólo podrían evitarse, si, mediante un diagnóstico preimplantatorio, se seleccionara e implantaran en el útero, exclusivamente, los embriones portadores de la enfermedad.

Debe tenerse en cuenta que ya en las *Linee guida* ministeriales de 2008 se observa una limitada apertura, al permitir el acceso a la reproducción asistida a las parejas, cuyos miembros padezcan una enfermedad transmisible por vía sexual taxativamente determinada (HIV, hepatitis B o C). Se equipara, así, la infertilidad derivada de la imposibilidad de procrear con la infertilidad de hecho, que no permite a la pareja procrear, sin exponer a sus integrantes al riesgo de ser contagiados a través de la práctica de relaciones sexuales efectuadas sin protección. Sin embargo, no se contemplan los casos en los que los miembros de la pareja estén afectados por otras enfermedades transmisibles o sean portadores sanos de las mismas, los cuales, sólo mediante la reproducción artificial con diagnóstico preimplantatorio tendrían la posibilidad de generar hijos que no estuviesen afectados por dichas patologías.

El problema ya había llamado la atención de la doctrina, que había constatado un clara disparidad de trato contraria al principio de igualdad consagrado en la Constitución, desde el momento que la solución normativa permite acceder al diagnóstico preimplantatorio a las parejas estériles y portadoras de enfermedades transmisibles, negándola, en cambio, a las fértiles, portadoras de las mismas enfermedades.

La jurisprudencia de instancia se ha ocupado de este problema y, con una decisión innovadora (Trib. Salerno 9 enero 2010, en *Fam. dir.*, 2010, p. 476), ha admitido la posibilidad de utilización de la reproducción artificial a una pareja, cuyos miembros no eran ni estériles ni infértiles, pero que, no obstante, eran portadores sanos de una atrofia muscular espinal que podía ser transmitida al hijo. Pronunciándose, por vía de urgencia (a pesar del clarísimo tenor literal de la norma), el Juez realizó una lectura constitucional de la Ley de 2004, de la que dedujo el derecho de los padres a tener un hijo que no estuviera afectado por esta enfermedad y de autodeterminarse en las elecciones atinentes a la esfera de la procreación.

Esta interpretación extensiva, que plantea ulteriores problemas que debieran ser resueltos en el plano normativo, anticipa la posición asumida más recientemente por el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Costa y Pavan contra Italia* (TEDH 28 agosto 2012, en *Foro it.*, 2012, IV, c. 473).

Dos cónyuges italianos, portadores sanos de fibrosis quística, después de haber generado naturalmente un hijo enfermo y de haberse sometido la mujer a un aborto terapéutico (con ocasión de otro embarazo), por haberse detectado a través del diagnóstico prenatal que el feto padecía la enfermedad, pidieron y se les denegó la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida con el fin de efectuar un diagnóstico preimplantatorio, con el argumento de que no eran una pareja estéril.

Ante esta negativa el matrimonio acudió al TEDH, denunciando que la normativa italiana era contraria al art. 8 CEDH, que reconoce el derecho a la propia vida privada y familiar, el cual habría sido vulnerado por una injerencia ilegítima del Estado, en la medida en que prohíbe (arts. 1 y 4.1 de la Ley de 2004) acceder a la

reproducción artificial a las parejas fértiles, que, no obstante ello, sean portadores de graves enfermedades transmisibles.

Lo que pone de manifiesto el fallo, confirmado de manera definitiva por la *Grande Chambre* en Sentencia de 11 de febrero de 2013, es la evidente falta de lógica de la normativa italiana, que deja como única opción posible a los padres fértiles portadores de enfermedades transmisibles, que quieran tener un hijo que no padezca una específica malformación que con todo probabilidad está en riesgo de padecer, la de iniciar un embarazo naturalmente, efectuar después el diagnóstico prenatal (amniocentesis) y, en el caso que el feto tuviera malformaciones o estuviera afectado por una enfermedad, proceder al aborto por indicación terapéutica. Esto comportaría una injerencia desproporcionada del Estado en la vida privada y familiar, obligando a la pareja a poner en peligro, no sólo la salud psicofísica de la madre, sino también la del niño; injerencia, que, es tanto más desproporcionada, por la irracionalidad del sistema normativo, que no admite el acceso al diagnóstico preimplantatorio a la pareja fértil, garantizándole, en cambio, el derecho a abortar en el caso en el que el feto estuviera afectado por una malformación que pudiese provocar un perjuicio psicofísico a la madre.

A la luz de tal pronunciamiento, habría que revisar el concepto mismo de infertilidad, que no puede limitarse a englobar los casos en los que materialmente es imposible la procreación natural, sino también todas aquellos en los que la pareja, aún siendo biológicamente fértil, desde un punto de vista psicológico-moral, no se encuentra en condiciones prácticas de poder procrear.

Aunque el fallo no obligue al Estado a adoptar medidas para hacer compatible el Derecho interno sobre la materia con los principios del CEDH, parece evidente que condicionará la interpretación del mismo por parte de la jurisprudencia italiana, abriendo también el camino a una segura declaración de inconstitucionalidad, por ser contrario a lo previsto en el art. 117 de la Constitución, según el cual el poder legislativo interno debe desarrollarse “desde el respeto a la Constitución, así como a los vínculos derivados del Ordenamiento Comunitario y de las obligaciones internacionales”, entre las cuales no hay duda de que se encuentran los principios de la CEDH, tal y como son interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. El empuje demoledor que ejerce la jurisprudencia sobre la Ley de 2004, no se limita a los aspectos enunciados hasta aquí, sino que también alcanza a la prohibición de fecundación heteróloga expresamente sancionada por el art. 4.3 de la misma. Esta prohibición, que impide crear embriones con el recurso a donantes externos a la pareja, de hecho, impide, de manera absoluta, acceder a la reproducción asistida a las parejas en las que uno o ambos miembros no puedan generar gametos fértiles. El carácter absoluto de la prohibición, que ya en el pasado fue objeto de críticas y de dudas acerca de su constitucionalidad, encuentra en la Ley

de 2004 un imponente soporte sancionatorio, pero, al mismo tiempo, una precisa disciplina para el caso de que la pareja, no obstante la prohibición, recurra igualmente a la reproducción artificial.

La suerte de esta prohibición también ha sido influida por la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 1 de abril de 2010, *S.H. y otros c. Austria*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1082), que, ha estimado el recurso presentado por dos parejas austriacas, que sostenían que la parcial prohibición de fecundación heteróloga vigente en Austria era contraria al art. 8 CEDH en relación con el art. 14 CEDH. La legislación austriaca consentía la inseminación artificial heteróloga con donación externa de gametos masculinos (no, la realizada con gametos externos femeninos), pero prohibía totalmente la fecundación heteróloga in vitro. El TEDH entendió que esta solución vulneraba el art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida personal y familiar), porque daba lugar a una disparidad de tratamiento desproporcionado entre los pacientes que podían acudir a la inseminación artificial y los que, exclusivamente, podían utilizar la fecundación in vitro. Igualmente la desproporción resultaba de la circunstancia de que se permitía la fecundación artificial heteróloga con gametos masculinos y, en cambio, no con gametos femeninos, la cual planteaba los mismos problemas desde el punto de vista social, moral y jurídico. De hecho, en ninguno de los dos casos, los hijos presentan los rasgos genéticos de uno de los progenitores, creándose, no obstante, relaciones jurídicas con ambos.

Antes de hablar de la influencia que la sentencia ha tenido sobre el ordenamiento jurídico italiano, hay que observar que la misma no afirma que la prohibición de fecundación heteróloga, en sí misma, sea ilegítima, sino que lo era la legislación austriaca, porque de manera injustificada admitía algunos tratamientos heterólogos y proscibía otros, vulnerando así el principio de igualdad. Cuando un ordenamiento, en el ejercicio de sus poderes autónomos de decisión, decide regular un hecho jurídicamente relevante, debe hacerlo de manera racional y coherente, sin penalizar a sujetos que, encontrándose en condiciones semejantes, no pueden acceder a tratamientos sanitarios. Por lo tanto, la sentencia no expresa ningún juicio de valor sobre la admisibilidad general de la fecundación heteróloga.

En cualquier caso, la sentencia ha sido revocada por la *Grande Chambre* (Sentencia de 3 de noviembre de 2011, *S.H. y otros c. Austria*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224) la cual, aun reconociendo que el derecho a acceder a las técnicas de procreación asistida es una manifestación del principio de libertad personal y familiar encuadrable en el art. 8 CEDH, no ha considerado que la injerencia del Estado austriaco fuera desproporcionada, en aplicación de la llamada doctrina sobre “el margen de apreciación de cada Estado”. De acuerdo con dicha doctrina, el TEDH ha decidido finalmente reconocer a los Estados miembros un margen autónomo de apreciación sobre las materias, que, referidas a los aspectos morales y éticos de una sociedad democrática, no hayan llegado a tener una orientación unitaria y homogénea entre sus respectivos ordenamientos.

6. Una parte de la doctrina observó que el primero de los fallos del TEDH al que he hecho referencia (el que después fue revocado por la Gran Sala) no era posible aplicarlo de manera inmediata al sistema italiano, que, como se ha dicho, prohíbe cualquier tratamiento heterólogo. Desde el momento en que dicho fallo no afirma, como principio general, que debiera reconocerse la fecundación heteróloga, sino, exclusivamente, la ilegitimidad de la legislación austriaca, que, violando el principio de igualdad de trato, rechazaba ésta y, en cambio, admitía la inseminación artificial heteróloga, lo que no sucede en la legislación italiana.

A pesar de ello, a causa del impacto causado por dicho fallo, varios jueces de instancia plantearon cuestiones de constitucionalidad a propósito del art. 4.3 de la Ley de 2004, principalmente (aunque no sólo), por vulneración del art. 117.1 de la Constitución (Trib. Firenze 6 septiembre 2010, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 42; Trib. Catania 21 octubre 2010, *ibidem*, p. 55; Trib. Milano 2 febrero 2011, en *Fam. min.*, 2011, núm. 5º, p. 46), que, al subordinar el ejercicio del poder legislativo, no sólo a la Constitución, sino también a las obligaciones internacionales y comunitarias, determina la inconstitucionalidad de todas las normas internas que se opongan a las disposiciones del CEDH, tal y como son interpretadas por la jurisprudencia del TEDH.

Estando pendiente el juicio sobre la constitucionalidad de la norma, recayó la sentencia de la *Grande Chambre*, que, revocando el fallo de primera instancia del TEDH, privó a la cuestión de inconstitucionalidad de su principal parámetro normativo de referencia. Esto indujo a la Corte Constitucional (Corte cost. 150/2012, de 22 de mayo, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 858), con una resolución, objeto de fuertes críticas, a devolver las actuaciones a los jueces proponentes, por haber cambiado el marco normativo en el curso del procedimiento.

Como he dicho, el fallo fue criticado, desde el momento en que los jueces remitentes, no sólo habían planteado la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 117.1 de la Constitución, sino que también habían citado una serie de normas constitucionales (en particular, arts. 2, 3, 29 y 32), que, por razones obvias, no podían haber sido afectados por la sentencia de la Gran Sala y, por consiguiente, habrían impuesto a la Corte Constitucional la obligación de pronunciarse sobre la eventual vulneración de la Ley de 2004 con los principios en ellos consagrados.

Restituidas las actuaciones, se vuelve a proponer la cuestión de inconstitucionalidad, pero, esta vez, en vía principal, en la relación a los principios constitucionales internos, denunciando el art. 4.3 de la Ley de 2004 (Trib. Firenze 28 marzo 2013; Trib. Catania 29 marzo 2013 y Trib. Milano de 29 de marzo de 2013).

La Corte Constitucional, en Sentencia de 8 de junio de 2014, núm. 162 (en *www.dejure.it.*), acogiendo las cuestiones planteadas por los jueces proponentes, ha declarado inconstitucional el precepto.

De modo preliminar, la Corte observa que la prohibición de la reproducción asistida heteróloga no ha cristalizado en una práctica consolidada, desde el momento, en que antes de la entrada en vigor de la Ley, era pacíficamente admitida y reglamentada, si bien a través de normas ministeriales. Por otro lado, que dicha práctica no se encuentra prohibida por las obligaciones internacionales asumidas por Italia, desde el momento en que Convención de Oviedo prohíbe exclusivamente la fecundación heteróloga con finalidades eugenésicas.

Dicho esto, la Corte afirma que la elección de una pareja de formar una familia con hijos, concierne a la esfera privada y familiar, resultando encuadrable en la incoercible libertad de autodeterminarse, que, en cuanto tal, no tolera limitaciones, a menos que encuentren justificación en la exigencia de tutelar intereses que tengan un rango constitucional semejante.

La prohibición de fecundación heteróloga sería, además, contraria al derecho a la salud psico-física desde el momento en que el hecho de no poder tener hijos podría incidir negativamente sobre la “salud de la pareja”.

Ni todo ello encuentra un obstáculo en la tutela del nacido, ni en el interés del mismo a la búsqueda de sus propios orígenes biológicos desde el momento, en que este último aparece ya reconocido como un principio general consolidado, lo que es confirmado por la Ley de Adopción Internacional, en la que “ha quebrado el dogma del carácter secreto de la identidad de los padres biológicos como garantía inexcusable de la cohesión de la familia adoptiva”, por la exigencia de valorar conjuntamente todas los aspectos implicados en la materia.

Por último, la prohibición de fecundación heteróloga vendría a imponer un tratamiento discriminatorio injustificado para las parejas afectadas por una esterilidad particularmente grave, que se concretara en la imposibilidad de producir gametos. En consecuencia, resultaría violado el art. 3 de la Constitución desde el momento en que el derecho de una pareja a tener hijos vendría sólo reconocido a parejas que padecieran una esterilidad menos grave y no a aquellas, cuyas patologías resultaran tan graves, que les obligaran a tener que recurrir a la donación de gametos por parte de un tercero. La norma resultaría, además, discriminatoria, porque obligaría a estas parejas a tener que desplazarse al extranjero para acceder a la reproducción asistida, privilegiando a las de mayores recursos económicos, en relación con las que no tuvieran medios para ello, que, en consecuencia, se verían privadas de la posibilidad de tener un hijo, siendo titulares de los mismos intereses constitucionalmente protegidos.

7. De las consideraciones hechas parece evidente deducir que la disciplina de la reproducción asistida prevista en la Ley de 2004 ha sufrido importantes modificaciones por parte de la jurisprudencia, que ha desdibujado progresivamente gran parte de los elementos característicos de la regulación italiana. Se ha suprimido

la prohibición de diagnóstico preimplantatorio, se ha ampliado el acceso subjetivo a parejas que, aun siendo fértiles, son portadoras de enfermedades transmisibles al feto y, por último, se ha suprimido también la prohibición de fecundación heteróloga.

Por otro lado, los argumentos utilizados por la Sentencia de la Corte Constitucional de 8 de junio de 2014 parecen sentar las bases para posteriores decisiones que, de hecho, podrían “acabar” con la Ley del 2004.

Afirmar que existe un derecho a tener un hijo, que sólo cede ante la existencia de otros intereses y valores de igual rango constitucional y que tal derecho no daña la posición jurídica del nacido, que resulta suficientemente tutelada, inexorablemente, abre la puerta a ulteriores pronunciamientos de constitucionalidad sobre la Ley, ya que de acuerdo con dicha interpretación, son numerosas las normas contrarias al principio de igualdad.

¿Por qué permitir a una pareja el acceso a las técnicas heterólogas y no permitirlo a una pareja, cuya mujer, no pudiendo materialmente llevar en su seno al hijo, debe necesariamente recurrir a la maternidad subrogada (con o sin la donación externa de gametos)? También en este caso, tendría lugar una discriminación que lesionaría el derecho de una pareja a tener un hijo y que se basaría, exclusivamente, en la gravedad de la infertilidad de la mujer.

Por otro lado, ¿cuál sería el motivo para reconocer el derecho a tener un hijo sólo a personas que estén casadas o convivan de hecho? ¿No debiera reconocerse también a los *single* que, no sean fértiles, como consecuencia del principio de autodeterminación y con fundamento en el respeto a la vida privada y familiar? Es más, ¿no se habría de dar un paso más y permitir la maternidad subrogada para permitir también a los *single* masculinos infértiles tener un hijo?

Por último, tales derechos debieran ser reconocidos, por obvias razones de no discriminación, también a parejas del mismo sexo o a *single* homosexuales, desde el momento en que las diversas orientaciones sexuales no excluyen la existencia de un deseo humano de paternidad o maternidad. Habría, pues, que preocuparse de justificar el motivo por el que un presunto derecho del nacido a tener dos progenitores prevalecería sobre el derecho a la salud y a la autodeterminación del padre.

Estas provocadoras preguntas encuentran su respuesta (creo que no exhaustiva) en la orientación propuesta por la sentencia de la Corte Constitucional, que es categórica al afirmar que la inconstitucionalidad de la prohibición de reproducción asistida heteróloga no afecta para nada a la prohibición de maternidad subrogada y, en segundo lugar, que el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley previsto en el art. 5 de la misma no se ve modificado por efecto de la sentencia misma.

Es cierto que la Corte no califica el derecho a tener un hijo como un derecho de la persona, sino de la “pareja”. No importa que entre los padres e hijos no haya una comunidad genética, con tal de que estos últimos nazcan en el seno de una pareja estable o de una familia. Después de tantos esfuerzos realizados para separar la cualidad de hijo del concepto de familia para anclarla en el dato biológico-genético de la filiación, parece que se vuelva hacia atrás, para confirmar la necesaria presencia de una comunidad de personas vivas y heterosexuales, que, sólo, como consecuencia de su elección, deciden ser padres.

Pero, en realidad, así no se hace otra cosa que ocultar problemas que de modo inevitable se plantearán.

Es evidente que la fecundación heteróloga plantea problemas completamente diversos a la homóloga y que, siempre que no sea discriminatorio, está justificado un tratamiento diverso entre ambas. Crear un vínculo de filiación entre sujetos que compartan un patrimonio genético es diverso a crearlo con sujetos genéticamente extraños, porque plantea problemas jurídicos distintos que pueden también incidir sobre la elección de los padres de acudir a las técnicas heterólogas o del donante de poner a disposición de la pareja el propio patrimonio genético. No parece suficiente atrincherarse detrás de la previsión, si bien legalmente necesaria, de que el hijo lo es de la pareja “comitente” y que el donante no tiene derecho a reconocerlo.

¿Qué cosa sucedería, si, una vez nacido, el hijo presentara patologías que sólo pudieran curarse a través de la donación de tejidos genéticamente compatibles? Se les debería reconocer el derecho a conocer sus propios orígenes y, quizás, descubrir que el padre genético tiene, a su vez, una familia e hijos que son sus hermanos genéticos.

Todo ello, ¿no podría también lesionar el derecho a la salud psicológica de la mujer o de los hijos del donante o de la misma persona nacida del uso de las técnicas de reproducción asistida heteróloga? Y, si es así, ¿por qué el derecho a la salud psicológica de los terceros –que no hacen otra cosa que sufrir las elecciones ajenas– merecerían menor garantía que el de la pareja a tener un hijo? ¿Sería suficiente justificarse diciendo que la patología de la pareja es actual y que la de los terceros es sólo potencial?

Habría bastado que la disciplina de la reproducción asistida hubiera sido más correctamente entendida por parte de la Corte Constitucional como una terapia para curar, no cualquier enfermedad ligada al “deseo objetivo” de tener un hijo, que no puede tener naturalmente, sino a las específicas enfermedades que pueden englobarse dentro del concepto de infertilidad o de esterilidad.

Se debe evidenciar el hecho de que, como muchas otras enfermedades, no siempre la infertilidad o la esterilidad son sanables, y que no puede pretenderse que el embarazo sea utilizado como remedio para patologías psicológicas que, aun siendo

graves, podrían encontrar su solución médica en otros ámbitos. El hecho de garantizar el acceso a tales técnicas no puede ser tampoco considerado como privación de una técnica terapéutica a través de la cual hacer frente a la patología clínica que en tal situación se genera. Se puede discutir sobre el hecho de si la opción legislativa de prohibir las técnicas de procreación heteróloga es criticable desde un punto de vista ético o moral, pero, ciertamente, no se puede afirmar que la misma sea contraria a la Constitución y sostener que, como se admite la fecundación homóloga, debe ser reconocida la heteróloga, como exigencia del principio de igualdad y de no discriminación entre parejas con infertilidad curable y parejas con infertilidad incurable.

En conclusión, el hecho de admitir que tales patologías puedan encontrar solución en la fecundación heteróloga abre las puertas a una multiplicidad de problemas jurídicos que pueden poner en peligro los intereses del hijo y de los terceros, que no parece hayan sido debidamente en cuenta por parte de los Magistrados y, que, sin embargo, no deben ser infravalorados.

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN
DE SUSTITUCIÓN

RECOGNITION IN SPAIN OF AFFILIATION BY SURROGACY

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 777-789.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ENRIC BATALLER I RUIZ
Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Valencia
enic.bataller@uv.es

RESUMEN: La maternidad subrogada ha adquirido en pocos años un gran desarrollo como método de procreación al que recurre un número creciente de personas. Con independencia de las consideraciones éticas que merezca esta técnica, lo cierto es que la disparidad normativa actualmente existente a lo largo del mundo favorece la existencia de un mercado de bebés de encargo y plantea problemas de gran magnitud a quienes, siendo nacionales de un Estado que prohíbe la gestación de sustitución, pretenden llevar a él un niño nacido en un lugar donde esta práctica resulta permitida y cuya filiación les ha sido jurídicamente atribuida.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; maternidad subrogada, filiación, interés superior del menor, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: Surrogacy has become in a few years a popular method of procreation that draws an increasing number of people. Regardless of the ethical considerations that deserves this technique, the fact is that currently regulatory disparity existing throughout the world favors the existence of a market for babies and raises problems of great magnitude for those who are nationals of an Estate that prohibits gestational surrogacy, but intend to bring there a child born in another place where this practice is permitted and whose affiliation has been attributed to them legally.

KEY WORDS: Assisted reproduction; surrogacy, affiliation, supreme interest of the childhood, European Court of Human Rights.

1. Actualmente ha adquirido una notable extensión la práctica por la cual una mujer gesta a un niño, mediando un pacto que la obliga a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas, quienes asumirán la paternidad o maternidad del mismo. Esta práctica recibe diversos nombres, siendo los más corrientes los de “maternidad subrogada”, “gestación de sustitución”, “maternidad portadora”, “alquiler de útero” o “vientre de alquiler”. Creo que debería rechazarse el uso de la palabra “maternidad”, porque se trata de un concepto que va más allá del supuesto de hecho al que se alude y cuya virtud es la de unificar indisociablemente las dimensiones corporal y psicológica presentes en todo embarazo y puerperio. Tampoco me parece acertado emplear el término “alquiler”, porque éste es un concepto propio del tráfico económico, que nos desliza hacia la admisibilidad de un tratamiento simplemente cosificado de la persona humana, lo que va en contra de los derechos de la personalidad.

En mi opinión, coincidente con otros autores [véase, por ejemplo, SOUTO, B.: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, en *Feminismo/s* (diciembre 2006), núm. 8, pp. 181-195], es preferible el término “gestación de sustitución”, utilizado ya por la “Comisión Palacios” (Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Fecundación Artificial Humanas), creada en 1986 para aportar opiniones que se juridificaron con la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, aunque pueden plantearse objeciones a tal denominación cuando la mujer gestante aporte también su material genético, ya que en tal caso asume igualmente la maternidad biológica.

Este proceso puede presentar diversas modalidades, a saber:

- a) El embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer, quien llevará a cabo la gestación y se obliga a entregar el niño a su nacimiento a sus padres biológicos.
- b) La madre portadora aporta también su óvulo, que será fecundado con el semen del varón de la pareja que quiere asumir la patria potestad.
- c) Que, además de la gestante y la pareja que tiene intención de asumir la patria potestad, intervenga otro hombre y/o mujer aportando su material genético.
- d) Que no se trate de una pareja, sino de un hombre o de una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario.

Ante la diversidad de situaciones posibles, el convenio mediante el que se vehiculiza esta práctica podría definirse como aquel contrato, oneroso o gratuito, por el que una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona sola o una pareja, casada o no),

quienes podrán aportar o no sus gametos [PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid (2002): Centro de Estudios Registrales]. Por tanto, el recurso a la subrogación suele formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, “madre subrogada” o “madre portadora”, acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para gestar a favor de un individuo o pareja comitente, llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño que posteriormente llegue a nacer. Se ha utilizado por parejas heterosexuales en las que la mujer no tiene útero o padece disfunciones que le impiden llevar a término un embarazo, o cuando el embarazo le esté contraindicado por razones médicas, si bien actualmente también recurren parejas del mismo sexo e incluso hombres solos (como el conocido caso del cantante Ricky Martin), situaciones estas últimas que han generado la polémica jurídica a la que más adelante me referiré.

El tratamiento desapasionado de este novedoso fenómeno exige deslindar dos aspectos diferentes que aparecen en el mismo, siendo el primero el relativo al juicio ético que nos pueda merecer, y consistiendo el segundo en el tratamiento en materia de filiación que quepa dispensar a los niños nacidos de una gestación de sustitución.

Sobre la admisibilidad de esta práctica encontramos diversas posturas, incidiendo sus detractores en que la aceptación de un “servicio gestacional” presupone una concepción dualista de la persona, que distingue artificiosamente entre su razón y autonomía, por un lado, y su dimensión corporal. Se recalca que el dualismo, típico de la modernidad inaugurada por el racionalismo cartesiano, reduce la persona a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es una simple cosa de la que puede disponer a voluntad porque no le constituye esencialmente como persona. Consecuencia de esto es que el cuerpo pueda ser tratado como *res commercium*, lo que condena a la mujer a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional, y no como un acontecimiento que afecta a todo su ser; de este modo, las funciones reproductivas se cosifican, y la mujer gestante queda reducida a una pura incubadora [LÓPEZ, J., y APARISI, Á.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética* (2012/2^a), XXIII, pp. 253-267].

Además, la experiencia internacional demuestra que, en los países en que se admite, los controles son menores cuanto mayor es el índice de pobreza, analfabetismo y sumisión de la mujer al varón. En la Unión India se han creado verdaderas “granjas” para madres de alquiler, y existe un negocio del que se benefician numerosos intermediarios, entre los que están generalmente el marido y los hombres de la familia de la mujer. En este país, según datos de 2010, existían 200.000 clínicas privadas que ofrecían servicios de reproducción asistida, sosteniendo un negocio que en 2012 generó 23.000 millones de euros. El coste medio de un procedimiento completo de maternidad subrogada en la India es de 35.000 \$, lo que supone un ahorro de 20.000 \$ con respecto al coste medio en EE.UU. La información que se ofrece a las candidatas a madre subrogada se redacta en inglés e hindí, las lenguas oficiales de la Unión, pero la mayoría de mujeres son analfabetas y tampoco hablan

tales lenguas [FUENTE: AMADOR, M.: “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *CS* (julio-diciembre 2010), núm. 6, Cali (Colombia), pp 193-217]. Entramos así en el reino de la paradoja, porque las nuevas tecnologías reproductivas acaban poniéndose al servicio de un sistema socioeconómico que perpetúa el rol sumiso de la mujer y sigue condenándola a quedar determinada por su sexualidad y a ser incapaz de trascender como persona más allá de su simple funcionalidad reproductiva.

En un extremo contrario se sitúan aquellos que consideran que las técnicas de reproducción asistida permiten que den vida personas que están impedidas por naturaleza para hacerlo. La reproducción se libera así de sus condicionantes naturales y pasa a depender de la voluntad, de modo que será padre o madre quien quiera serlo, con independencia de la técnica empleada, que no es más que un instrumento para el mejor desarrollo de la personalidad humana. Siguiendo este razonamiento, entienden que las inercias culturales imperantes, elaboradas en torno a estadios técnicos menos evolucionados que los actuales, llevan a sobrevalorar los vínculos creados durante la gestión entre la portadora y el feto, de modo que se considera a la mujer gestante como incapaz de tomar una decisión completamente libre. Frente a esto, reivindican que las mujeres son tan capaces como los hombres de liberarse de los condicionantes que les impone la naturaleza, dado que el embarazo no las convierte en menores de edad. Y, a mayor abundamiento, los defensores de la admisibilidad de la gestación de sustitución sostienen que inadmitir los acuerdos de maternidad subrogada supondría colocar, arbitraria y generalizadamente, las experiencias de la gestación y el parto en un nivel de satisfacción superior al que puede proporcionar a una mujer saber que ha permitido tener hijos a personas que no podían por sí mismas.

Entre ambos planteamientos aparecen posturas eclécticas, que defienden que se otorgue eficacia a los acuerdos entre particulares siempre que garanticen el derecho de la madre subrogada a cambiar de opinión tras el parto, al objeto de amparar aquellas situaciones en las que la madre subrogada no ha podido comprender *ex ante* el alcance real de la práctica a la que se ha sometido. Se protege así la subrogación basada en el consentimiento libre y plenamente informado, que se erige en parámetro para determinar la legalidad o ilegalidad de la gestación de sustitución.

2. En España, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida contenía un precepto prohibitivo (artículo 10) que ahora encontramos con idéntica redacción en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y que reza así:

“Art. 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En el derecho comparado, y dado que en la mayoría de supuestos de maternidad subrogada nos encontramos con que el “vientre de sustitución” no aporta sus óvulos para la procreación (bien porque el óvulo a fecundar proviene de la madre comitente, bien porque provenga de otra mujer), algunos ordenamientos admiten esta práctica basándose en que, al no existir vínculo genético alguno entre el nacido y la madre subrogada, la separación *post parto* no debe resultar traumática [Para un repaso a la situación normativa a lo largo del mundo, pueden consultarse LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* (2012), núm. 3/2012; FARNÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución del DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* (2010), núm. 1/2010].

Podemos establecer la siguiente taxonomía entre los países que admiten la posibilidad que nos ocupa:

- a) Admisión amplia: Georgia, Ucrania, Unión India, Federación Rusa, y algunos estados de EE.UU.

En EE.UU hay diversidad de situaciones, puesto que diez de los estados la prohíben completamente, mientras que otros la admiten en diversos grados, bien a través de leyes o jurisprudencialmente. California concentra el mayor número de centros privados que ofrecen servicios de maternidad subrogada. Desde la década de 1990, los tribunales californianos han dado carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada y, si hay conflicto de intereses, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente frente a la madre subrogada. El sistema californiano descansa en el *case law*, dado que no hay reconocimiento legal pero se admite la eficacia de los acuerdos de subrogación desde el precedente *Johnson vs Calvert* (1993), en que el tribunal estableció la filiación a favor de una pareja comitente partiendo de la teoría de la causalidad, puesto que sin la voluntad (*intention*) de ambos, el nacimiento no habría tenido lugar.

- b) Admisión únicamente cuando responde a un propósito altruista y se cumplen ciertas condiciones: Es la situación en que se hallan países como Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, la mayoría de estados australianos,

Sudáfrica y Nueva Zelanda, los cuales pueden a su vez ser agrupados de la siguiente forma:

- Aquellos que contemplan un proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, de modo que los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de iniciar el tratamiento médico. Son precisamente tales organismos los que verifican el cumplimiento de los requisitos legales (Israel, Grecia).
- Aquellos que ponen en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido a resultas de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*, de modo que se produce una transferencia de la filiación *a posteriori*. Es el caso de Reino Unido, donde la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 castiga penalmente la publicidad y la gestión comercial de los acuerdos de gestación por sustitución, pero diversamente los admite cuando son a título gratuito, por benevolencia y sin intermediarios. La filiación se determina inicialmente por el parto, pero se transfiere a los padres intencionales tras un período de reflexión de seis semanas para la gestante, y siempre que así se solicite ante los tribunales, que, si lo consideran procedente en aras al interés del menor, emitirán una *parental order* de transferencia de la filiación, que en algún caso ha llegado a otorgarse a favor de una persona ya fallecida [Véase al respecto la sentencia del caso *A and A v. P, P and B*, 8 julio 2011, England and Wales High Court (Family Division) Decisions 1738, disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/1738.html>].

3. El ordenamiento español empezó a verse obligado a salir de su ensimismamiento cuando dos varones españoles, casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de dos hijos ocurrido en California el 24 de octubre de 2008 mediante el recurso a una “gestación por sustitución”. Tras adjuntar certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes, el encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción basándose en la prohibición de la establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (en adelante, TRHA)

Tras la denegación, los interesados recurrieron ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación de la decisión del encargado y la inscripción de los menores. La DGRN dictó resolución estimatoria del recurso en 18 de febrero de 2009, y ordenó que se procediera a la inscripción del nacimiento tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que la inscripción no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo, y protegía el interés superior del menor [la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 ha sido objeto de abundante

atención doctrinal. Además de la precitada FARNÓS, y entre otros muchos, podemos citar también QUINONES, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret* (2009), núm. 3/2009; CALVO, A. L., y CARRASCOSA, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2009), vol. 1, núm. 2, pp 294-319].

El Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando dicha resolución de la DGRN, por entender que vulneraba el artículo 10 TRHA y, en su consecuencia, resultar contraria al orden público español. Esta impugnación fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de los de Valencia, el cual acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento previamente acordada en la resolución impugnada.

Tras ver desestimada la apelación que formularon ante la Audiencia Provincial de Valencia, los iniciales solicitantes del reconocimiento recurrieron en casación invocando como único motivo la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, relativo al principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 [sobre las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, puede verse VELA, A. J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada (2012): Editorial Comares].

El Tribunal Supremo desestimó el antedicho recurso de casación por sentencia de 6 de febrero de 2014, en una controvertida decisión que contó con el voto particular de cuatro magistrados, y cuyo análisis requiere de especial atención [EDJ 2014/7037. Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 6 de febrero de 2014, nº 835/2013, rec. 245/2012]. El Alto Tribunal indica que el problema planteado no remite al conflicto de leyes, sino al reconocimiento de actos jurídicos válidos según el derecho extranjero. Existe ya una decisión de autoridad adoptada conforme a derecho en California, al inscribir el nacimiento de los niños y determinarles una filiación acorde con las leyes de tal territorio. Lo que hay que resolver es si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y desplegar sus efectos (en concreto, determinación de la filiación a favor de los recurrentes) en el sistema jurídico español. El Tribunal Supremo indica al respecto que la legislación del Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no debe limitarse a aspectos formales, sino que se ha de extender a cuestiones de fondo. Con esta premisa, el Tribunal Supremo entiende que los preceptos constitucionales no permiten sostener que la admisión generalizada de la adopción ni de las técnicas de reproducción asistida acaben por llegar a vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño, ni a mercantilizar la gestación y la filiación hasta “cosificar” a la madre sustituta y al niño, y permitir así el negocio de los

intermediarios. No puede admitirse la creación de una “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue tenido en cuenta por el legislador al ponderar los intereses en juego y redactar el artículo 10 TRHA con el texto vigente, por lo que la filiación cuyo acceso se pretende al Registro es incompatible con el orden público.

La sentencia tampoco acepta que haya una discriminación por razón de sexo sobre dos varones casados, frente a la aceptación (artículo 7.3 TRHA) de la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge; y ello es así porque ambos supuestos son evidentemente diferentes, dado que la sentencia se ocupa de un caso en el que ninguno de los integrantes de la pareja casada ha llevado a cabo la gestación. Al contrario, la denegación de la inscripción proviene de que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes fueran dos hombres, como dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho o una persona sola, sea hombre o mujer.

Sobre el interés superior del menor que se alega en el procedimiento, el Tribunal Supremo entiende que se trata de un concepto jurídico indeterminado, o sea, de una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Tal interés superior no puede invocarse indiscriminadamente, haciendo tabla rasa de cualquier posible vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento nacional e internacional, a fin de sacar al menor de su esfera e introducirlo en la de las personas acomodadas que lo “encargaron”. En el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor es una “consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración, porque pueden concurrir otros bienes con los que habrá que realizar ponderación, igualmente consagrados en la Constitución Española y en los tratados internacionales, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes pobres, y la necesidad de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación.

En lo tocante a la posible violación de concretos derechos de los que los niños cuya inscripción se pretende fueran titulares, se razona que, dado que su nacimiento en Estados Unidos se produjo sólo porque fueron “encargados” allí, no existe peligro de vulneración de su identidad. Tampoco se vulneran sus derechos al respeto de su vida privada y familiar, reconocidos en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y de aplicación en España, dado que el recurso de casación desestimado no pretendía que se adoptase una decisión sobre la integración

de los menores en la familia constituida por los recurrentes, porque tal integración ya existía. Y si lo que se busca es la constitución de una filiación, entonces, al amparo del artículo 10.3 TRHA, podría reclamarse la paternidad por el varón de la pareja que fuese el padre biológico, e igualmente podría acudir al acogimiento familiar o a la adopción como vehículos para formalizar la integración del menor en la familia.

4. Mientras se desarrollaba el *iter* judicial comentado, el 5 de octubre de 2010 el Ministerio de Justicia dictó una instrucción interna a todos los registros por la que se admitía que los niños nacidos de “vientre de alquiler” fueren inscritos como españoles, hijos de los padres de intención, siempre que el contrato fuese ratificado por sentencia judicial en el país de nacimiento del niño. Con ello se quería establecer una garantía ante el aumento de la demanda de esa técnica en países como la Unión India o Ucrania, donde no media resolución judicial y es difícil saber si la madre gestante actúa libremente o empujada por la necesidad. Esta instrucción facilitaba las cosas a las familias que recurrían a la subrogación en los Estados Unidos, donde en diversos estados se exige sentencia para concluir el proceso.

Si bien la aplicación de tal instrucción en los consulados españoles quedó en suspenso tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, las presiones de las asociaciones pro-gestación subrogada y la perspectiva del nacimiento efectivo o inminente de un grupo de niños “de alquiler”, movieron a que el 9 de junio de 2014 el Gobierno alcanzase un compromiso, materializado en el Consejo de Ministros del 13, para dar fuerza de ley a la Instrucción de 2010, y ello mediante la redacción otorgada al artículo 44.7 del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, donde se alude a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras [artículo 44.7: “En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. *En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.* No obstante, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior”]. La solución no ha gustado a las familias de intención, dado que parece exigir que pasen por un procedimiento judicial de exequátur (reconocimiento judicial en España de una sentencia extranjera) previo a la inscripción. Los padres de intención quieren que el procedimiento sea administrativo y no judicial, que sea el encargado del registro consular español quien avale la resolución del juez de Estados Unidos u otro cualquiera país donde se exija sentencia, como se venía haciendo desde 2010, y que no haya que iniciar otro proceso judicial en España, porque eso complica y alarga la tramitación. Ante esta

oposición, el Ministerio de Justicia se ha comprometido a modificar la redacción del proyecto durante el trámite parlamentario.

5. La necesidad de admitir la inscripción en España se hace más acuciante a la vista de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, que condena a Francia por violación del artículo 8 CEDH por no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores de intención (casos *Menesson c/ Francia*, y *Labassee c/ Francia*, idénticos al caso resuelto en España por la STS 6 febrero 2014). El TEDH entiende que se atenta contra el respeto debido a la vida privada de los niños nacidos mediante gestación subrogada, porque se les coloca en situación de incertidumbre jurídica: los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, pero Francia les niega tal consideración, lo que constituye un atentado al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Además, carecen de derechos hereditarios legales respecto de los padres de intención, pudiendo ser sólo legatarios de los mismos, por lo que resultan doblemente discriminados.

El Ministerio de Justicia español ya ha declarado que tal sentencia le afecta igualmente, lo que abunda en la dirección de previsibles cambios legislativos en breve.

CUSTODIA COMPARTIDA Y MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO
CIVIL VALENCIANO: CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL
INTERÉS DEL MENOR

SHARED CUSTODY AND FAMILIAR MEDIATION IN THE VALENCIAN
CIVIL LAW: CRITERIA FOR THE DETERMINATION OF THE MINOR'S
BEST INTEREST

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 789-796.

Fecha entrega: 21/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

ESTHER ALGARRA PRATS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
e.algarra@ua.es

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante
j.barcelo@ua.es

RESUMEN: El trabajo analiza la mediación con menores y para menores cuando se trata de aplicar el régimen de custodia compartida, estando dicha decisión por el interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: mediación, custodia compartida, interés superior del menor.

ABSTRACT: This paper analyzes the mediation with minors and for minors when it is to decide if the regime of shared custody has to be applied, decision that is based on the minor's best interest minor.

KEY WORDS: mediation, shared custody, minor's best interest.

1. La aprobación, en la Comunitat Valenciana, de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, más conocida como “Ley valenciana de custodia compartida”, ha supuesto un cambio radical en una de las decisiones más importantes que afectan a la crisis de pareja: la guarda y custodia de los hijos.

El nuevo modelo de custodia compartida y las consecuencias que de él derivan ponen de manifiesto la necesidad de analizar y, en su caso, adaptar los tradicionales criterios en la determinación del interés superior del menor. El interés del hijo menor de edad en el contexto de la mediación familiar, regulada en la Comunitat Valenciana por Ley 7/2001, de 26 de noviembre y por Decreto 41/2007, de 13 de abril, debe ser concretado por el mediador con los nuevos parámetros que desde 2011 sitúan, en el Derecho civil valenciano, a la custodia compartida como regla general y a la custodia individual como modalidad excepcional.

En este trabajo analizaremos los criterios concretos para ponderar el interés del menor cuando hay que decidir, en ausencia de pacto, sobre el régimen de convivencia compartida o individual.

Iniciamos nuestro estudio con las referencias al interés superior del menor contenidas, tanto en la Ley 7/2001 como en la Ley 5/2011. Posteriormente, y tras una aproximación a este concepto jurídico indeterminado, veremos las principales pautas de actuación para su aplicación en la mediación familiar que eventualmente pueda tener lugar para llegar a acuerdos sobre el régimen de convivencia.

2. Como es bien sabido, ha sido la legislación autonómica [sobre el particular, GARCÍA VILLALUENGA, L. /VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y Sociedad* (2013), vol. 50, p. 73] la que, anticipándose a la regulación estatal (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), ha ido contemplando la técnica de la mediación como alternativa a la vía judicial en la solución de conflictos, planteando su operatividad concreta en el ámbito familiar. En el caso de la Comunitat Valenciana, se dictó la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, que consta de treinta y dos artículos, dos disposiciones adicionales y dos finales. Posteriormente, y en cumplimiento de la previsión de la disposición final primera, se procedió a su desarrollo reglamentario por Decreto 41/2007, de 13 de abril.

La Ley 7/2001 define la mediación familiar en el art. 1.1: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una

familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo”.

El art. 3 se ocupa, por su parte, del objeto de la mediación familiar. Interesa, en particular, destacar que el art. 3 c): “Facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado”.

Otras referencias al interés superior del menor aparecen en el art. 9 b) que, dentro de los deberes del mediador, incluye el de “concienciar a las partes, en su caso, de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los incapacitados”, y en el art. 21.3 donde, al describir el contenido del acuerdo, se afirma que “en todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos”.

3. El Preámbulo de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, vincula estrechamente la razón de ser de la ley con el interés superior del menor: “La preocupación creciente por asegurar el más correcto y adecuado desarrollo del interés superior de cada menor ante las situaciones de crisis familiar, viene siendo especialmente sentida en nuestra sociedad. Y, de manera particular, existe una demanda creciente para que, en los casos de ruptura o no convivencia entre los progenitores, la convivencia con los hijos e hijas menores haga compatible ese principio fundamental del interés superior de cada menor, con el principio de igualdad entre los progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos, tal y como fue proclamado por la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990”.

El interés del menor aparece también expresamente destacado en la referencia que contiene el Preámbulo a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana. En esta Ley 12/2008, que sirve de base y antecedente, el art. 22, regulador del «derecho del menor a las relaciones familiares», configura el sistema de principios y valores que ahora se plasman en el articulado de la Ley 5/2011: “1. Principio de coparentalidad: ‘Los poderes públicos velarán por la protección del principio de coparentalidad en el cuidado y educación de los menores, y garantizarán el derecho de estos a que ambos progenitores participen por igual en la toma de decisiones que afecten a sus intereses’. 2. Derecho de cada menor a ‘crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos’. 3. Derecho de cada menor, separado de un progenitor, ‘a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores’. 4. Derecho de cada menor ‘a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados’. 5. En

la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social”.

En lo que son las disposiciones concretas de la Ley 5/2011, llama poderosamente la atención que solamente exista una referencia al interés superior del menor, a pesar de haber sido calificado por el Preámbulo, como ya se ha visto, como principio fundamental que la ley hace compatible con el principio de igualdad entre progenitores y con el derecho de cada menor a convivir con ambos progenitores. Evidentemente, esto no significa que las normas no atiendan o estén inspiradas en el interés superior del menor, pero es significativa la falta de mención expresa.

Encontramos esta referencia al interés superior del menor en el art. 5.4, al tratar de la medida judicial que, en defecto de pacto, decide a favor de la modalidad excepcional, que es el régimen de convivencia individual: “La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”.

4. El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, consagra como uno de los principios generales que “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...”. Se configura así como un auténtico eje del Derecho de familia el interés superior del menor [sobre el planteamiento que se realiza en el texto, *vid.* DE TORRES PEREA, M. A.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid (2009): Iustel, pp. 13-18].

El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado.

El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar procederá concretar cuál será el bien del niño en dicho supuesto concreto.

El interés superior del menor prevalece sobre cualquier otro concurrente y, en consecuencia, constituye el centro de gravedad de la mediación familiar que se esté llevando a cabo.

5. Cabe ahora hablar del ámbito concreto de esta mediación con menores y para menores.

El art. 13.1 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, regula la solicitud de mediación familiar, distinguiendo dos grupos de personas: 1) Las unidas con vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad; 2) Las adoptadas y su familia biológica.

En el primer grupo, la solicitud se realiza en los casos siguientes: a) en las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo matrimonial; b) en el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio; c) en la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio; d) en el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio; e) en la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en separación, divorcio o nulidad, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados; f) en los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar; g) en cualquier otro conflicto surgido en la familia.

En el segundo grupo, la solicitud de mediación está prevista cuando quieran ponerse en relación el adoptado y su familia biológica, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.

El repaso a este art. 13.1 pone de manifiesto que el menor va a ser, en muchos casos, el principal receptor del consenso entre mayores que son los sujetos de la mediación familiar. Dato ciertamente curioso si tenemos en cuenta que no es citado en ningún momento por la norma, y que precisamente puede ser la mediación familiar el mejor medio para preservar el interés del menor en la situación de conflicto entre los progenitores.

Otro dato no menos curioso es que la Ley 5/2011 no contempla la mediación [sobre el particular, BARONA SELLÉS, M. A.: “Previsiones sobre la aplicación práctica de la Ley de la Generalitat de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, en AA.VV.: *Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*. Valencia (2011): Tirant lo Blanch, p. 239]. Es claro, no obstante, que esto no excluye el sometimiento de las partes a mediación familiar. Es más, en el fomento de la coparentalidad que, como vemos, inspira la Ley 5/2011, la mediación juega un papel fundamental, porque es un instrumento de pacificación y autocomposición del conflicto familiar. La mediación propicia el diálogo entre las partes, rebaja el nivel de enfrentamiento y facilita los acuerdos, presupuestos imprescindibles para una coparentalidad responsable y sobre todo viable [sobre estas consideraciones, *vid.* UTRERA GUTIÉRREZ, J.L.: “1981-2011: treinta años divorciándonos”, *La Ley* (2012-1), p. 1268].

La mediación es, sin duda, un elemento útil para llegar a acuerdos y organizar el régimen de convivencia. La fase en que se encuentre el conflicto familiar, y con respecto al proceso judicial planteado sobre la misma cuestión, puede hacer que la mediación sea anterior, coetánea o posterior al juicio. La fijación del concreto interés del menor tendrá una directa consecuencia en el establecimiento del régimen de convivencia compartida o individual. El mediador debe disponer de criterios claros que permitan individualizar dicho interés.

Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2011 han transcurrido varios años, siendo ya visibles algunos criterios adoptados por la jurisprudencia y que pueden servir de guía de actuación al agente mediador.

El ámbito más propicio para la aplicación del criterio del interés del menor es, sin duda, el de la medida judicial sobre el régimen de convivencia. Suele, con relativa frecuencia, adoptarse la medida y situarla como la más adecuada al interés del menor. Un ejemplo reciente y bastante ilustrativo lo encontramos en la SAP Alicante 29 abril 2014 (JUR 2014, 199004), al señalar que “La máxima protección del superior interés de los menores en este caso concreto se obtiene con el régimen de custodia compartida. Rigiendo aquí el principio del favor filii, consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española así como en la Ley Orgánica de Protección Jurídica de los Menores de 15 de enero de 1996 y sancionado por diversos Tratados y Resoluciones de Organizaciones Internacionales como la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño de la ONU de 29 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, al tiempo que inspira numerosos preceptos del Código Civil (art. 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170)”. Esta forma de proceder no debe, sin embargo, ser obstáculo para una motivación suficiente de la decisión que se toma siguiendo los factores del art. 5.3 de la Ley 5/2011: edad y opinión de los hijos, dedicación y capacidad de cada progenitor, informes, especial arraigo social, escolar o familiar, posibilidades de conciliación de vida familiar y laboral de cada progenitor, posibilidades de trato directo de cada progenitor con los hijos, y cualquier otra circunstancia.

Interesa detenerse, dentro de la decisión sobre el régimen concreto de convivencia, en un aspecto particular, como es el de los informes periciales, donde se aprecia, en algunas sentencias, una vinculación muy estrecha con el criterio del interés del menor.

La SAP Valencia 28 octubre 2013 (JUR 2014, 10432) confirma la custodia individual decidida por el Juzgado. La Audiencia realiza un extenso repaso a la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor y realiza una aproximación conceptual en los siguientes términos: “... este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de

derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico – derecho francés, *son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang* – o al amplio concepto de bienestar aplicando el 'welfareprinciple' anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor". Posteriormente, presta atención a que en el ámbito del proceso familiar "habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aun lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor". En el caso concreto juzgado, no ve la Sala ninguna razón para discrepar de la medida del Juez de instancia favorable al régimen de convivencia individual, "no solo por el contundente informe del gabinete obrante en autos sino, asimismo, por cuanto, de lo actuado, se desprende que la madre, la figura de referencia, tiene un superior vínculo afectivo con sus hijos, se ha implicado en un porcentaje muy superior en las cuestiones diarias de la menor, y es una madre favorecedora de la relación paterno-filial...".

La SAP Alicante 30 octubre 2013 (JUR 2014, 7998) establece, a diferencia de la del Juzgado, el régimen de convivencia compartida. A tal efecto, revisa de manera pormenorizada la prueba practicada sobre este extremo, considerando que "dado que se trata de determinar qué es lo que más beneficia al superior interés del menor, el medio de prueba que se presenta como más adecuado a tal finalidad es la pericia psicológica... sobre el núcleo familiar afectado por la medida". Tras el estudio del informe, concluye que no se observa obstáculo alguno para establecer la custodia compartida. Uno de los aspectos en los que incide para este cambio de medida (el Juzgado inicialmente decretó la custodia individual de la madre) fue el estilo educativo asertivo del padre, que se juzga más beneficioso para el interés del menor. Al margen de los criterios jurisprudenciales, no debe perder de vista el agente mediador que los pactos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos al interés del menor, pudiendo ser limitados o suspendidos de oficio. La mediación no puede sustraerse, como es lógico, a la imperatividad del principio del interés superior del menor. El mediador carece de poder de decisión, pero ello no implica que su actuación no sea relevante y que vele porque el interés del menor no se vea perjudicado por los acuerdos que las partes adopten.

O NOTARIADO E O REGISTRO IMOBILIÁRIO NO BRASIL: BREVES
REFLEXÕES

THE NOTARIES AND THE REAL ESTATE REGISTRATION IN BRAZIL:
BRIEF REFLECTIONS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 797-808.

Fecha entrega: 25/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

PEDRO ACCIOLY DE SÁ PEIXOTO NETO
Professor adjunto da Universidade Federal de Alagoas (UFAL/Brasil)
Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra
paccioly@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho é uma análise das atividades dos notários e do registro de imóveis no Brasil, tendo como objetos a sua evolução, a organização, o acesso e as perspectivas de novas atribuições dessas atividades extrajudiciais, para a segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: notariado, registro imobiliário, segurança jurídica.

ABSTRACT: The present study is an analysis of the activities of notaries and the real estate registration in Brazil, having as objects their evolution, the organization, the access and the prospects for new assignments of these extrajudicial activities, to legal certainty.

KEY WORDS: notaries, real estate registration, legal certainty.

1. O notariado e o registro imobiliário representam importantes atividades jurídicas de grande tradição no seio romano-germânico, apesar de que no *Common Law* também podem ser encontrados -contudo apresentam uma estrutura significativamente diferente e cujos papéis na segurança jurídica ficam muito aquém do que é aplicado nos países de tradição continental europeia -, sendo, portanto, mais presentes nesses últimos para a segurança jurídica negocial. Daí a necessidade de uma melhor compreensão desses dois sistemas, para permitir um diálogo entre estes, principalmente em um mundo globalizado e da informação, cujos negócios ultrapassam as fronteiras tradicionais, o que gera uma tendência no sentido de esclarecer tais sistemas, também a sua evolução, principalmente diante das atribuições que são conferidas de modo diferenciado entre os países do *Civil Law* e sua estrutura e sua estrutura jurídica organizacional, de acesso e regulatória.

O Brasil tem grande tradição no emprego do notariado latino, tendo sido tal modelo transplantado para suas terras durante o processo de colonização portuguesa. O grande marco para o sistema registral nacional se dá com a edição da denominada de Lei de Terras (Lei nº 601/1850) - onde ocorre a mudança de um sistema de Sesmarias para um sistema regido por esse diploma legal -, surgindo assim, conforme elucidada a doutrina, os registradores imobiliários no Brasil (v. SIQUEIRA, M. A. S.; SIQUEIRA, B. L. W. "Tabeliães e oficiais de registros: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal", *Revista de Informação Legislativa* (2000), núm. 148, p. 25.).

Assim, neste trabalho serão analisados o notariado e o registro imobiliário no Brasil sob o prisma de sua natureza jurídica e de sua função para a segurança jurídica, trazendo reflexões sobre sua evolução, organização, acesso e perspectivas para essas áreas jurídicas de tradição secular e que devem se adequar às necessidades crescentes de celeridade, desburocratização e atualização de atribuições, sem perder o norte maior e basilar de sua atuação, qual seja, trazer uma adequada segurança jurídica ao tráfico negocial.

2. Inicialmente há de ser considerada a divisão existente entre os sistemas notariais e de registro imobiliário, cada qual com um papel diferente para a estrutura da segurança jurídica na realização dos negócios jurídicos, especialmente porque, tanto um quanto o outro, podem atuar num setor muito importante e tradicional para as sociedades: o tráfico negocial imobiliário. Tendo em conta que, principalmente, o fato de que ao tratar de questões afeitas a imóveis, lida com um segmento de mercado que representa, nos dizeres da doutrina um verdadeiro: "bem de raiz" [v. DINIZ, M. H.: *Sistemas de registros de imóveis*. 5ª ed. São Paulo (2004): Saraiva, 2004, p. 12].

Apesar da diferença existente entre o instrumental jurídico do notário e do registrador imobiliário, há aproximações que exigem uma análise apurada quanto a

sua natureza jurídica, devido as suas repercussões para a segurança jurídica e para a responsabilização do tabelião e do registrador imobiliário, avaliando-se assim, sob o manto topográfico dos seus princípios e institutos jurídicos, o que também dependerá de como cada país internalizará no plano legislativo—desde a sua forma de ingresso até os limites dos poderes que lhe serão conferidos—, adotando um caráter de maior aproximação com um direito privado ou com um público.

Por sua vez, existem significativos pontos de convergências, o que possibilita a realização de estudos jurídicos integrados, daí a possibilidade da denominação, também, de “direito notarial e registral”. Para colaborar com esta tese vale trazer à baila o fato de que parte da doutrina considera essas atividades: “[...] duas faces da mesma moeda” [v. MOUTEIRA GUERREIRO, J. A.: “A actividade notarial e registral na perspectiva do direito português”, *Revista Brasileira de Direito Comparado* (2007), núm. 32, p. 163].

Também a doutrina, ao analisar no plano comparado português e espanhol, recorda que existe uma integração entre as atividades notarial e de registro, dado o fato, por exemplo, da presença em Portugal de um departamento administrativo público denominado de *Instituto de Registo e do Notariado* (IRN), apesar de que já existe, também, em território português uma ordem profissional específica do notariado, a Ordem dos Notários [v. MOUTEIRA GUERREIRO, J. A.: *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à Luz do Direito Português*. Coimbra (2014): Coimbra Editora, p. 29].

Daí a importância de que exista uma clara delimitação das atribuições do notariado e do registro imobiliário sem, contudo, jamais esquecer que as duas funções jurídicas se complementam na busca de uma maior segurança jurídica no tráfico imobiliário e em outras estruturas negociais de grande importância, para trazer maior previsibilidade aos investimentos nacionais e estrangeiros. Há quem afirme, por exemplo, que: “a fé pública registral descansa no documento autêntico, lavrado por notário, ou na decisão judicial” [v. SOARES, C.: *Contra-reforma do notariado e dos registos: um erro conceptual*. Coimbra (2009): Almedina, p.121].

3. No Brasil, as atividades do notariado e do registro imobiliário, por tradição, são denominadas de serventias extrajudiciais, mas também tais funções da fé pública podem ser, com frequência, chamadas de “cartórios”, termo este que é empregado, inclusive, pela lei federal que regulamenta essas funções (Lei nº 8.935/1994 ou “Lei dos Cartórios”), daí a necessidade de fiscalização do Poder Público para coibir o uso indevido dessa nomenclatura, por pessoas estranhas a essas funções – a título exemplificativo pode ser trazido à baila o Estado de Santa Catarina, que editou recentemente a Lei Estadual nº 16.578, de 15 de Janeiro de 2015, que disciplina o emprego do termo “cartório” e “cartório extrajudicial” na esfera dessa unidade da federação brasileira, conforme o artigo 2º deste diploma legal, para uso exclusivo

dos que exerçam funções delegadas de notário e de registro, excetuando os cartórios judiciais—, desta feita evitando erros e confusões para os utilizadores das notas e do registro público.

Diferente do que ocorre em outros países, no Brasil as funções tabelio e registral apresentam *status* constitucional, sendo-lhes reservado o artigo 236 da atual Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB/1988) — “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”—, uma delegação de serviço público, o que gera para o notário e para o registrador imobiliário uma série de prerrogativas e deveres de um típico exercício delegado de poderes públicos, por sua natureza jurídica e repercussões para a sociedade, sendo de grande importância para a segurança jurídica do tráfico negocial.

Importa trazer à baila a responsabilização criminal por determinadas violações dos deveres do tabelião e do registrador imobiliário, que são, por força de artigo do Código Penal Brasileiro, equiparados a figura de servidores públicos — “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”—, embora as delegações do notariado e do registro imobiliário sejam exercidas em caráter privado por opção constitucional do *caput* do artigo 236 (CFB/1988). Tal entendimento é reforçado em legislação mais específica na Lei de Cartório (Lei nº 8.935/1994), que ao tratar das responsabilidades civil e criminal daqueles profissionais assim expressa: “Art. 24. A responsabilidade criminal será individualizada, aplicando-se, no que couber, a legislação relativa aos crimes contra a administração pública”.

Parece claro que os notários e registradores, no Brasil, têm forte viés publicista — serviços extrajudiciais de intensa regulação estatal—, exercendo poderes públicos delegados pelo Estado, podendo até se equiparar, em determinadas condições, a servidores públicos, mas na verdade, conforme se leciona: “[...] inserem-se na ampla categoria de *agentes públicos*, nos termos acolhidos de forma pacífica pela doutrina brasileira de direito administrativo” [v. RIBEIRO, L. P. A.: *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo (2009): Saraiva, p. 55].

Na atual quadra, deve ser verificado que, apesar do forte viés publicista destas funções, ao menos na realidade brasileira, também não é possível desconsiderar a outra vertente do notariado e do registro imobiliário, qual seja a parte privatista, tendo em vista que as estruturas da delegação do notariado e do registro imobiliário, no Brasil, promovem a tutela de basilares direitos privados, alguns com natureza de direito fundamental, a exemplo do direito de propriedade imobiliária, na suas espécies urbana e rural. Com isso, por vezes, os estudos do notariado e do registro imobiliário foram mais analisados, no Brasil, sob o prisma civilista do que do administrativista.

Mas o fato é que se trata, na verdade, de um campo jurídico que, por sua essência, pode ser perfeitamente estudado sob o manto publicista e/ou privatista, o que leva à conclusão de que, por apresentar essa dupla face, seja na verdade um direito especial, que apresenta características bem peculiares, os quais exigem um conhecimento bastante específico, apresentando princípios e institutos especialíssimos, por exemplo o novo princípio registral imobiliário da concentração, positivado no Brasil por meio da Medida Provisória nº 656, de 7 de outubro de 2014, devidamente convertida na Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015 – “Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.” –, valor jurídico aquele que traz maior segurança jurídica ao adquirente de boa-fé da propriedade imobiliária, evitando-se, como no passado, a necessidade de realizar uma verdadeira “peregrinação” na busca de fatos jurídicos capazes de ameaçar sua aquisição.

4. Quanto ao ingresso nas atividades notarial e registral imobiliária no Brasil, por opção constitucional, deverá ocorrer, em homenagem aos princípios da moralidade e do instituto jurídico do concurso público de provas e títulos, conforme o comando do art. 236, § 3º da CFB – “§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.” –, o dever do candidato a notário ou a registrador de atender a certos requisitos, dentre os quais a nacionalidade brasileira (art. 14, inciso III da Lei nº 8.935/1994) e a formação jurídica (art. 14, inciso V da Lei nº 8.935/1994), este último requisito apresenta uma exceção que valoriza a prática do notariado e do registro, que é a possibilidade de não ser bacharel em direito, mas

para tanto deve-se ter, no mínimo, uma década de exercício em serviço notarial ou de registro, nos termos do art. 14, § 2º da Lei nº 8.935/1994.

Mas o fato é que, para evitar que as serventias do notariado e do registro imobiliário possam sofrer uma descontinuidade, em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, que se encontra diretamente relacionado com o interesse público de um serviço extrajudicial fundamental para a segurança jurídica do tráfico negocial, ficaram assim previstas as hipóteses de extinção da delegação, por meio do artigo 39 da Lei nº 8.935/1994, estipulando no § 2º a nomeação de um interino— tabelião ou registrador substituto mais velho—para responder por tal serventia, enquanto não houver um indivíduo concursado apto para exercer tal delegação.

Surge, assim, a figura do interino da serventia, ou seja, aquele que exerce de modo precário as funções de notário e/ou de registrador imobiliário até ocorra um novo concurso de provas e títulos, no qual o candidato, devidamente aprovado e classificado, opte por aquela serventia extrajudicial vaga. O problema é que muitos destes concursos acabam demorando significativamente para serem realizados e finalizados, fazendo com que muitos interinos encontrem-se a frente destas serventias por anos a fim.

Os concursos de provas e títulos são obrigatórios, tanto para o ingresso nas funções de notário e/ou registrador, quanto para a remoção de um serventia para outra. Não admitindo a hipótese de permuta, algo no passado frequente, mas que em virtude da grande diferença de faturamento entre as serventias poderia causar um ferimento do mérito auferido por um concurso público, mantendo um sistema quase familiar de perpetuação.

Apesar da obrigatoriedade constitucional da realização de concurso público, na modalidade de provas e títulos, ainda existe uma considerável resistência na sua efetivação, fato este que levou o órgão máximo da cúpula administrativa do Poder Judiciário Brasileiro—o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)— editar duas importantes resoluções que disciplinam muitas das questões mais relevantes da obrigatoriedade deste certame, o que se deu por meio de duas resoluções normativas.

A Resolução de nº 80, de 09 de junho de 2009 tratou de declarar vagas todas as serventias do notariado e do registro público que estivessem ocupadas em desconformidade com as normas constitucionais, ressaltando seu papel fiscalizador e obrigando os tribunais de justiça dos estados membros da federação a promoverem um verdadeiro choque na gestão para o provimento regular destas serventias.

Complementando a promoção de um ingresso democrático para as funções tabelião e registral editou a Resolução nº 81, de 09 de junho de 2009, que cuidou de tratar diretamente sobre os concursos de provas e títulos para acesso a estas funções

delegadas, inclusive trouxe uma minuta de edital para uniformizar os critérios de ingresso e/ou remoção no âmbito nacional.

Estas duas resoluções do CNJ promoveram, na maioria dos Estados da Federação, um impulso para a realização dos concursos públicos de provas e títulos, tanto na modalidade provimento – de livre acesso para todos que preencham os requisitos mínimos, previstos no artigo 14 da Lei nº 8.935/1994 e respectivos incisos: “I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira; III - capacidade civil; IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares; V - diploma de bacharel em direito; VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.” – quanto na de remoção – para concorrer a estas vagas o candidato deverá já ser titular de alguma serventia notarial e/ou registral por no mínimo dois anos, conforme determina o artigo 17 da Lei nº 8.935/1994 –, na direção do respeito ao instituto jurídico do concurso público e do princípio constitucional da moralidade (artigo 37, *caput* da CFB).

A doutrina, ao se debruçar sobre o ingresso no notariado por meio de concurso público de provas e títulos, afirma que: “A sistemática dos concursos públicos de provas e títulos para a outorga das delegações está permitindo o despontar de uma nova geração de notários, ciosos de seus deveres, direitos e da supina importância da função, vocacionados ao estudo e altamente capacitados a enfrentar o desafio da «realização espontânea do direito» numa sociedade cada vez mais complexa e segmentada” [v. DALLEONE, R. F. L.: *O regime jurídico da função pública notarial e sua fiscalização pelo Poder Judiciário*. Curitiba (2012): Dissertação de Mestrado em Direito, Área de concentração: Direito do Estado, UFPR, p. 142].

Por isso existe a necessidade de que sejam periodicamente realizados os concursos de ingresso ao notariado e ao registro público, para criar um ambiente de estímulo a uma preparação de alto nível, como requer tais funções públicas, pois representam atividades importantíssimas para a segurança jurídica, com conseqüente prevenção de conflitos e cuja promoção permitirá que seja efetivado, no Brasil, a determinação constitucional do prazo máximo de 6 meses (art. 236, § 3º da CFB) de permanência do interino a frente de uma serventia extrajudicial.

Com isso, a partir da pressão promovida pelo CNJ, surge no Brasil uma nova possibilidade para os profissionais do direito, que agora podem ter mais uma opção de acesso ao exercício de funções públicas, por meio dos concursos públicos de ingresso às funções do notariado e do registro público, como delegatários de um serviço público da maior relevância para a segurança jurídica do tráfico negocial e cujo acesso foi concretizado por meio desse instituto jurídico de valorização do esforço e mérito pessoal.

5. Perspectivas de novas atribuições a serem exercidas pelo notariado e registro imobiliário são uma recente vertente que cresce em importância no plano brasileiro, tendo em conta que aqueles profissionais do direito estão presentes em todo o território nacional, como fica bem demonstrado por meio de uma breve análise do Portal “Justiça Aberta” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual permite o acesso público aos dados referentes a estas serventias extrajudiciais, e que foi um grande avanço rumo ao fornecimento de uma maior transparência e acesso a informações estratégicas para toda a população e demais organismos de fiscalização pública.

As informações são prestadas de modo claro permitindo a identificação nominal do titular da delegação e de seu substituto, além do número de funcionários, endereço, número de atos realizados e até do faturamento bruto destas serventias extrajudiciais. Este último a informação permite verificar que existe uma grande diferença de faturamento, com notável concentração em algumas serventias, o que poderá ser justificado, por exemplo, em decorrência da circunscrição registral imobiliária que abrange regiões de maior tráfico negocial imobiliário, como nas grandes capitais brasileiras ou cidades de maior acúmulo de riqueza.

Contudo, também ao fornecer os dados de faturamento bruto, é possível identificar que existem, em quantidade significativa, serventias de pequeno faturamento, em geral localizadas em cidades de menor porte e que apresentam um menor número de funcionários, quando não apenas o próprio titular. Tal problemática tem exigido a criação de espécies de fundos de compensação, custeados diretamente com os recursos dos serviços provindos destas delegações públicas, cuja finalidade é de garantir uma renda mínima para a manutenção destas serventias extrajudiciais deficitárias, mas que são de grande importância para o interesse público do acesso aos serviços notariais e registrais nestas localidades.

A título exemplificativo é possível trazer à baila o modelo de distribuição dos emolumentos dos serviços notariais e registrais no Estado de São Paulo que, por meio da Lei Estadual nº 11.331, de 26 de Novembro de 2002 no seu artigo 19, inciso I, d), determina que 3,28% será destinado para a compensação de atos gratuitos do registro civil e para complementação de uma receita mínima as serventias deficitárias. Também determina para o titular ou interino da serventia o percentual de 62,5% do faturamento bruto, no modelo de distribuição de emolumentos notariais e registrais para aquele mesmo estado (artigo 19, inciso I, a) da lei supracitada), dos quais serão utilizados para pagamento das demais despesas (empregados da serventia, contas de água, luz, tributos, entre outras).

6. As novas atribuições do notariado e do registro imobiliário, no Brasil, são outro ponto que poderá determinar os rumos seguidos por estas funções de delegação pública, acréscimos que promovem uma maior otimização das potencialidades dos

princípios e institutos jurídicos que fazem parte da essência do notariado latino e do registro imobiliário de fôlio real.

Dentre essas novas atribuições é possível destacar as recentes alterações legislativas que permitiram o surgimento da possibilidade de realização de inventário numa nova modalidade, denominada de inventário extrajudicial, sendo realizada por meio de escritura pública lavrada por notário. Tal previsão de alteração ao Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), deu-se em boa hora, por meio da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007 – “Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.” (CPC) –, o que traz maior celeridade na resolução de matéria sucessória que anteriormente, mesmo se tratando de consenso entre as partes, poderia demorar muito tempo, mas importa lembrar que se mantêm a presença obrigatória de advogado, para assegurar que as partes tenham uma acessoria específica sucessória, conforme determina o artigo 982, § 1º do CPC – “§ 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.” –, o que inova de modo substancial a transmissão em definitivo dos bens do *De Cujus*.

Note-se que é de livre escolha o tabelião que realizará o inventário extrajudicial, tendo em vista que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao atuar na seara de seu poder regulamentador, – para não deixar dúvidas quanto a este direito de escolha livre do notário da confiança das partes na Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007 –, deixa bem evidente na redação do artigo 1º que “(...) é livre a escolha do tabelião de notas não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.”, trazendo maior segurança jurídica e liberdade de escolha para o usuário do serviço extrajudicial.

Na atual quadra surge, no Brasil, mais uma nova atribuição, agora para a realização de separações e divórcios consensuais por meio de escritura pública – desde que, além do consenso entre as partes, não haja a presença de filhos menores ou incapazes –, por meio da inserção do artigo 1.124-A do Código de Processo Civil Brasileiro, podendo neste ato de dissolução matrimonial constar a partilha dos bens e a estipulação, ou não, de uma pensão alimentícia. Com isso evita-se mais uma demanda judicial, cujas ferramentas jurídicas do notário, aliadas a sua credibilidade, promovem mais um relevante contributo para a pacificação social.

Mas o fato é que, decorrente do princípio da fé pública notarial, a escritura pública empregada para a realização do inventário e do divórcio extrajudicial servem de documento hábil para serem levados ao registro público imobiliário e para o civil, sem a necessidade de homologação na via judicial, o que é muito salutar. Também atua na direção de uma desburocratização do sistema sem perda da segurança

jurídica e promove o respeito ao princípio constitucional da celeridade processual, consagrado por meio do inciso LXXVIII, artigo 5º, da Constituição Brasileira de 1988 –“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”–, reduzindo o tempo para a resolução destas demandas da sociedade brasileira. Além disso, para não restar dúvidas, complementando o disposto no artigo 1.124-A, § 1º do Código de Processo Civil Brasileiro, o CNJ deixou expresso no artigo 3º da Resolução nº 35/2007, que estas escrituras públicas são instrumentos jurídicos hábeis para realizar a materialização da transferência de bens e de direitos, incluindo o levantamento de valores em instituições financeiras.

Já na esfera do registro imobiliário, cresce a importância do emprego do instituto jurídico da regularização fundiária, tendo em tela que existem milhões de famílias que ainda não possuem seus imóveis devidamente regularizados, ou seja, o devido assento de sua propriedade nos registros públicos prediais. Por isso a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, no seu artigo 46, define esse instituto jurídico como: “(...) conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”(art. 46 da Lei nº 11.977/2009).

Tal medida regulatória da titulação imobiliária promove importante efeito no campo social para as famílias mais pobres e que residem nas periferias das grandes cidades do Brasil, o que levou parcela da doutrina registral brasileira a classificar as espécies de regularização fundiária, cuja natureza jurídica administrativa pode ser dividida em quatro espécies: a) “regularização fundiária de interesse social”; b) “regularização fundiária de interesse específico”; c) “regularização fundiária inominada ou de antigos loteamentos”, d) “regularização fundiária em imóveis do patrimônio público”, as três primeiras são fruto da Lei nº 11.977/2009 e a última da Lei nº 11.481/2007 [v. PAIVA, J. P. L.: *Regularização fundiária de interesse social*. São Paulo (2012): IRIB, p. 9].

A partir daí, leciona a doutrina brasileira que, o processo de regularização fundiária surge no seio jurídico do Brasil como uma forma legítima e única hipótese de aquisição de propriedade por um título fora da esfera judicial e no qual é emitido o denominado “título de legitimação de posse” onde, após o devido registro e transcurso do tempo necessário ao usucapião, ocorrerá a emissão de um “título de propriedade plena” por meio de ato de registrador imobiliário [v. PAIVA, J. P. L.: *Regularização fundiária*, cit., p. 10].

Essas são apenas algumas dentre outras possibilidade de ampliação das atribuições do notariado e do registro imobiliário no Brasil, na direção da promoção de uma maior eficiência e atendimento de novas demandas do mercado utilizador da

credibilidade das serventias extrajudiciais para uma maior segurança jurídica e, até mesmo celeridade na resolução de diversas problemáticas da sociedade brasileira, reforçando a necessidade de contínuo aperfeiçoamento daqueles profissionais do direito e da elaboração de pesquisas científicas nas áreas do notariado e do registro público, para que a cada dia essas funções delegadas, pelo poder público, possam atuar numa persecução do interesse público da redução dos conflitos e da promoção de um desenvolvimento econômico e social.

LA COMISIÓN DE DERECHO DE FAMILIA EUROPEO Y LA
ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.
CONCLUSIONES DE LA 5ª CONFERENCIA “FAMILY LAW IN EUROPE:
NEW DEVELOPMENTS, CHALLENGES AND OPPORTUNITIES”

THE COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY AND THE
HARMONIZATION OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES
CONCLUSIONS OF THE FIFTH CONFERENCE “FAMILY LAW AND
CULTURE IN EUROPE: DEVELOPMENTS, CHALLENGES AND
OPPORTUNITIES”.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 809-816.

Fecha entrega: 15/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

PABLO QUINZÁ REDONDO
Becario de investigación FPU
Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia
Pablo.Quinza@uv.es

JACQUELINE GRAY
Doctoranda de la Universidad de Utrecht

RESUMEN: La Comisión de derecho de familia Europeo ha dado un paso más en el proceso de armonización del derecho de familia mediante la creación de los principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, presentados en la 5ª Conferencia “Family Law in Europe: New developments, challenges and opportunities” y cuyas conclusiones serán examinadas en el presente artículo.

PALABRAS CLAVE: Comisión de derecho de familia Europeo, derecho de familia, armonización, unificación, régimen económico matrimonial.

ABSTRACT: The Commission on European family law has taken a step forward within the process of harmonization of family law with the introduction of the principles of European family law regarding property relations between spouses, presented on the 5th Conference “Family Law in Europe: New developments, challenges and opportunities”. This article will focus on the conclusions delivered in that conference.

KEY WORDS: Commission on European family law, family law, harmonization, unification, matrimonial property regimes.

1. El presente artículo parte de un dato sociológico característico de nuestros días: la creciente internacionalización de las relaciones humanas. A ello han contribuido, en nuestro contexto geográfico y político, la consagración de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, así como la entrada de nacionales de terceros Estados. Sin duda, todo este fenómeno ha repercutido directamente en el aumento del número de matrimonios internacionales, en los que los cónyuges son de distinta nacionalidad, han adquirido distintas residencias habituales, o bien poseen bienes radicados en distintos Estados Miembros. Pues bien, todo este fenómeno social no se ha visto acompañado, al menos hasta la actualidad de una regulación jurídica clara y uniforme en materia de régimen económico matrimonial, donde la diversidad legislativa es una realidad.

Esta disparidad normativa se refleja, en particular, en el contenido material de la norma reguladora de las relaciones jurídicas patrimoniales de los cónyuges, pues cada Estado Miembro de la Unión Europea ofrece distintos regímenes económico matrimoniales, con peculiaridades en lo referente a la composición del patrimonio, la administración de los bienes matrimoniales, su concreta liquidación y asignación en caso de disolución. Por otro lado, los Estados Miembros de la Unión Europea cuentan con distintas normas de Derecho internacional privado para determinar el tribunal competente, la ley aplicable y el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones en un litigio de régimen económico matrimonial que presente un elemento de extranjería. La consecuencia directa de todo ello es el incremento de la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que se enfrenan los matrimonios internacionales.

La Unión Europea no se ha mostrado indiferente ante tal situación, y en marzo de 2011 publicó una Propuesta de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial en la que unifica los tres sectores del Derecho internacional privado. Un texto legislativo, cuyo proceso de gestación se está alargando más de lo previsto –la Propuesta cuenta ya con más de tres años de antigüedad–, pero que está llamado a facilitar la vida de los ciudadanos de la Unión Europea en esta materia.

Junto a la unificación conflictual que propone la Unión Europea existe, además, otra solución alternativa, consistente en la armonización o unificación del derecho sustantivo. Soluciones que, por el momento, provendrán de organismos u acciones legislativas ajenas a la Unión Europea, pues, según la doctrina mayoritaria, ésta carece de competencia para unificar o armonizar el derecho de familia de los Estados Miembros.

Este es el contexto que justifica y explica la aparición de la Comisión de Derecho de familia Europeo (CEFL), creada en el año 2001, como una iniciativa puramente académica, totalmente independiente de cualquier organismo o institución y cuyo objetivo principal es la armonización del derecho de familia, no sólo entre los

Estados Miembros de la Unión Europea, sino también en relación con otros Estados europeos. Para llevar a cabo tal objetivo, esta Comisión elabora cuestionarios comunes sobre los temas objeto de investigación para ser contestados por los miembros de cada jurisdicción europea, de suerte que el análisis comparado de los mismos de como resultado una serie de principios, que pretenden servir de inspiración a los distintos legisladores nacionales europeos en la elaboración de sus normas internas de derecho de familia. Tras la elaboración de principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados (2004) y los principios sobre la responsabilidad parental (2004), la 5ª conferencia, celebrada en la Universidad de Bonn entre los días 29 a 31 de agosto de 2013 supuso la presentación oficial de los principios relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges (2013), sobre los que la CEFL llevaba trabajando desde el año 2007 y cuyas conclusiones se analizarán a continuación.

2. La conferencia comenzó con la presentación de los nuevos principios relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Un total de 58 principios, divididos en 3 capítulos y traducidos a 6 idiomas diferentes.

La primera ponente fue Katharina Boele-Woelki, *chair* de la Comisión y uno de los miembros fundadores, encargada de presentar el capítulo I, referente a los derechos y deberes generales de los cónyuges. Los principios contenidos en este capítulo deben respetarse con independencia del régimen económico matrimonial aplicable y versan sobre la igualdad de los cónyuges (4:2), el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica (4:3), la contribución a las necesidades de la familia (4:4), la protección de la vivienda familiar o de su arrendamiento (4:5 y 4:6), los derechos de representación inter cónyuges (4:7) y la obligación de información mutua sobre el patrimonio (4:8). El último de los principios referentes a los derechos y deberes generales, es la libertad de los cónyuges para concluir capitulaciones matrimoniales (4:9) que actúa como bisagra entre este capítulo y los restantes dos.

En segundo lugar, se produjo la intervención de Nigel Lowe, encargado de presentar los conceptos y caracteres generales de las capitulaciones matrimoniales, tales como los requisitos formales (4:11), la revelación del patrimonio (4:12), las obligaciones de los operadores jurídicos que formalizan el acto (4:13) y los efectos frente a terceros de tales acuerdos (4:14). El último de los principios pertenecientes a esta parte, referente a la posibilidad de que el juez descarte o adapte el contenido de las capitulaciones matrimoniales en caso de excepcional onerosidad (4:15), fue uno de los más controvertidos para el auditorio. En este sentido, aunque dicho principio no define bajo qué circunstancias puede producirse esta medida excepcional, la CEFL justifica su inclusión fundamentalmente por tres razones. La primera que, frecuentemente, en el momento de realización del acuerdo, ambas partes no contemplan un escenario negativo de la unión conyugal. En segundo lugar, se indica que algunas partes sufren importantes presiones por algunos miembros de la familia que alejan el contenido del acuerdo de lo que era su voluntad

real. Finalmente se propone modificar el acuerdo si en el momento de su cumplimiento las circunstancias resultaban muy diferentes en relación con el momento en que se realizó.

La conferencia continuó con la presentación de los dos regímenes económicos supletorios previstos en los principios, la participación en las ganancias (4:16 a 4:32) y la comunidad de gananciales (4:33 a 4:58), que corrió a cargo de Dieter Martiny y Frédérique Ferrand. Se han elegido estos dos regímenes económico matrimoniales tras identificar que, los regímenes económico matrimoniales supletorios de las 26 jurisdicciones consideradas se pueden agrupar, a grandes rasgos, en dos grupos: los regímenes comunitarios (presente en 15 ordenamientos jurídicos) y los regímenes no comunitarios (que incluirían la separación de bienes, la participación en las ganancias, la comunidad de las ganancias acumuladas, la comunidad diferida y la separación de bienes con posterior distribución de la autoridad competente) (presente en 11 ordenamientos jurídicos).

Presentados los principios, fue turno de examinar sus pros y sus contras en un *panel discussion* compuesto por Eva Becker, Barbara Dauner-Lieb y Josep Ferrer Riba. Eva Becker, en relación con el régimen de participación en las ganancias, cuestionó la conveniencia de separar en el tiempo la determinación de las ganancias (en la fecha de disolución del régimen) y su valoración (en la fecha de liquidación), a la vez que indicó que el sistema de compensación de las ganancias resultaba sumamente complicado. Por su parte, Barbara Dauner-Liebe resaltó la importancia de contar con unos principios claros y sencillos que permitan a las partes resolver sus propias disputas sin necesidad de acudir a los Tribunales, aunque simultáneamente manifestó sus dudas sobre algunos aspectos particulares, como por ejemplo el modo de compensación de aquel cónyuge que trabaja o ayuda en el negocio de su consorte. Por último, Josep Ferrer Riba comenzó su intervención subrayando que los aspectos positivos de los principios superan con creces las posibles deficiencias e indicó que la técnica de *common core* empleada para el diseño de los regímenes económico matrimoniales supletorios había sido muy acertada. Su discurso prosiguió con el análisis detallado de algunos concretos principios y sus posibles desavenencias, planteando, por ejemplo, si el principio 4:15 (excepcional onerosidad) resulta excesivo. Por último, Katharina Boele-Woelki, Nigel Lowe, Frédérique Ferrand y Dieter Martiny replicaron y justificaron el contenido de los principios más polémicos.

Las relaciones patrimoniales de los cónyuges/parejas de hecho fueron también examinadas desde una perspectiva transnacional, para lo cual se analizaron los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea que se ocuparán de resolver esta materia: las Propuestas de Reglamento sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas, las cuales contienen soluciones para los tres sectores del Derecho internacional privado (competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones). Estos Reglamentos son un paso más en el proceso de europeización

del Derecho internacional privado de familia, un área donde el legislador de la Unión Europea está siendo especialmente activo en la última década.

Andrea Bonomi fue el encargado de analizar la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial, centrandó su intervención en el ámbito de aplicación del texto, así como en los aspectos más problemáticos de la competencia judicial internacional y la ley aplicable. En relación con la primera cuestión, Andrea Bonomi incidió en la necesidad de que el texto final sea más específico e indique si determinados aspectos económicos del matrimonio (por ejemplo, los derechos derivados de las pensiones) están contenidos dentro de su ámbito de aplicación material. En relación con la competencia judicial internacional, analizó los posibles desajustes provocados por la remisión que la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial hace a los Reglamentos de divorcio y sucesiones. Por último, las disposiciones sobre ley aplicable fueron sometidas a análisis crítico, centrándose particularmente en el principio de inmutabilidad de la ley aplicable en ausencia de autonomía de la voluntad y en los posibles efectos negativos que podría ocasionar.

Por su parte, Miloš Hat'apka se ocupó de examinar la Propuesta de Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas, un texto de difícil consenso político. Para ello, explicó algunos pormenores de la negociación de la Propuesta e indicó igualmente algunos de sus puntos positivos, tales como la explícita exclusión de los efectos personales de la unión registrada y las definiciones sobre efectos patrimoniales y unión registrada. El punto más destacado fue la posibilidad ofrecida a los órganos jurisdiccionales para declararse incompetentes si su ordenamiento jurídico no reconoce la figura de la unión registrada, pues tal precepto puede ser clave para la aceptación del Reglamento por un mayor número de Estados Miembros.

3. Tras la presentación y discusión de los principios sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges y el análisis de los Reglamentos de la Unión Europea sobre esta materia, prosiguió el análisis de las consecuencias patrimoniales de las parejas no formalizadas, con especial énfasis en la situación existente en los Países Escandinavos y en los territorios del *common law*.

La regulación de las relaciones de pareja no formalizadas en los Países Escandinavos corrió a cargo de Tone Sverdrup, que comenzó su presentación indicando que este tipo de uniones presentan un importante incremento en los últimos años (alrededor del 25% de parejas optan por esta modalidad y el 50% de nacimientos se producen fuera del matrimonio). Estos datos, empero, no se ven acompañados de una regulación uniforme en los Países Escandinavos. Así, Noruega es el único país donde las parejas de hecho heredan una de la otra. En Suecia, los bienes se dividen igualitariamente tras la disolución de la pareja de hecho. Y Finlandia, por su parte, ha introducido algunas novedades legislativas en materia de

compensación/indemnización que afectan a las parejas de hecho. Tone Sverdrup indicó igualmente que la discusión acerca de la necesidad de armonización en esta materia en los Países Escandinavos está a la orden del día, aunque evitando la regulación excesiva puesto que el matrimonio es una opción disponible para cualquier pareja, y aquellos que eligen ser pareja de hecho lo hacen esperando gozar de una mayor autonomía y libertad.

Anne Barlow, continuó con el análisis de las relaciones de pareja no formalizadas en el Reino Unido (con cifras de alrededor del 30% de nacimientos fuera del matrimonio), donde igualmente ha existido una evolución legislativa desigual entre sus Estados. Así, mientras Escocia y la República de Irlanda han introducido en sus reformas legislativas disposiciones relativas a las consecuencias financieras en caso de disolución de las parejas de hecho, Inglaterra y Gales y la República de Irlanda todavía no disponen de una regulación específica.

4. El tercer y último grupo de temas tratados en la conferencia está relacionado con los matrimonios transnacionales y la regulación de la filiación y paternidad.

En primer lugar, Marie-Claire Foblets analizó la situación de las familias transnacionales en Europa desde el punto de vista del Código de Familia Marroquí de 2004. En este sentido, la ponente indicó que los matrimonios de marroquíes que viven en el extranjero se encuentran en una de las siguientes tres situaciones: poder elegir el derecho marroquí, optar por un derecho civil determinado para regular sus relaciones (presumiblemente el derecho de su residencia habitual) o desconocer cuál es el ordenamiento jurídico que les resulta aplicable. La aplicación del Código de Familia Marroquí de 2004 resulta controvertida para los jueces de los Estados Miembros al regular figuras desconocidas en sus ordenamientos jurídicos (repudio, poligamia...) y chocar de pleno con el orden público. Marie-Claire Foblets indicó que se está culminando un estudio de estas y otras cuestiones, con motivo de la celebración de del décimo aniversario de la *Mudawana* (2004-2013).

El siguiente bloque temático de esta parte versó sobre los derechos de filiación y paternidad desde una perspectiva jurídica, social y biológica. Anna Singer analizó el derecho de los menores a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, tal y como establece la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño. En especial, la ponente se detuvo a analizar la interacción entre los derechos del menor y algunas instituciones como la reproducción asistida y la adopción. Por su parte, Christine Budzikiewicz examinó la posibilidad de realizar contratos sobre procesos médicos de paternidad, como la maternidad subrogada y la inseminación heterogénea. Tratándose de una cuestión actual y polémica (especialmente al estar prohibidos estos procesos en algunos Estados Miembros y permitidos en otros, bajo determinadas circunstancias), fue objeto de debate posterior por parte de Gabriele Britz, Angelika Nussberger, Nigel Lowe y Françoise Monéger.

5. Por otro lado, la Conferencia ofreció también la posibilidad a un grupo de jóvenes investigadores, seleccionados entre multitud de candidatos, de presentar algunos temas de investigación enmarcados en el derecho de familia y en el respeto a la cultura. En concreto, se realizaron cuatro *workshops*, con tres participantes cada uno, que versaron sobre: (1) las relaciones de familia transfronterizas, (2) las familias transfronterizas: entre naciones y cultura, (3) los niños (no) deseados y (4) las rupturas de pareja: ¿ganadores y vencedores?, y cuya dirección estuvo a cargo de Cristina González Beilfuss, Jane Mari, Velina Todorova e Ingrid Lund-Andersen.

6. Para terminar la Conferencia, Werner Gephart realizó una intervención donde, a través de ejemplos gráficos, mostró las conexiones del derecho de familia con la cultura como núcleo esencial de una sociedad. Posteriormente, Nina Dethoff, agradeció a todos los participantes su presencia y aprovechó para felicitar públicamente a Katharina Boele-Woelki por la obtención del proyecto de investigación *Anneliese Maier* de la Fundación *Alexander Von Humboldt*. Finalmente, Katharina Boele-Woelki tomó la palabra para agradecer a Nina Dethoff la posibilidad de haber organizado el encuentro en la Universidad de Bonn.

La CEFL se despide así de los participantes, invitando a los interesados en alguno de los temas tratados, a proceder a la lectura del libro que recoge las intervenciones de todos los participantes y que ha sido publicado en el verano de 2014 bajo el mismo título de la conferencia.

RECENSIÓN A GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, *DIVIETO DI
DISCRIMINAZIONE E AUTONOMIA CONTRATTUALE*. NAPOLI (2013):
EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 817-822.

SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia
j.ramon.de-verda@uv.es

1. El fenómeno de la discriminación contractual obliga al intérprete a repensar los fundamentos y los contenidos de la autonomía privada. De la doctrina italiana llega una atenta reflexión, que lleva a cabo el Profesor Gabriele Carapezza Figlia, quien ha dedicado a la materia una interesante monografía, que lleva por título *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*.

En la obra –publicada en la prestigiosa Colección de la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino– se somete a revisión la concepción tradicional del Derecho Privado como un Derecho esencialmente discriminatorio, que encontraba explicación en la pretendida incompatibilidad entre los principios de igualdad y de tutela de la libertad contractual. Una reconstrucción crítica de la normativa vigente, inspirada en el método de la interpretación conforme a la Constitución, induce al Autor a calificar la prohibición de no discriminación como un límite de la autonomía contractual. Desde esta perspectiva, el principio de no discriminación, lejos de comportar la supresión de la libertad de elección del otro contratante, exige la justificación del efecto de la desigualdad creado por el acto de autonomía contractual.

2. El interés de la obra para el lector español se debe, tanto al tema, que prevalentemente es objeto de una normativa de origen comunitario, como al método de trabajo del Autor, quien, además de ser un profundo conocedor de la cultura jurídica española, hace uso del método comparado, estando atento a las transformaciones del Derecho Privado Europeo.

La monografía se estructura en cuatro capítulos: el primero, trata de la evolución diacrónica de la normativa anti-discriminatoria; el segundo, delimita la noción de “discriminación contractual” y el ámbito de aplicación de la prohibición; el tercero, ofrece un encuadre teórico de la prohibición de discriminación como límite de la autonomía contractual; y el cuarto, indaga sobre la fisonomía del ilícito discriminatorio y las formas y técnicas de tutela civil contra el mismo.

3. El autor parte de la consideración de que los conceptos socialmente difundidos pueden incidir sobre los mecanismos del mercado y las dinámicas contractuales, produciendo un doble orden de efectos discriminatorios: impedir a los miembros del grupo discriminado el acceso al mercado o imponerles condiciones contractuales diversas o peores. En el primer caso, se obstaculiza el disfrute de un bien o de un servicio mediante el rechazo a contratar o a cumplir. En el segundo, en cambio, el mercado transforma el perjuicio socialmente difundido en un sobreprecio, que la víctima de la discriminación ha de pagar para tener acceso a la utilidad contractual.

Con una cuidada argumentación, se pone de relieve que el mercado no se encuentra en grado de eliminar, por sí solo, los vínculos económicamente irracionales, basados

en razones discriminatorias. De hecho, interioriza las prácticas discriminatorias, transformándolas en oportunidades de provecho.

Por lo tanto, la promoción del bienestar colectivo y la tutela de los derechos fundamentales y de la libertad de acceso al mercado de los miembros del grupo discriminado requieren una intervención heterónoma, que se expresa en la posición normativa de la prohibición de discriminación, la cual –como con acierto sostiene Carapezza Figlia- impone un reproche jurídico de algunas diferencias de hecho, las cuales no pueden condicionar las oportunidades de acceso a los intercambios que se operan en el mercado: las diferencias (como elementos de hecho) no pueden transformarse en desigualdades (como juicios de valor)

La normativa anti-discriminatoria es así reconstruida como un modelo heterónimo de reglamentación del mercado, que se proyecta sobre la disciplina del contrato. De hecho, impedir a los mecanismos del mercado secundar los preconceptos sociales requiere depurar toda la actividad contractual –desde el momento de los tratos preliminares, pasando por su conclusión, hasta llegar a su ejecución- de la influencia de las cualidades personales que integran algunos de los denominados “factores de discriminación”.

4. Después de haber tratado atentamente del cambio de aproximación al problema por parte del Derecho comunitario –que, abandonado un punto de vista puramente mercantilista, enriquece el contenido de la prohibición de discriminar y refuerza su efectividad en las relaciones *inter privados*- el Autor evidencia cómo la no discriminación ha adquirido progresivamente el rango de principio fundamental de la materia contractual. Es posible encontrar una prueba elocuente de ello en las iniciativas acometidas para la revisión del Derecho Europeo de los Contratos: los Principios *Acquis* y el *Draft Common Frame of Reference*, los cuales configuran la no discriminación, no sólo en los términos objetivos de una prohibición, sino en los de una situación subjetiva, lo que favorece su penetración en el núcleo del Derecho Privado Patrimonial: el Derecho de los Contratos.

La elección del contratante –tradicionalmente considerada como objeto de una libertad absoluta- ha llegado a ser hoy objeto de una normativa, que sujeta a un control el efecto de la desigualdad en el ejercicio de los bienes y servicios creado por la autonomía contractual. Carapezza Figlia demuestra que el ejercicio de la autonomía privada no integra, por sí mismo, un ilícito discriminatorio, por el mero hecho de determinar un efecto de desigualdad. Si existe una razón merecedora de tutela que justifique dicho efecto y concurre una proporcionalidad entre la justificación y la desigualdad, no habrá una discriminación prohibida.

La premisa de la que parte el Autor es la de que la prohibición de discriminación en absoluto comporta la supresión de la libertad de elección del otro contratante, sino que, más bien, reclama una ponderación con los otros principios concurrentes en el

concreto supuesto de hecho, según combinaciones variables en los diferentes contextos aplicativos. Por lo tanto, la actuación del principio de igualdad en el Derecho civil no se expresa en los términos de una funcionalización de la autonomía privada, sino en los de una necesaria convivencia entre contrato y control.

5. La corrección de la clave de lectura propuesta por Carapezza Figlia encuentra confirmación en los múltiples planos sobre los que se indaga en la monografía

Ante todo, la atenta reconstrucción de la noción normativa de discriminación contractual permite dar una respuesta convincente a los principales problemas planteados por la delimitación del ámbito de aplicación de la prohibición.

En particular, de manera persuasiva, se sujeta a revisión crítica, tanto la interpretación que limita la prohibición de discriminaciones indirectas en las relaciones de trabajo, como aquellas que circunscriben la operatividad de la discriminación a las declaraciones dirigidas al público. Con elaborados razonamientos y dominio de las categorías del Derecho civil, se documenta que la prohibición de discriminación no encuentra restricciones en su aplicación, de carácter objetivo o subjetivo. Más bien, el control garantizado por la prohibición de discriminación encuentra manifestaciones distintas en los diferentes contextos explicativos, dependiendo de numerosos factores: el procedimiento de formación del contrato; la cualidad objetiva de las partes; la incidencia sobre las diversas fases de la dinámica contractual; el contexto de mercado en el que se realiza el acto o el comportamiento discriminatorio; la fisionomía de los intereses implicados y su naturaleza existencial o patrimonial.

También la *vexata quaestio* de la fisionomía del juicio de discriminación encuentra en las páginas de esta monografía una solución coherente con el referido planteamiento. Si el juicio de discriminación se funda en la verificación de la justificación del efecto de desigualdad creado, en presencia de un factor de riesgo, cede la exigencia de una comparación real o virtual con un supuesto de hecho de referencia. El *tertium comparationis* desvela el efecto de la desigualdad, pero nada dice sobre la existencia de una justificación de la misma.

6. En la reflexión del Autor, la discriminación consiste en un ilícito en el contrato, a cuya tipicidad corresponde la diversificación de las formas y de las técnicas de tutela. Hay que compartir la intuición, según la cual a la violación de discriminación no corresponderá siempre el mismo remedio, sino que será labor del intérprete hallar el que sea más adecuado, tanto a la *ratio* del precepto normativo, como a los intereses que han de protegerse.

En la monografía, con toda corrección, se rechaza cualquier lectura unilateral dirigida a encuadrar la prohibición de discriminación, bien como una regla de validez, bien como una regla de responsabilidad. Así pues, se evidencia cómo en algunas hipótesis (los llamados “negocios o pactos discriminatorios”) la violación de la prohibición de discriminar se traduce en un vicio de ilicitud de la causa, que determina la nulidad total del contrato; en otras (rechazo a entablar negociaciones o a contratar), impide la conclusión del contrato, procediendo el recurso a la tutela inhibitoria o constitutiva; a veces (predisposición de condiciones más desventajosas o falta de inserción de condiciones más ventajosas), penetra en la regulación contractual, incidiendo negativamente, tan sólo, sobre algunas cláusulas, de modo que comporta la nulidad parcial o la eventual integración o corrección; puede, en fin, producir consecuencias perjudiciales en la esfera del sujeto lesionado, abriendo, así, la vía a la tutela resarcitoria.

En el constante diálogo con las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia, la monografía traza un elenco de remedios civiles ejercitables contra las discriminaciones contractuales, que se salda con una coherente reconstrucción del fenómeno discriminatorio. De esta manera la profunda y aguda relectura de la teoría general del contrato que se propone va acompañada de una fértil proyección aplicativa.

QUIENES SOMOS

El “Instituto de Derecho Iberoamericano” es una asociación, sin ánimo de lucro, que surge como una iniciativa de académicos y profesionales del Derecho, para fomentar el desarrollo jurídico y el intercambio de ideas en el ámbito iberoamericano.

Para conseguir dichos fines, el Instituto promueve la publicación de artículos doctrinales, de comentarios jurisprudenciales, de comentarios legales y de crónicas jurisprudenciales sobre los ordenamientos jurídicos de nuestro mismo entorno cultural, teniendo como cauces ordinarios de expresión la “Revista Boliviana de Derecho” y “Actualidad Jurídica Iberoamericana”.

Dispone, además, de una página web actualizada en la que se difunden, con una organización de carácter temático, los trabajos publicados en dichas revistas, así como en otras (previo convenio de colaboración, entre ellas y el Instituto), pudiéndose descargar a través de ella sus contenidos; en ella se recogen novedades jurisprudenciales y se da noticia puntual de las noticias de las actividades desarrolladas por el Instituto en su conjunto o por miembros del mismo, que se consideren de interés general.

Promueve la organización de cursos, seminarios, congresos, certámenes y actividades de todo género relacionadas con los fines propios del Instituto.

De acuerdo con lo previsto en sus Estatutos, mantiene relaciones y colaboraciones con la administración, organismos de carácter nacional e internacional, instituciones, entidades públicas y privadas, universidades españolas y extranjeras, así como con empresas de ámbito nacional e internacional, asociaciones, federaciones y confederaciones.

COMPROMISO ÉTICO

El Instituto se encuentra altamente comprometido con los principios éticos imperantes en la actividad científica. Este compromiso resulta patente en el siguiente elenco de cuestiones:

AUTORÍA

Los artículos sometidos a evaluación deben establecer si, para su elaboración, han recibido algún tipo de ayuda de carácter económico.

Las investigaciones que pretendan publicarse deben ser originales. Cuando el/los autor/es haga/n uso de materiales de otros investigadores deben necesariamente citarse. Asimismo, no deberán haber incurrido en plagio o fraude científico. A continuación, daremos una delimitación conceptual respecto a cada uno de ellos.

Plagio es la copia literal de un trabajo ajeno, sin entrecomillar dicho contenido, que se presenta como propio, cuando, en realidad, no lo es. Los textos que incurran en dicha actividad no serán editados. En el supuesto de que dicha práctica sea detectada tras la publicación del documento, será eliminado del número en el que se inserte.

Fraude científico es el no reconocimiento explícito de todos los autores de la investigación; así como la remisión simultánea del artículo a diversas publicaciones. En este último sentido, no deben remitirse a publicación textos de investigaciones altamente redundantes a más de una revista científica.

DEBERES DE LOS AUTORES

El envío de una colaboración supone la aceptación íntegra tanto las normas de publicación como de las reglas éticas.

Los autores que figuren en un artículo deben haber contribuido al mismo. Igualmente, han de compartir el resultado final incluido en el trabajo.

Únicamente quienes han sido parte activa de la investigación deben figurar en el artículo. Si existen personas o instituciones que han efectuado algún tipo de colaboración no relevante o mínima, el reconocimiento de tal labor puede ser objeto

de mención en el apartado de agradecimientos, determinando, en su caso, la actividad realizada.

En el supuesto de que concurra algún tipo de conflicto de interés, económico o de otro carácter, que sea susceptible de incidir en los resultados, debe indicarse en el manuscrito.

Si el/los autor/es detecta/n un error, ajeno a su voluntad, en el que ha/n podido incurrir, deberá/n hacérselo saber, a la brevedad, al editor con la finalidad de operar las correcciones que, en su caso, procedan.

REVISIÓN POR PARES ANÓNIMOS

El comité editorial debe decidir si procede la publicación de un artículo en atención a las evaluaciones operadas por los revisores anónimos. Estos habrán de suponer, para el editor, un elemento de decisión, a efectos de publicación del artículo, sobre la base de argumentos sólidos (evitando, en cualquier caso, críticas de carácter personal). Igualmente, en el caso de que la investigación, a juicio de uno o dos revisores, deba realizar alguna mejora, de carácter mayor o menor, debe informarse al autor, con suficiente claridad, de tal extremo.

La selección de los revisores se efectuará en atención al grado de afinidad que los mismos tengan respecto a la temática del artículo.

El procedimiento de revisión será plenamente anónimo para los autores y para los revisores. Ninguna de las dos partes conocerá la identidad de la otra para garantizar la objetividad del resultado alcanzado. La revisión, en todo momento, deberá garantizar la confidencialidad.

La labor de revisión deberá acometerse con cierta celeridad. En el supuesto de que el revisor contactado no pueda desempeñar su labor dentro de los márgenes de tiempo indicados por el editor deberá ponerlo de manifiesto.

El revisor, en su labor de evaluación, aplicará las presentes normas éticas.

Los autores y los revisores habrán de poner de manifiesto las relaciones susceptibles de generar eventuales conflictos de interés.

LABOR DEL COMITÉ EDITORIAL

El Comité Editorial gozará de libertad para aceptar o rechazar un artículo sobre la base de las evaluaciones realizadas. El Comité Editorial arbitrará los medios oportunos para que los autores no puedan conocer, en ningún momento, la identidad de los revisores.

Dicho órgano valorará los manuscritos que reciba en atención a criterios objetivos vinculados con su contenido. En la decisión final no podrá tener ningún tipo de incidencia la raza, el sexo, la orientación sexual, el credo o religión, u origen racial de los autores.

Únicamente serán aceptados aquellos artículos que cumplan, de forma plena, las normas editoriales y reglas éticas.

Cualquier manuscrito que incurra en plagio o fraude científico será retirado por parte del Comité editorial. Asimismo, en el supuesto de que el autor o autores haya/n detectado errores susceptibles de modificación, pondrá los medios para su corrección.

NORMAS GENERALES DE REDACCIÓN

El Instituto de Derecho Iberoamericano publica en la revista "Actualidad Jurídica Iberoamericana" trabajos originales sobre temas de actualidad y relevancia en el ámbito del Derecho, previo acuerdo de la Junta de Gobierno, auxiliada por los responsables de las diversas secciones del Instituto y con el sistema de revisión por pares.

Ha de tratarse de trabajos en lengua española, portuguesa, italiana o francesa, a los que se acompañará un resumen y relación de palabras claves, traducidas al inglés. También se adjuntará una traducción del resumen y de las palabras claves al español, cuando la lengua empleada en la redacción del escrito sea el portugués, italiano o francés.

Respecto a sus características formales: se usará el tipo de letra Garamond 13; no se utilizarán tabuladores; no se admite el empleo de cursivas, debiéndose entrecomillar las palabras que se quieran destacar o la reproducción literal de frases legales o extraídas de fallos jurisprudenciales.

Cada autor deberá indicar su nombre completo, cargo principal, institución a la que pertenece y dirección de correo electrónico.

En la revista se publicarán dos modalidades de trabajos:

A) Artículos breves

Se trata de trabajos sobre temas muy concretos, bien estructurados, redactados de manera clara y sistemática y cuya extensión ha de estar entre las 5 y 15 páginas (a un espacio).

En ellos no se usarán epígrafes, empleándose números arábigos consecutivos para separar bloques temáticos o cuestiones diversas.

Dada la agilidad que se quiere imprimir a los trabajos, no se utilizarán notas a pie de página. Si fuera necesario referirse a algún autor, la cita deberá integrarse en texto, con arreglo al sistema, que se explica en el apartado B).

B) Estudios

Se trata de trabajos más amplios, entre 15 y 30 páginas (a un espacio).

Se utilizarán tres niveles de epígrafes: uno principal, escrito en versales y negritas, que deberá iniciarse con números romanos; uno secundario, escrito en negritas (no en versales), que deberá iniciarse con número arábigo; y uno terciario, escrito en negritas (no en versales), que deberá iniciarse con una letra mayúscula seguida de paréntesis.

Los epígrafes se refundirán en un Sumario, que deberá adjuntarse al inicio del trabajo, después del resumen y palabras clave.

Se utilizarán notas a pié de página para citas y razonamientos complementarios o subsidiarios. En ellas se usará letra Garamond 11.

El sistema de citas será el siguiente:

a) Libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título de la obra (en cursiva), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usa las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: GARCÍA MARTÍNEZ, J.: *El matrimonio en el Derecho Comparado*. Madrid (2008): Civitas, p. 678.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del capítulo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), cit., número de página. Ejemplo: GARCÍA MARTÍNEZ, J.: *El matrimonio*, cit., p. 8.

b) Capítulos de libros: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del capítulo (entrecomillado; por lo tanto, no en cursiva), en AA.VV., título de la obra (en cursiva), nombre en su caso del director o coordinador (entre paréntesis), punto, ciudad, año (entre paréntesis), dos puntos, editorial, coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usa las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J.: “Los requisitos del matrimonio en el

Derecho Español”, en AA.VV.: Derecho Matrimonial (coord. por A. CAMPOS ALEGRE). Madrid (2004): Thomson-Aranzadi, pp. 4-34.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del capítulo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), cit., número de página. Ejemplo: MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J.: “Los requisitos”, cit., p. 244.

c) Artículos en revistas científicas: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), título del artículo (entrecomillado), coma, nombre de la revista (en cursiva), año (entre paréntesis), coma, volumen o número en el que se halla (con el uso de expresiones “vol.” o “núm.”), coma, número de página (con el uso de la inicial “p.” o “pp.”; por lo tanto, no se usan las iniciales “pág.” o “págs.”). Ejemplo: MEDINA CASAS, H. M.: “Las partes en el arbitraje CIADI”, *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional(2009), núm. 15º, pp. 219-220.

La segunda vez: Apellidos (mayúsculas sólo las primeras letras, el resto versalitas), coma, inicial del nombre del autor (seguida de dos puntos), las dos primeras palabras significativas (entrecomilladas) del título del artículo (no el título completo, que sólo se cita la primera vez), coma, cit., número de página. Ejemplo: MEDINA CASAS, H. M.: “Las partes”, cit., pp. 78-90.

d) La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

En España se usarán las siguientes abreviaturas: STC, STS, SAP. Si se cita la sentencia a pie de página, se usará la abreviatura seguida de día, mes y año (sin la partícula “de”), y posteriormente, la referencia de la base de datos que se utilice. Ejemplo: STS 4 enero 2008 (RAJ 2008, 678). Cuando se cite la sentencia en texto, en él sólo se hará constar la fecha de la misma (STS 4 enero 2008), debiendo citarse de nuevo a pie de página con su respectiva referencia al repertorio: STS 4 enero 2008 (RAJ 2008, 678). En particular, las sentencias del Tribunal Constitucional de España se citarán de la siguiente manera: STC 54/2008, de 5 de enero (RTC 2008, 54).

Dado que el Instituto carece de ánimo de lucro no se retribuirán las publicaciones, quedando a disposición de los autores sus derechos de propiedad intelectual sobre sus obras.

Si estás interesado puedes mandarnos tu trabajo a la dirección de correo: j.ramon.verda@uv.es

